

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

JOICE BARBOSA AVELINO ARAGÃO

**DEVOLUÇÃO IMOTIVADA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES DURANTE
ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA: POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL
DOS PRETENDENTES**

PORTO ALEGRE
2019

JOICE BARBOSA AVELINO ARAGÃO

**DEVOLUÇÃO IMOTIVADA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES DURANTE
ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA: POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL
DOS PRETENDENTES**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção de título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientadora: Prof^a Dr^a. Tula Wesendonck

Porto Alegre
2019

JOICE BARBOSA AVELINO ARAGÃO

**DEVOLUÇÃO IMOTIVADA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES DURANTE
ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA: POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL
DOS PRETENDENTES**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção de título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientadora: Prof^a Dr^a. Tula Wesendonck

Aprovada em / /

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Dr^a. Tula Wesendonck
Orientadora

Prof. Ms. Rodrigo Ustároz Cantali

Prof^a. Dr^a. Simone Tassinari Cardoso Fleischmann

*Para Pietro, que personifica a
pureza de todas as crianças.*

AGRADECIMENTOS

Durante sete anos estive frequentando esta Faculdade de Direito e durante todo esse período algumas pessoas foram meu suporte fundamental. Reconhecer e ter o sentimento de gratidão é o único jeito de dizer obrigada.

Sou grata à minha mãe e ao meu pai, por me amarem, me ensinarem o valor da educação, do sacrifício e por me encorajarem a sempre sonhar alto.

Aos meus irmãos, que sempre me forçaram a ser um exemplo e assim ser uma pessoa melhor.

Ao meu marido, por demonstrar paciência e caridade comigo nos momentos mais difíceis, por me fazer sentir amada e inteligente, e por não duvidar de mim.

Às crianças da Primária, que me mostraram a pureza que existe dentro do ser humano, por serem autênticas e carinhosas, e por me fazer sentir estar no céu quando estava perto delas.

À minha psicóloga, por ter me ajudado a ver como as coisas são simples.

À minha orientadora, Tula, que aceitou encarar um desafio muito diferente do modo de trabalhar com que estava acostumada, por me aceitar como orientanda, num período extremamente importante para mim.

Ao meu Deus, por me ter estado comigo e ter me mantido calma durante o vestibular, durante as decisões importantes que tive que tomar durante a faculdade e enquanto escrevia este trabalho. Por ter me amado mais do que posso compreender e por esse amor produzir efeitos até nos momentos mais simplórios, como escrever e defender um Trabalho de Conclusão de Curso.

Eu sou grata.

RESUMO

Este trabalho explora o problema da devolução pelos pretendentes de crianças e adolescentes que estão em estágio de convivência às instituições de acolhimento. Para a construção do entendimento, faz-se uma breve análise sobre os direitos das crianças e adolescente, em especial o direito à convivência e ao respeito à inviolabilidade da integridade psicofísica dos menores e elucida a influência da doutrina da proteção integral e do melhor interesse da criança. Em seguida explora o instituto da responsabilidade civil e sua aplicabilidade ao direito de família, especificamente as relações familiares. A partir dessas compreensões esquadriha a possibilidade de incidência de responsabilização civil dos pretendentes à adoção que desistem do processo durante o estágio de convivência com crianças e adolescentes pela prática de ato ilícito civil ou por abuso de direito. Para a verdadeira problematização, valeu-se de artigos científicos da área da psicologia e psiquiatria para o reconhecimento dos possíveis danos psicológicos aos menores devolvidos. Ao fim, conclui-se que para uma correta prestação jurisdicional deve considerar toda a construção do direito da criança e do adolescente e a incidência ou não da responsabilidade civil só deve ser decidida tendo em vista a condição especial de pessoa em desenvolvimento que o menor tem.

Palavras-chave: Direito da Criança e do Adolescente; Adoção; Estágio de Convivência; Devolução; Responsabilidade Civil.

ABSTRACT

This paper explores the problem of the return by the suitors of children and adolescents who are living with the host institutions. For the construction of the understanding, a brief analysis is made about the rights of children and adolescents, especially the right to coexist and respect the inviolability of the psychophysical integrity of minors and elucidates the influence of the doctrine of integral protection and the best interests of the child. kid. It then explores the institute of civil liability and its applicability to family law, specifically family relations. From these understandings it examines the possibility of incidence of civil liability of the adoption applicants who give up the process during the coexistence stage with children and adolescents for the practice of civil illicit act or for abuse of rights. For the real problematization, it used scientific articles from the area of psychology and psychiatry to recognize the possible psychological damage to the returned minors. In the end, it is concluded that for the correct judicial provision the whole construction of the rights of the child and adolescent must be considered and the incidence or not of the civil liability should only be decided in view of the special condition of developing person that the minor has.

Key-words: Child and Adolescent Rights; Adoption; Coexistence Stage; Devolution; Tort law.

LISTA DE ABREVIATURAS

ART. - ARTIGO

CF – CONSTITUIÇÃO FEDERAL

ECA – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

PL – PROJETO DE LEI

PLS – PROJETO DE LEI DO SENADO

TJ – TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TJRS – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

TJMG – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	BREVE HISTÓRICO SOBRE O DESENVOLVIMENTO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	11
2.1	O RECONHECIMENTO DA CRIANÇA E DE SUA INFÂNCIA.....	11
2.2	O SURGIMENTO E DESENVOLVIMENTO DE UM DIREITO DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES.....	12
2.3	O DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR.....	15
3	ADOÇÃO.....	16
3.1	REQUISITOS.....	20
3.2	EFEITOS.....	21
3.3	PROCEDIMENTOS.....	22
3.4	ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA.....	24
3.5	DEVOLUÇÃO.....	29
3.5.1	<i>Causas da devolução.....</i>	<i>30</i>
3.5.2	<i>Efeitos psicológicos na criança.....</i>	<i>32</i>
4	ASPECTOS JURÍDICOS APLICÁVEIS À DEVOLUÇÃO.....	36
4.1	RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA.....	39
4.1.1	<i>Análise de jurisprudência.....</i>	<i>44</i>
5	CONCLUSÃO.....	56

1 INTRODUÇÃO

O problema trazido neste trabalho foi a devolução imotivada de crianças e adolescentes durante o estágio de convivência e a possibilidade de responsabilização civil dos pretendentes.

Até novembro de 2017 o ECA não continha qualquer dispositivo que tratasse da devolução dos menores. Assim, quando ocorriam, a criança ou adolescente não tinha garantia de nenhuma tutela pelo poder público. Não havia específica previsão de sanção ao pretendente à adoção que desistisse do processo durante o estágio de convivência. A partir da mencionada data foi promulgada a Lei 13.509 que modificou pontos do ECA e trouxe o parágrafo 5º para o artigo 197-E. Esse dispositivo determinou que em casos de desistência do pretendente em relação à guarda para fins de adoção – em período de convivência – ou a devolução de crianças ou adolescentes depois do trânsito em julgado da sentença de adoção importará na exclusão dos cadastros de adoção e na vedação de renovação da habilitação, salvo se houver decisão judicial fundamentada que justifique a devolução, sem prejuízo das demais sanções previstas na legislação vigente.

Essas “sanções previstas na legislação vigente” são o azo para a responsabilização civil ensejadora de indenização. Porém, tal previsão só é aplicada para os casos de devolução que ocorrerem depois de novembro de 2017. Dessa forma, ainda é preciso forte argumentação para que nos casos anteriores também sejam reconhecida a responsabilidade civil, e para que nos casos futuros, não haja margem de dúvidas na sua caracterização.

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul os juízes e desembargadores não têm decidido em favor das crianças devolvidas, justificam-se com base numa lacuna do ECA no que tange o instituto do estágio de convivência, ele não permite ao mesmo tempo que não proíbe a devolução. E assim os pretendentes causadores de danos profundos saem incólumes.

Esse trabalho pretende mostrar um caminho para se interpretar as leis relativas ao direito da criança e do adolescente que sirva de fundamento para o reconhecimento da responsabilidade de pretendentes que devolvem.

A partir da análise de jurisprudência é possível verificar que a grande chave é o reconhecimento de uma prática ilícita, e para que se reconheça um ilícito é preciso apontar o direito violado. Por isso é imprescindível explicitar os direitos da

criança e do adolescente e como eles são feridos quando ocorre uma devolução imotivada. Então, para a construção do pensamento trouxe-se as premissas do direito da criança e do adolescente e sua atual expressão: a doutrina da proteção integral e a proteção do melhor interesse da criança. Elucidar-se-á brevemente os procedimentos da adoção e do estágio de convivência, e estudos científicos sobre a devolução de crianças e adolescente e os danos causados aos menores, a partir da ótica da psicologia, psiquiatria e serviço social.

Por fim, espera-se saber como a responsabilidade civil pode ser reconhecida nesses casos e como os julgadores podem melhorar sua prestação jurisdicional.

2 BREVE HISTÓRICO SOBRE O DESENVOLVIMENTO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A adoção de crianças e adolescentes é um assunto bastante delicado, pois trata da formação de uma família em que cada um de seus membros têm um passado distinto.

Por sua própria essência, esse instituto não é analisado exclusivamente pelo Direito. As áreas da psicologia, psiquiatria e serviço social também se debruça sobre o tema e oferecem importante contribuição para que o processo adotivo ocorra de maneira correta e saudável para adotados e adotantes.

Antes de explorar a questão proposta neste trabalho é preciso que alguns apontamentos básicos sobre o desenvolvimento do direito das crianças e dos adolescentes sejam feitos.

2.1 O RECONHECIMENTO DA CRIANÇA E DE SUA INFÂNCIA

O Estatuto de Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069 de 1990) considera como criança a pessoa de até 12 anos incompletos e como adolescente a pessoa de 12 a 18 anos, entretanto esse entendimento e essas palavras não foram sempre óbvios e lógicos, em realidade o reconhecimento dessa fase de desenvolvimento humano só passou a ser observado e posteriormente reconhecido a partir do século XVII, com o início da vida escolar.

Importante observar que essa inserção na vida escolar era reservada

apenas aos filhos dos burgueses, excluindo-se os “*miniadultos*” da plebe, fazendo com que apenas aqueles fosse admitida a ideia de *criança e infância*.

Os filhos da plebe, por sua vez, eram uma importante mão de obra, uma força produtiva para o desenvolvimento econômico dos países.

Essa triste realidade foi o que proporcionou o surgimento e gradual desenvolvimento de algum direito para crianças e adolescentes.

2.2 O SURGIMENTO E DESENVOLVIMENTO DE UM DIREITO DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

A primeira tentativa de tutela do direito das crianças e adolescentes aconteceu em 1919, na primeira Conferência Internacional do Trabalho, em decorrência de reivindicações que definissem a idade mínima de 14 anos para o trabalho na indústria e proibia o trabalho noturno para menores de 18 anos.

Quarenta anos depois, em 1959, foi aprovada a Declaração dos Direitos da Criança pela Assembleia Geral das Nações Unidas, que contém dez princípios sobre o direito das crianças e adolescentes e reconhece a peculiaridade da criança e decorrente necessidade de proteção.

Em razão da mudança de paradigmas quanto aos direitos das crianças e adolescentes no mundo, em 1979 o legislador brasileiro produziu o Código de Menores (Lei nº 6.697 de 1979). Tal legislação tinha por fundamento a *Doutrina da Situação Irregular*, um conjunto de regras jurídicas que eram dirigidas a um tipo de criança específica: aquela que estava inserida num quadro de inclusão social (VERONESE, 2013, p. 48).

Martha Toledo Machado (2003, p. 32-33), explica que essa *Doutrina da Situação Irregular* foi marcada por uma “perversa inversão de premissas” em que “toda infância desvalida passou a ser vista como delinquente” recebendo ambas o mesmo tratamento. Havia uma distinção clara entre os “nossos filhos” e os “menores”.

Assim, a tônica do Código de Menores era de uma legislação tutelar que enfatizava o entendimento discriminador que “ratificava uma suposta ‘cultura’ inferiorizadora, pois implicava no resguardo da superioridade de alguns, ou mesmo de grupos, sobre outros.” (VERONESE, 2013, p. 48).

Felizmente tal Código de Menores vigorou por pouco mais de 10 anos.

A Constituição Federal de 1988 trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro uma nova perspectiva sobre os direitos das crianças e dos adolescentes. No artigo 227 estabelece direitos aos infantes e deveres à família, à sociedade e ao Estado para com eles¹.

Poucos meses depois, já em 1989, foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a Convenção sobre os Direitos da Criança, que trouxe o paradigma da *proteção integral* à criança e ao adolescente que posteriormente seria reconhecido no Estatuto da Criança e do Adolescente, sucessor do Código de Menores.

Em seu preâmbulo a Convenção ratificou a Declaração dos Direitos da Criança de 1959, de que “a criança em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento” (BRASIL, 1990), e que seriam adotadas todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais para proteger as crianças de qualquer forma de violência ou abuso²

Como signatário da Convenção, em julho de 1990 o Brasil promulgou o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069), que, em conjunto com a Constituição Federal de 1988, instituíram “uma tríade de princípios que são pilares da doutrina e da legislação em matéria de direitos infanto-juvenis” (PEREIRA JÚNIOR, RODRIGUES, 2018, p. 615), são eles³:

¹ CRFB/88, art. 227, caput: “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.”

² DECRETO Nº 99.710, artigo 19: “1. Os Estados Partes adotarão todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto a criança estiver sob a custódia dos pais, do representante legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela.

³ A expressão desses princípios estão nos seguintes dispositivos:

DECRETO Nº 99.710/90, artigo 3: “Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”

ECA, art.1º, caput: Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

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

CFRB/88, art. 227 caput: 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

- a) o princípio do melhor interesse da criança
- b) a proteção integral
- c) a prioridade absoluta - artigo 227 da CF⁹ e artigo 4º do ECA

Esse novo modelo foi uma revolução nos direitos das crianças e dos adolescentes ao adotar a *doutrina da proteção integral* como contraponto à antiga *doutrina da situação irregular*, uma vez que reconheceu às crianças e adolescentes direitos próprios e essenciais em razão de sua condição específica de pessoas em desenvolvimento, mais ainda, reconheceu-os como *sujeitos de direitos*, indivíduos com seus próprios interesses a serem protegidos pela família, pela comunidade e pelo Estado. Deixaram definitivamente de ser *adultos em miniatura* e passaram a ser reconhecidos como *crianças e adolescentes* cuja própria natureza os coloca em situação desequilibrada em relação aos outros atores sociais, sendo merecedores de proteção especial para atingirem seu pleno desenvolvimento.

Para a efetivação dessa doutrina protetiva o ECA reconhece *direitos fundamentais* (MACHADO, 2013, p.105) às crianças e aos adolescentes: vida, saúde, alimentação, educação, esporte, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade, convivência familiar e comunitária. Esses direitos se coadunam ao disposto no artigo 227 da Constituição Federal e são desdobramentos daqueles do artigo 5º da CF, até mesmo pode-se dizer que vão além dos tradicionais direitos fundamentais concedidos às pessoas adultas, pois como afirma Machado (2013, p. 115) “os atributos da personalidade infanto-juvenil têm conteúdo distinto dos da personalidade do adulto, porque aquela ainda está em fase de formação, de desenvolvimento de suas potencialidades humanas adultas, está na plenitude de suas forças”.

Antes dessa distinção sobre seu desenvolvimento, as crianças e adolescentes eram considerados como meros objetos de intervenção do mundo dos adultos, já que eram mais vulneráveis a eles.

Nesse sentido, a *Doutrina da Proteção Integral* reconhece as crianças e adolescente como sujeitos de direitos, de seus próprios direitos fundamentais, servindo como mecanismo regulador da vulnerabilidade infantil na medida em que

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.

as “ergue” aos seus direitos.

2.3 O DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

Como apontado antes, o artigo 227 da CF descreve direitos específicos das crianças e adolescentes. Um deles é o direito a convivência familiar.

Esse é o direito que as crianças e adolescentes têm de serem criados e educados no seio de uma família, quer seja a sua de origem ou uma família substituta.

As crianças ou adolescentes não conseguem reconhecer-se como pessoa, tornar-se um adulto completo sem que interaja com outras pessoas no seu ambiente mais íntimo, de mais afeto, onde pode estar despido de qualquer expectativa social e ser quem ele é e aprender quem pode ser. Essas *outras pessoas* precisam estar inseridas no seu ciclo de convivência familiar, *precisam ser sua família*.

Sobre isso, Maria Berenice Dias (2013, p. 476) é enfática ao afirmar que “depois do direito à vida, talvez nada seja mais importante do que o direito à família, lugar idealizado onde é possível, a cada um, integrar sentimentos, esperanças e valores para a realização do projeto pessoal de felicidade”.

Para tornar esse direito em uma realidade, surge o instituto da adoção. Inúmeras crianças e adolescentes não têm essa convivência, são carentes de pai e mãe que possam lhes dar segurança, assistência emocional, física, material, e infelizmente foram destituídos do poder familiar e não têm qualquer parente que assuma a responsabilidade. Essas deficiências, quando condizentes com a possibilidade de destituição do poder familiar, fazem com que os menores sejam retirados do convívio dos pais biológicos, de acordo com a doutrina da proteção integral. É aí que entra a adoção, uma possibilidade de dar à criança a família que ela precisa ter, é uma reconstrução do direito à convivência familiar (BRAUNER; AZAMBUJA, 1999), pois uma criança que cresce em uma instituição de acolhimento não está nem perto de ter seu direito à convivência familiar garantido.

Maria do Rosário Leite Cintra (1992, *apud* MACHADO, 2003, p. 157), uma das relatoras do ECA explicou a importância desse direito à convivência em família:

Entre os direitos fundamentais da criança elencamos, ao lado do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à proteção ao trabalho, o direito de ser criado e educado [...] no seio da família [...]. Realmente, a família é condição indispensável para que a vida se desenvolva, para que a alimentação seja assimilada pelo organismo e a saúde se manifeste. Desabrochar para o mundo inclui um movimento de dentro para fora [...]. Não basta pôr um ser biológico no mundo, é fundamental complementar a sua criação com a ambiência, o aconchego, o carinho e o afeto indispensáveis ao ser humano, sem o que qualquer alimentação, medicamento ou cuidado se torna ineficaz [...] A família é o lugar normal e natural de se efetuar a educação, de se aprender o uso adequado da liberdade, e onde há a iniciação gradativa no mundo do trabalho. É onde o ser humano em desenvolvimento se sente protegido e de onde ele é lançado para a sociedade e para o universo... Outra realidade igualmente contemplada no art. 19 do ECA é que o recolhimento de crianças em internatos contraria o direito fundamental [...] da convivência familiar e comunitária, cujos benéficos efeitos acima salientamos.

Inegável o quão fundamental é o direito que as crianças e adolescentes têm de estarem inseridas num núcleo familiar, de terem a oportunidade de conviver em família; o Estado precisa proteger e providenciar com eficiência e qualidade o cumprimento desse direito.

3 ADOÇÃO

No direito brasileiro a adoção configura como uma medida protetiva⁴ cujo fim é o de garantir o direito à convivência familiar de crianças e adolescentes. Ela atribui condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres de filhos biológicos, é a formação de uma família com um novo membro.

Essa tônica supera o entendimento antiquado de que seria primordialmente um “remédio consolatório dos que não têm filhos” (FREITAS, 2003, p. 188), um substituto para a procriação pelo método sexual (PEREIRA, 2015, p. 375), que colocava os pretendentes como atores principais do instituto e deixava as crianças a serem adotadas como sujeitos cujo papel seria encaixar-se numa expectativa. Felizmente a *doutrina da proteção integral* da criança e do adolescente afastou esse pensamento e passou a encarar a adoção e todo o seu procedimento como uma forma de assegurar sempre o melhor interesse da

⁴ ECA art. 39: “A adoção de criança e de adolescente rege-se-á segundo o disposto nesta Lei.

§ 1º A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei.

criança e do adolescente, sendo elas os atores principais de todo o procedimento.

Essa formação de uma nova família atrai o direito de família para trabalhar juntamente com o direito das crianças e adolescentes. Assim, os princípios basilares da adoção vêm de ambos os ramos do direito. Os que exercem maior influência são:

a) *Princípio da Dignidade da Pessoa humana*

Este princípio está expressamente previsto na Constituição Federal e é reconhecido como fundamento do Estado Democrático de Direito, a partir da redemocratização do Estado brasileiro todo o ordenamento jurídico precisa respeitar seus preceitos, colocando a *pessoa* como fim a ser atingido.

José Afonso da Silva (1998, p. 91) ensina que a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. Declara que, como fundamento, a palavra *dignidade* refere-se ao atributo intrínseco da pessoa humana, ou seja, nem mesmo um comportamento indigno a priva dos direitos fundamentais que lhe são inerentes, visto que a dignidade entranha e se confunde com a própria natureza do ser humano.

No que concerne à família, esta é a célula gênese da sociedade. Não há instituição onde a dignidade tenha maior dimensão e alcance, é a garantia que legitima o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente, sendo o princípio gerador do princípio do melhor interesse da criança e da proteção integral e absoluta.

b) *Princípio da Afetividade*

Esse princípio não está expressamente previsto na Constituição Federal, porém, Maria Helena Diniz (2010, p. 24) o identifica como corolário do respeito da dignidade da pessoa humana e como norteador das relações familiares e da solidariedade familiar. Maria Berenice Dias (2013, p.74) chega a dizer que é o princípio norteador do direito das famílias e que o legislador atribuiu valor jurídico ao afeto ao definir família como uma relação íntima de afeto na Lei nº 11.340 (Lei Maria da Penha), enquanto isso Cristiano Chaves de Farias (2004, p.3) afirma ser a mola propulsora do próprio lar.

Paulo Lôbo (2017, p. 3) o coloca como primeiro dos elementos indispensáveis à constituição do lar, seguido da estabilidade, convivência pública e ostensiva e o escopo de constituir família, e esclarece que tal afeto é distinto dos modos de expressão de amor de outros relacionamentos sociais. Essa afetividade específica carrega consigo um “verdadeiro e firme compromisso, com direitos e deveres pessoais e patrimoniais” (VELOSO, 2016, p.2).

c) *Princípio do Melhor⁵ Interesse da Criança*

A Convenção sobre os Direitos da Criança trouxe um novo padrão mundial sobre o tema para os ordenamentos jurídicos das nações signatárias ao determinar que em todas as relações relativas às crianças deve-se considerar seu melhor interesse:

Esse princípio não está explícito nem na Constituição Federal nem no ECA, no entanto, ao ratificar a dita Convenção o Brasil o tornou norma cogente, considerando-o como fonte subsidiária de aplicação da norma (PEREIRA, 2002, p. 145).

Seu conteúdo é de que todas as ações relativas aos infantes, desde a criação e aplicação das leis, políticas públicas, assistência social, convivência no âmbito familiar, devem ser realizadas no sentido de resguardar seus direitos fundamentais, sempre o que lhe for melhor. Cria obrigações para condutas tanto no âmbito público, como no privado (BARBOSA, 2013, p. 17).

Hélia Barbosa (2013, p. 11) salienta a exclusividade da aplicação desse princípio frente ao interesse de pessoas adultas ou do Estado ou outras instituições:

O *interesse superior* deve ser priorizado na garantia dos direitos fundamentais titularizados por crianças e adolescentes. Não é possível tolerar interpretação, mínima que seja, que não se confira à criança e ao adolescente o *que for melhor*, sempre posto que a proteção constitucional **em primazia é conferida única e exclusivamente a essas pessoas em processo de crescimento, e não à família, ao legislador, aos operadores, aos agentes, aos governantes**. Do contrário, haverá inversão jurídica e ética que compromete a garantia das exigências naturais das mesmas, porquanto o destinatário da atuação de todos é a criança e o

⁵ Acolhe-se o entendimento de Tânia da Silva Pereira (2002) de optar pelo conceito qualitativo acerca do *interesse*, trazido pela versão em inglês, ao invés do quantitativo, da versão brasileira. CONVENTION on the Rights of the Child. New York. 20Nov. 1989. Disponível em <https://digitallibrary.un.org/record/80135?ln=en> . Acesso em 21 de set. 2019.

adolescente, seres vulneráveis por sua condição própria de sujeitos em desenvolvimento. (grifo do autor e nosso)

Dessa forma todas as decisões acerca do bem-estar de crianças e adolescentes devem ser tomadas com o objetivo de melhor atender ao interesse desses menores. O juiz ao exercer sua atividade deve fazer considerando o formalismo e imparcialidade inerente ao cargo junto com o objetivo de assegurar a decisão que melhor atende *aquela* criança *naquela* situação concreta. O Código de Ética da Magistratura (BRASIL, 2008)⁶ defende essa atribuição.

Como até agora demonstrado, o legislador deixou claro nas leis em que escreveu, o tratamento diferenciado que merecem as crianças e adolescentes de acordo com seu *melhor interesse*.

d) *Princípio da Proteção Integral a Crianças e Adolescentes*

As mudanças ocorridas no direito da criança e do adolescente foram baseadas na *Doutrina da Proteção Integral*, essa doutrina é corolário do princípio de mesmo nome.

Como já dito, a Constituição Federal incorporou esse princípio ao artigo 227 e o ECA é todo regido por ele - junto ao princípio do melhor interesse da criança e paternidade responsável.

Paulo Lôbo (2004, p. 52) faz ressalva importante de que esse “o princípio não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado”, na medida em que os reconhece como sujeitos de direitos enquanto pessoas em fase de desenvolvimento que demandam tratamento de prioridade absoluta.

Esses princípios elencados emanam do entendimento jurídico construído a partir da Constituição Federal de 1988, cujo espírito era o de “assegurar aos brasileiros direitos sociais essenciais ao exercício da cidadania e estabelecer mecanismos para garantir o cumprimento de tais direitos” (BRASÍLIA, 2018). Dessa forma, a natureza jurídica da adoção moldou-se ao desenvolvimento da humanidade

⁶ Código de Ética da Magistratura, art. 9º: Ao magistrado, no desempenho de sua atividade, cumpre dispensar às partes igualdade de tratamento, vedada qualquer espécie de injustificada discriminação. Parágrafo único. Não se considera tratamento discriminatório injustificado:

(...)

II - o tratamento diferenciado resultante de lei. (grifo nosso)

(MARMITT, 1993, p. 9). Atualmente boa parte da doutrina vê a adoção como um ato jurídico complexo pois precisa de dois momentos para sua formalização: um de natureza contratual que requer a manifestação de vontade das partes e outro de natureza pública devida à necessidade de chancela estatal através da sentença judicial para constituir o vínculo de filiação, após análise apurada da situação do estágio de convivência que leve ao convencimento de que a adoção é o melhor para a criança.

Infelizmente existem decisões do poder judiciário que consideram apenas a natureza contratual para resolver conflitos envolvendo processos adotivos. A questão do indeferimento de pedido de indenização por responsabilidade civil a partir das devoluções de crianças e adolescentes ainda em estágio de convivência é um exemplo disso e em seguida será analisado mais profundamente.

3.1 REQUISITOS

A adoção é regida pelo ECA. Segundo esse diploma legal, é uma modalidade de medida específica excepcional de proteção à criança e ao adolescente, com requisitos claros para sua efetivação.

Tânia da Silva Pereira (2015, p. 377) os divide em subjetivos e objetivos. Os requisitos subjetivos são:

- Idoneidade do adotante - art. 29, art. 50, §2º e art. 197-C do ECA⁷;
- Motivos legítimos/desejo de filiação - art. 43 e art. 197-C do ECA⁸;
- Reais vantagens para o adotando, por se tratar de medida excepcional - art. 43 do ECA.

Enquanto isso, os requisitos objetivos são:

- Adotante ter mais de 18 anos - art. 42 do ECA⁹;

⁷ ECA, art.29: Não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado. ECA, art. 50, § 2º: Não será deferida a inscrição se o interessado não satisfizer os requisitos legais, ou verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 29.

ECA, art.197-C: Intervirá no feito, obrigatoriamente, equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, que deverá elaborar estudo psicossocial, que conterà subsídios que permitam aferir a capacidade e o preparo dos postulantes para o exercício de uma paternidade ou maternidade responsável, à luz dos requisitos e princípios desta Lei.

⁸ ECA, art.43: A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.

- O adotante ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotado - art. 42, §3º do ECA;
- Consentimentos dos pais ou do representante legal do adotado, salvo se já destituídos do poder familiar ou desconhecidos - art. 45 *caput* e §1º do ECA¹⁰;
- Consentimento do próprio adotado, se maior de 12 anos - art. 45, §2º do ECA;
- Prévia inscrição no Cadastro de Adoção - art. 50 do ECA¹¹;
- Prévio período de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo máximo de 90 dias - art. 46 do ECA¹².

3.2 EFEITOS

O vínculo de filiação decorrente da adoção se forma após o trânsito em julgado da sentença judicial- art. 47 do ECA - e os efeitos desse vínculo começam a partir daí - art. 47, §7º do ECA.

O artigo 41 do ECA é objetivo ao determinar a extensão dos efeitos da adoção: “A adoção atribui a condição de filho do adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos patrimoniais”.

É bom fazer breve destaque dos efeitos da desta *condição de filho*:

- Estabelecimento de vínculo legal de paternidade e filiação civil entre adotante e adotado, sem distinção dos direitos e deveres resultantes do parentesco. natural - art. 20 e 41 do ECA, art. 227, §6º da CF
- Transferência definitiva e de pleno direito, do poder familiar para o adotante - art.1.634 e 1.635 do Código Civil.

⁹ ECA, art.42: Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

§ 3º O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando.

¹⁰ ECA, art.45: A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando.
§ 1º. O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar.

§ 2º. Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento.

¹¹ ECA, art.50:A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção.

¹² ECA, 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.

- Modificação do sobrenome do adotado com a inclusão do sobrenome do adotante e possibilidade de modificação do prenome do adotado - art. 47, §5º e §6º do ECA.
- Direitos sucessório recíprocos - art. 41 do ECA, art. 227, §6º da CF.

3.3 PROCEDIMENTO

O procedimento de adoção tem início a partir do momento em que os pretendentes procuram a vara da infância e juventude da comarca de sua residência para protocolar petição inicial para habilitação no Cadastro Nacional de Adotantes (art. 50, 197-A e 197-E do ECA)¹³.

Antes de o juiz deferir a habilitação dos postulantes é necessário que passem por estudo psicossocial dirigido por equipe interprofissional para que seja aferida sua capacidade e seu preparo para o exercício de uma paternidade ou maternidade responsável (art. 197-C *caput* do ECA)¹⁴.

Também é preciso que participem de programa oferecido pela Justiça da Infância e Juventude para orientação psicológica, orientação e estímulo à adoção inter-racial, de crianças e adolescentes com deficiência, com doenças crônicas ou com necessidades específicas de saúde e de grupos de irmãos (art. 50, § 3º e art. 197-C, § 1º do ECA)¹⁵.

¹³ ECA, art.50: A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção

ECA, art.197-E: Deferida a habilitação, o postulante será inscrito nos cadastros referidos no art. 50 desta Lei, sendo a sua convocação para a adoção feita de acordo com ordem cronológica de habilitação e conforme a disponibilidade de crianças ou adolescentes adotáveis.

¹⁴ ECA, art. 197-C, *caput*: Intervirá no feito, obrigatoriamente, equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, que deverá elaborar estudo psicossocial, que conterà subsídios que permitam aferir a capacidade e o preparo dos postulantes para o exercício de uma paternidade ou maternidade responsável, à luz dos requisitos e princípios desta Lei.

¹⁵ ECA, art.50, § 3º: A inscrição de postulantes à adoção será precedida de um período de preparação psicossocial e jurídica, orientado pela equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar.

ECA, art.197-C, § 1º:É obrigatória a participação dos postulantes em programa oferecido pela Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar e dos grupos de apoio à adoção devidamente habilitados perante a Justiça da Infância e da Juventude, que inclua preparação psicológica, orientação e estímulo à adoção inter-racial, de crianças ou de adolescentes com deficiência, com doenças crônicas ou com necessidades específicas de saúde, e de grupos de irmãos.

O ECA ainda *recomenda* que durante essas etapas obrigatórias de preparação, os postulantes tenham contato com crianças e adolescentes em regime de acolhimento familiar ou institucional, sob orientação e supervisão e avaliação da equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude (art. 50, § 4º e art. 197-C, § 2º)¹⁶.

Após manifestação do Ministério Público o juiz decide por deferir ou não a habilitação dos pretendentes (art. 50, § 1º e art. 197-B, *caput* do ECA)¹⁷.

Deferida a habilitação, os postulantes são inscritos no cadastro estadual respectivo e no Cadastro Nacional de Adotantes (art. 50, §5º do ECA)¹⁸, e serão convocados para a adoção de acordo com a ordem cronológica de habilitação e conforme disponibilidade de crianças ou adolescentes adotáveis (art. 197-E, *caput* do ECA)¹⁹.

Quando é encontrada uma criança compatível com o perfil desejado pelos pretendes a vara da infância e juventude da comarca entra em contato para informar sobre a possibilidade de aproximação entre a criança e os adotantes, depois do momento de aproximação é iniciado o estágio de convivência.

A lei determina que antes de a criança ou adolescente acolhidos institucionalmente sejam inseridos em família adotiva, passem por preparação gradativa com equipe interprofissional (art. 28, § 5º e art. 92, VIII do ECA)²⁰, a fim de

¹⁶ ECA, art. 50, § 4º-Sempre que possível e recomendável, a preparação referida no § 3º deste artigo incluirá o contato com crianças e adolescentes em acolhimento familiar ou institucional em condições de serem adotados, a ser realizado sob a orientação, supervisão e avaliação da equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude, com apoio dos técnicos responsáveis pelo programa de acolhimento e pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar.

ECA, art.197-C, § 2º-Sempre que possível e recomendável, a etapa obrigatória da preparação referida no § 1º deste artigo incluirá o contato com crianças e adolescentes em regime de acolhimento familiar ou institucional, a ser realizado sob orientação, supervisão e avaliação da equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude e dos grupos de apoio à adoção, com apoio dos técnicos responsáveis pelo programa de acolhimento familiar e institucional e pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar.

¹⁷ ECA, art.50, § 1º O deferimento da inscrição dar-se-á após prévia consulta aos órgãos técnicos do juizado, ouvido o Ministério Público.

ECA, art.197-B, *caput*: A autoridade judiciária, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, dará vista dos autos ao Ministério Público, que no prazo de 5 (cinco) dias poderá (...)

¹⁸ § 5º-Serão criados e implementados cadastros estaduais e nacional de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e de pessoas ou casais habilitados à adoção.

¹⁹ ECA, art.197-E. Deferida a habilitação, o postulante será inscrito nos cadastros referidos no art. 50 desta Lei, sendo a sua convocação para a adoção feita de acordo com ordem cronológica de habilitação e conforme a disponibilidade de crianças ou adolescentes adotáveis.

²⁰ ECA, art.28, § 5º-A colocação da criança ou adolescente em família substituta será precedida de sua preparação gradativa e acompanhamento posterior, realizados pela equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com o apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar.

que possam estar o mais preparadas possível para fazerem parte de uma nova família.

Ademais, determina que toda a adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, assunto sobre o qual ainda nos debruçaremos.

3.4 ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA

A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente pelo prazo máximo de 90 dias, observadas a idade da criança ou adolescente e as peculiaridades do caso (art. 46 do ECA), o qual será acompanhado pela equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, que apresentarão relatório minucioso acerca da conveniência do deferimento da medida (art. 46, § 4º do ECA).

Durante esse estágio de convivência os pretendentes à adoção possuem a guarda legal da criança ou adolescente, com todos os deveres inerentes a ela de assistência material, moral e educacional (art. 33 do ECA).

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenwald (2012, p. 1035) conceituam que este é um “período de verificação das condições do adotando e da adaptação do adotado”. Arnaldo Marmitt (1993, p. 41) afirma que a importância desse período está no fato de ser a consolidação da vontade de adotar e ser adotado.

Epaminondas da Costa (2009, p. 168) dá especial importância à compreensão da natureza jurídica do instituto:

Esse autor faz uma observação importante a partir do correto entendimento da natureza jurídica. Afirma que a legislação brasileira em momento algum declara que o estágio de convivência é um direito instituído em favor dos adotantes, mas que o período foi a maneira encontrada para que a equipe interprofissional do Juízo avaliasse a conveniência do vínculo, seguindo as orientações do art. 29, art. 43 e art. 46, § 1º do ECA²¹.

ECA, art. 92. As entidades que desenvolvam programas de acolhimento familiar ou institucional deverão adotar os seguintes princípios:

VIII - preparação gradativa para o desligamento;

²¹ ECA, art. 29: Não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado.

Extrai-se desses artigos que, os procedimentos da adoção e a adoção em si, são regidos pelo que é melhor para as crianças e adolescentes, não para os adotantes. Como mencionado anteriormente, há muito deixou-se de ser um instituto que visava dar filhos à pais que não os podiam ter pelas vias biológicas, agora a criança é o centro no qual orbita todo o Direito da Criança e do Adolescente.

O que acontece é que além da não uniformidade de conceitos sobre a natureza jurídica do estágio de convivência, a forma como foi escrito no ECA deixa espaço para duas situações: 1) não existe artigo que expressamente negue a possibilidade de, no transcorrer do estágio de convivência ou imediatamente após seu fim, os pretendentes desistirem da adoção sem qualquer motivo; 2) da mesma forma, a lei em momento algum prevê uma expressa possibilidade de devolução da criança.

Assim, o que se tem é uma imprecisão jurídica, talvez até um erro por não ter o legislador melhor conceituado o estágio de convivência.

Diante dessa dubiedade, a doutrina e jurisprudência, em sua maioria, estende a possibilidade constante do artigo 35 do ECA²² de revogação de guarda, para cobrir a devolução de crianças e adolescente durante o estágio de convivência sem motivo. Felizmente, o ECA sofreu alteração precisamente nesse ponto, o qual será comentado adiante.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem interpretado essa abertura ao julgar improcedentes pedidos de indenização por desistência de adoção sem justo motivo, justifica que não há vedação legal para que os futuros pais desistam sem justo motivo da adoção quando estiverem apenas com a guarda do menor, visto que o vínculo de adoção só se constitui através de sentença judicial²³ e o estágio de convivência nada mais é do que um período de adaptação da criança com a nova família e dessa família com a criança.

ECA, art. 43. A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos

§ 1º O estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando já estiver sob a tutela ou guarda legal do adotante durante tempo suficiente para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo.

§ 1º O estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando já estiver sob a tutela ou guarda legal do adotante durante tempo suficiente para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo.

²² ECA, art.: 35. A guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público.

²³ Ap. Cível, TJRS 70079126850

É esse entendimento que o presente trabalho pretende refutar ao demonstrar que tal prática preenche corretamente os requisitos para indenização em virtude da responsabilidade civil dos pretendentes à adoção.

O debate jurídico de que se está diante, primeiramente precisa se valer do aspecto psicológico do instituto para que possa alcançar uma resposta juridicamente concisa, completa e correta, através do reconhecimento do dano ensejador de indenização por ilícito civil.

A psicóloga Flávia Almeida de Carvalho, em sua tese de mestrado, traz relatos de membros de diversas equipes interprofissionais de varas de Infância e Juventude de São Paulo que narram o nascer psíquico do vínculo de filiação e paternidade que acontece no estágio de convivência. Após a aproximação inicial entre pretendentes e adotado “chega um momento em que a criança não quer mais voltar para o abrigo, ela chora, ela começa a se agarrar neles [nos adotantes]” e “chega o momento de desacolher [a] criança para aquela família por estar apresentando sofrimento da separação, demonstrando estar vinculada à família”.

Esse relato é o retrato interpretado por autores da área da psicologia, que dão sua contribuição sobre o que seria o estágio de convivência e seus objetivos. Carvalho (2017, p. 92) reconhece que é um momento de “empoderamento dos pretendentes para assumirem a posição de pai e/ou mãe das crianças e para estabelecer uma relação de troca com eles, não um estágio de avaliação”. Ladvoat (2015, p. 29) aponta ser um “período em que se consolida a vontade de adotar e ser adotado”. Maria Luiza Ghirardi (2015, p. 29) afirma que esse período “tem como objetivo verificar a possibilidade de construção da relação afetiva entre adotantes e adotado [...] e traz em seu âmago as instabilidades e delicadezas do encontro humano”.

Nesse sentido Carvalho (2017, p. 91) defende a primazia do aspecto psicológico do estágio de convivência para a constituição da filiação

[O] estágio de convivência é uma fase marcada por uma mudança concreta que se coloca em ação dois dos três eixos da parentalidade definidos por Houzel (2004), o do exercício (dimensão jurídica) e o da prática (dimensão do cuidado). De alguma forma, são esses eixos que vão possibilitar o desenvolvimento pleno do eixo da experiência da parentalidade (dimensão psíquica). Assim como a inserção dessa criança na família [...] e na realidade sociocultural dos pretendentes.

Dessa maneira, **essa fase é reconhecida por conjugar toda a complexidade que envolve a concretização das mudanças psíquicas que necessitam tomar o curso no processo da adoção.** (grifo nosso)

Diante da complexidade dos elos que pretendem iniciar sua formação no estágio de convivência, é imprescindível que os adotantes estejam devidamente preparados. O legislador achou por bem tornar obrigatória a preparação psicossocial com a equipe técnica da Vara da Infância e Juventude da respectiva comarca e com o auxílio de grupos de apoio à adoção antes de os adotantes serem habilitados, porém, deve-se ter em conta que a preparação deve ser constante enquanto se aguarda a chegada do futuro filho, não se trata apenas *assistir algumas palestras*, conversar mecanicamente com um psicólogo, ou estar economicamente preparado, é mais do que isso.

Ao se prepararem, os adotantes devem inquirir-se sobre as reais motivações que os levaram e querer ter um filho através do processo adotivo. Psicólogos apontam que a adoção tem grandes chances de fracassar se a motivação for o altruísmo, tentativa de salvar casamento, substituir um filho biológico que não existiu, etc., ao invés de puramente ser o *desejo de ter um filho*.

Também é imprescindível que os adotantes resolvam questões relativas ao ideal de filho esperado e suas expectativas em relação a ele. Deve-se ter em vista que a criança que lhe for entregue terá um histórico, uma vida anterior àquele momento, marcada pelo abandono, possivelmente até pela violência e negligência e pelas condições por vezes adversas em que foi gestada, e essas marcas fazem parte da criança e podem tê-la tornado um ser humano longe do ideal angelical de filho que todo pai e mãe, biológico ou adotivo, têm.

O contraste entre o filho idealizado e o filho real pode revelar preconceitos que não eram latentes nos pretendentes, pode redimensionar o limite de sua tolerância e se não for bem trabalhado antes do estágio de convivência, pode destruir o desejo de que *certa* criança seja seu filho e impedir que nasça o vínculo afetivo de filiação e paternidade/maternidade esperado, causando graves **novos** traumas à criança real.

No mesmo sentido, os adotantes precisam ter clareza sobre os comportamentos que são inerentes a qualquer criança em sua respectiva faixa etária e como lidar com eles. Em resumo, os pretendentes precisam estar preparados para lidar com a *adversidade*, representada por sentimentos como agressividade, rivalidade e competição presentes na figura da criança que esperam por receber ou por aquela com quem já estão às portas de iniciar o estágio de convivência.

Sobre isso, Cynthia Carballido (2008, p.57) traz os ensinamentos do psicanalista Donald W. Winnicott, de que a experimentação de tais sentimentos agressivos constitui importante aspecto da relação da criança com sua família, explana sua teoria do “uso do objeto”:

Dentro deste ponto de vista, o que este autor considera como destruição do objeto faz parte essencial do processo de amadurecimento, como uma busca por externalidade para o viver dentro da realidade compartilhada [...] Mas para que esse aspecto fundamental do desenvolvimento possa ocorrer, é imprescindível que o objeto sobreviva a esta destruição [...]. **O autor descreve um processo onde a criança destrói o objeto e o encontra vivo para poder ainda assim amá-lo, dizendo-lhe: você tem valor para mim por sobreviver à minha destruição.** [grifo nosso]

Especificamente sobre a realidade dos adotantes a autora acrescenta:

Dentro desta concepção consideramos que, um importante aspecto da família adotiva a ser trabalhado seja sua real capacidade de se oferecer como objeto para “uso” do filho adotivo, **e que nesta relação a família se mostre capaz de sobreviver à experiências de destruição possíveis e necessárias.** [grifo nosso]

Assim, a real e constante preparação dos pretendentes é essencial para que os laços afetivos de filiação ocorram, para que os adotantes entendam a magnitude que seus papéis de pais terão na vida de uma criança, pois, se não sobreviverem ao filho o que se formará em sua mente é que ela, a criança, é destrutiva e nada sobrevive à ela, nem a família de origem nem a *ex-futura- família*.

Diante de tamanha complexidade, o período de estágio de convivência tem a indesejável característica de ser o momento em que os pretendentes, após receberam a criança em sua casa, desistem da adoção, de adotar aquela criança.

A despeito da possibilidade jurídica de isso ocorrer, segundo o TJRS, não se pode negar que é um novo trauma inominável na vida do menor. Infelizmente não existem estatísticas oficiais da quantidade de crianças e adolescentes devolvidos pelos pretendentes ainda em fase de estágio de convivência, da mesma forma, estudos sobre o tema são parcos, principalmente a partir da ótica do direito.

A seguir, trataremos especificamente sobre a devolução de crianças e adolescentes com enfoque na juridicidade do tema.

3.5 DEVOLUÇÃO

Quando os pretendentes que estão em estágio de convivência com uma criança desistem de dar continuidade ao processo de adoção sem justo motivo e a entregam novamente à tutela do Estado, tem-se que houve uma devolução. Ghirardi (2015, p. 21) a conceitua como “todo retorno da criança a uma situação que lhe é anterior ao estabelecimento do vínculo com os adotantes e que, dessa forma, implica seu rompimento”.

O dicionário conceitua a palavra *devolver* como “restituir, fazer voltar (ao dono, à origem); recusar”. Do ponto de vista psicológico, é entendida como “algo da não-inscrição da criança adotada, uma não posse dela como filiação do casal, isto é, sem pertencimento e, portanto, sem identificação” (MUNIZ, 2016 p. 41).

Estatisticamente, não é possível saber qual o número real de devoluções que acontecem no Brasil. A advogada Silvana do Monte Moreira, presidente da Comissão de Adoção do IBDFAM, diz que se ouve falar em 10% de crianças e adolescentes devolvidos durante o processo de adoção no país²⁴, porém, de acordo com o Conselho Nacional de Justiça, não é possível ter informação oficial já que o sistema do CNA não faz distinção entre processos concluídos com efetiva adoção ou desistência do pretendente.

Deve-se ressaltar que este trabalho trata de devoluções de crianças e adolescente ainda em período de estágio de convivência injustificadamente ou com justificativas fúteis. Não se questiona os casos em que efetivamente fica demonstrado a impossibilidade de os pretendentes e crianças conviverem e assim a adoção não se concretizar, tanto é que equipe interprofissional monitora constantemente esse período para poder observar e elaborar parecer. Nos casos em que os pretendentes se esforçam para exercer a paternidade e maternidade, procuram ajuda dos psicólogos e assistentes sociais da Vara da Infância e da Juventude da respectiva comarca para a criança e para si próprios é possível dizer que houve uma paternidade responsável, no sentido de tratar a criança como sujeito, respeitar sua existência ao invés de tratá-la como dispensável e com sentimentos menos importantes do que seus próprios.

3.8.1 Causas da devolução

²⁴ Assessoria de Comunicação do IBDFAM. Série “Um olhar sobre a adoção”.17 julho de 2017. In IBDFAM. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6369/S%C3%A9rie+%E2%80%9CUm+olhar+sobre+a+ado%C3%A7%C3%A3o%E2%80%9D> Acesso em 17 de junho de 2019. M

Apontado por diversos autores, a maior causa da devolução de crianças e adolescentes durante o estágio de convivência, é o despreparo psíquico dos adotantes (GHIRARDI, 2015, p. 21 e 37).

Como já mencionado, esse despreparo se vê em diversas facetas. Revela-se nas motivações errôneas que sustentam o desejo pela adoção: motivações várias que não sejam puramente o *desejo de ter um filho*. Também se vê na insistente expectativa de terem um filho cujo comportamento corresponda a um ideal imaginado e serem incapazes de admitir que a criança é o que é e não o que se espera que seja. Há também, o preconceito com a família de origem da criança, refletido num preconceito com a própria história da criança, ao assumirem que ela está fadada e ser o que a família de origem foi. Por fim, o despreparo da criança para viver o estágio de convivência também é um fator que leva à devolução.

Diante desse quadro de despreparo, a devolução passa a ser uma realidade próxima e, em sua maioria, apoiada em motivos fúteis (SOUZA, 2012, p. 35). Em estudo realizado por Levy, Pinho e Farias (2009, p. 58-63), constatou-se justificativas para a devolução as crianças serem demoníacas, fazerem birras, serem sexualmente precoces, mentirosas, hiperativas. Na pesquisa de Carvalho (2017, p. 106-107), encontra-se como motivação, dentre outros, o medo de colocar em risco o casamento e a tentativa frustrada de salvar o casamento. Souza (2012, p. 57) menciona ter visto como motivação o comportamento das crianças de ter o vocabulário errado, abrirem gavetas, vasculharem a casa, pegaram objetos, grosserias, responderem, comerem fora de hora, não saber usar garfo e faca, chorar na hora do banho, não quererem pentear o cabelo, ter atraso escolar.

Corroborando com essas justificativas, Weber (2004, p 59), aponta que 15% da amostra de sua pesquisa consideraram correto devolver o filho adotivo por questões de desobediência e rebeldia. Ressalta a falta de compreensão e de humanidade diante da criança.

Trazendo para o mundo real, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, dois casos têm destaque em razão das justificativas trazidas pelos adotantes para devolverem as crianças ainda no período de estágio de convivência. Na Apelação Cível nº 70079126850, o casal adotante queria devolver um casal de irmãos após 24 dias do início do estágio de convivência por “J. [ser] brava e T. [adoecer] com facilidade [...] por [precisarem] repetir as coisas reiteradamente, o menino ter medo

de escuro [...], quererem comer o tempo todo, de hora em hora”²⁵. Na Apelação Cível nº 70080332737, após 2 meses de estágio docente, o casal adotante justificou a devolução por “mau comportamento, [...] por receberem muitos bilhetes da escola, [serem] mal-educados e debochados toda vez que eram repreendidos”²⁶.

Diante disso, quatro constatações podem ser feitas. A primeira é que a devolução das crianças e adolescentes é um reflexo direto do despreparo dos pretendentes à adoção.

A segunda é a responsabilidade atribuída à criança pelo fracasso do processo adotivo. Levy, Pinho e Faria (2009, p. 60) apontaram que, em sua amostra, dos motivos alegados para a devolução, 60% são sobre o comportamento da criança e 40% problemas relacionados a ela. Vê-se que os adultos têm um sentimento de autocomiseração, pois enxergam que fizeram tudo o que podiam e chegaram ao seu limite (LEVY, PINHO, FARIA, 2009, p. 60), não contribuíram de qualquer forma para o insucesso da adoção, sendo exclusivamente culpa da criança, através de sua carga emocional, histórico de negligência, posição de marginalizada, a não viabilização do vínculo afetivo de filiação (LEVY, PINHO, FARIA, 2009, p. 62).

A terceira constatação é o entendimento errôneo que os pretendentes têm do significado do estágio de convivência. Por se tratar de um período de guarda provisória, a ideia da devolução aparece como um escape, um resguardo para os adotantes, onde qualquer justificativa para a quebra é aceita. Essa corrupção do instituto evidencia a ideia de que é possível “experimentar a criança” (LEVY, PINHO, FARIA, p. 63), verificar se ela é boa o suficiente para ser filho (LUNA, 2017, p. 60), um *test drive* com a criança (GOES, 2014, p. 85), descaracterizando-a como um sujeito, um sujeito de direitos, e a coisificando tornando-a um produto descartável que pode ser devolvido em caso de apresentar defeitos (SPECK, QUEIROZ, 2014, p. 6) ou não atender às expectativas (CARVALHO, 2017, p. 40).

Por último, percebe-se na conjunção desses elementos a existência de uma mentalidade enraizada na *doutrina da situação irregular* do menor, onde os adultos enxergam na criança sem pais, uma pessoa marginalizada, representante de um tipo específico de criança ou adolescente que é diferente das crianças que têm pais. O paradoxo irônico disso é que esses mesmos adultos, têm expectativas maiores e tolerância menor com essas crianças abandonadas do que com aquelas que são

²⁵ Ap. Cível, TJRS 70079126850

²⁶ Ap. Cível, TJRS 70080332737

seus filhos biológicos ou que hipoteticamente poderiam vir a ser. Esquecem-se que são *crianças e adolescentes*, com as mesmas possibilidades de terem problemas de saúde física e mental, de comportamento, e que precisam essencialmente do mesmo *amor e paciência*, e igualmente precisam de *pais*.

Também se percebe que por mais que a legislação tenha evoluído no sentido de reconhecer as crianças e adolescentes como sujeitos de direitos especiais por ainda estarem em desenvolvimento, os adultos dessas situações ainda têm um olhar de que as crianças são menos do que eles, sentem menos do que eles, são menos sujeitos de direitos do que eles.

Vamos que falta uma teorização jurídica do estágio de convivência que leve em consideração sua carga psicológica. Como vimos nas decisões do TJRS, o direito está à mercê da precariedade de entendimento do que é esse período de convivência.

3.5.2 Efeitos psicológicos na criança

O ato de devolver uma criança para a instituição de abrigo em que antes ela se encontrava tem enorme repercussão na sua personalidade, na sua vida. É uníssono entre os profissionais da área da psicologia e psiquiatria que, no psiquismo da criança a experiência da devolução opera uma reedição do sentimento de abandono, de rejeição. Ou seja, traz à memória os sentimentos de angústia e medo de perda anteriores e acrescenta novas dores em razão do atual abandono, tornando-se fonte de angústias inomináveis (GHIRARDI, 2015, p. 36). Um mesmo ato gera luto por momentos distintos (MUNIZ, 2016, p. 85), a criança sofre nova violência e carrega novos traumas.

Ghirardi (2015, p. 39) aponta que a vivência da devolução é anterior e ao mesmo tempo ultrapassa o ato, isto é, não se trata de um machucado que dói no momento e depois passa, ao contrário, a criança sempre teve uma ferida aberta e a nova devolução machuca mais ainda, uma ferida que insiste em não fechar, uma dor que perdura pelo tempo, mesmo depois que os pretendentes já não existem mais.

Esse trauma fica evidente na fala de uma criança entrevistada para a pesquisa de Levy, Pinho e Faria (2009, p. 62): “Eu não quero mais saber de família, família é muito sofrimento”. Além do assombro que essa fala traz, também deixa claro que toda a construção do direito da criança e do adolescente, da doutrina da

proteção integral, do direito fundamental à convivência familiar, para essa criança - e acredita-se que para muitas outras na mesma situação- o sonho de ter uma família, a oportunidade de entender o que é uma família, foram surrupiados pela conduta imprudente dos adultos, por sua incompreensão, por seu despreparo.

Para que a criança ou o adolescente possa sobreviver à isso, possa continuar se desenvolvendo da maneira mais saudável possível é imprescindível que tenha efetivo acompanhamento de psicólogos e psiquiatras durante o estágio de convivência e após a devolução. Assistência que deve ser prestada pelo Poder Público e pelos pretendentes desistentes.

A falta desse acompanhamento, do mínimo de preparo para o retorno à instituição acarretam uma série de efeitos. Em sua pesquisa, Muniz (2016, p. 85) constatou que em crianças e adolescentes que foram devolvidos à instituição a agressividade foi muito mais intensa do que aquela esperada no comportamento de testarem seus pais e ambiente familiar antes de poderem confiar plenamente.

Muniz (2016, p. 84-94) também detectou crianças que tiveram reações depressivas como introspecção, isolamento e choro.

Há ainda as dificuldades escolares: desmotivação de ir à escola e na participação das atividades; comportamento agressivo na escola e consequente dificuldade na relação com colegas e professores e a intensificação das dificuldades cognitivas.

Constatou também distúrbios do sono, como insônia, pesadelos excessivos.

Um dos efeitos da devolução é o comportamento de negação do fim do vínculo afetivo pela criança. Muniz (2016, p.84) identificou isso de várias formas: algumas crianças inventaram estórias inverídicas sobre a devolução, outras se comportavam como se a devolução não tivesse acontecido, insistindo em tentar manter contato com os adotantes, mesmo com a negativa destes; outras continuavam a chamar os pretendentes de “pai” e “mãe”.

Trouxe como exemplo relato sobre dois irmãos, de idade de 09 e 10 anos:

“Então eles dormiam e acordavam esperando esse casal na porta da casa, sentados e pedindo o pai e mãe deles: “Por que eles não chegam?”. Se passava um carro na rua, na época, os meninos iam lá ver se era o “pai” ou a “mãe”, que eram os antigos pretendentes.”

Associado à negação, muitas crianças têm atitudes ativas de buscar manter contato com os pretendentes. Traz exemplos de crianças que fugiram da casa de acolhimento para voltar para a casa em que moravam durante o estágio de convivência.

Já foi visto que os adotantes que desistiram da adoção têm a tendência de responsabilizar a criança pelo insucesso do processo adotivo. De certa forma, obtém êxito nisso, pois as crianças veementemente acreditam que foram as culpadas.

Souza afirma que a criança devolvida se sente ao mesmo tempo culpada de não ter dado certo o convívio com a família e envergonhada por ter de retornar à instituição após esse fracasso.

Fruto dessa auto culpabilização, há a baixa autoestima. Ao acolher a culpa, a criança ou adolescente assume que é mau ou que se comporta mal, e por isso teria sido devolvido, seria o motivo de ninguém o querer. Muniz traz a fala de uma das crianças entrevistadas: “Vou ficar no abrigo. Sei que ninguém gosta de mim (...) Tudo o que eu faço é errado”.

A desconfiança nos adultos em geral é marcante nas crianças e adolescentes devolvidos. Passam a desconfiar dos adultos que trabalham na instituição de abrigo, bem como tem dificuldade de se vincular a outros possíveis pretendentes, evitando intensamente a formação de qualquer vínculo, não se permitindo confiar em ninguém.

A pesquisadora cita uma psicóloga entrevistada: “Para eles, restabelecer uma confiança é muito difícil, porque aqueles que estiveram mais próximos descartaram eles! imagina (...) como é para eles confiar em alguém de novo”.

Cita ainda o autor Bowlby, de que “com a repetição das situações de apego e perda, a criança passa a ter cada vez mais dificuldade no processo de vinculação, podendo chegar ao ponto de apegar-se a mais ninguém”.

Fruto dessa desconfiança, as crianças e adolescentes devolvidos demonstram sentimento de rejeição para novas possibilidades de adoção.

Essas crianças, de certa forma, tentam proteger-se de novas decepções, preferindo permanecer no lugar onde se sentem seguras, onde já conhecem: a instituição de abrigo.

Assim, é inegável que crianças ou adolescentes devolvidos pelos pretendentes têm sérias marcas psicológicas. Um pouco da esperança lhes é tirada, o direito de conviver em família passa a ser um trauma. Sobre isso, Muniz afirma:

A criança que sofreu com o abandono da figura materna, apesar de traumatizada, comumente deseja e espera por uma nova mãe. Na casa de acolhimento, essa criança frequentemente escuta sobre a possibilidade de adoção, assim como vê crianças e adolescentes adotados. Ou seja, o trauma inicial não é suficiente para que a criança não tenha o desejo de ter uma nova família e sair da casa de acolhimento. Contudo, a vivência da “devolução” se mostrou como desencadeadora do medo da adoção para a maioria das crianças e adolescentes

Obviamente, uma criança é diferente da outra, e vão apresentar traumas diferentes, em intensidades diferentes, mas o fato de serem diferentes não quer dizer que não ocorram.

Trazer esses relatos psicológicos é importante para provar que a devolução de crianças e adolescentes durante o estágio de convivência ou imediatamente após seu fim sem qualquer motivo acarreta em danos gravíssimos aos menores. Não é possível ter dúvidas disso.

No campo jurídico, quando alguém sofre um dano por ação ou omissão de outrem, merece ser reparado por tal. Isso é o instituto da *responsabilidade civil*. Essas crianças e adolescentes devolvidos, claramente foram prejudicados, devendo ser protegidos pelo Estado, através do direito. Toda a construção do direito da criança e do adolescente conduz à real possibilidade de serem titulares de direito para pleitear essa reparação.

Por não terem voz ativa na sociedade, as crianças e adolescentes encontram dificuldades em terem efetivadas a proteção especial dos direitos fundamentais de que têm direitos, principalmente quando posto em face do direito dos adultos. Nos processos judiciais em que figuram como parte ativa pleiteando reparação civil pela devolução em estágio de convivência sem justo motivo, são consideradas pelo juiz como se adultos fossem e não recebem o tratamento diferenciado previsto em lei, no Código de Ética da Magistratura e construído pelo direito da criança e do adolescente.

Os danos psicológicos que sofrem não são vistos de maneira diferenciada pelo juiz para ter a responsabilidade civil configurada. Nas decisões do TJRS os desembargadores generalizam o instituto da responsabilidade civil sem qualquer consideração ao melhor interesse da criança ou à sua proteção integral. Ainda, viram o estágio de convivência como um contrato onde, em razão da não existência de uma cláusula específica desvalida todo o pleito da criança lesada.

Nos próximos capítulos será visto como o instituto da responsabilidade civil é igualmente merecido por crianças e adolescentes nessas situações.

4 ASPECTOS JURÍDICOS APLICÁVEIS À DEVOLUÇÃO

A grande questão que se impõe é se há alguma proteção jurídica para essas crianças e adolescentes devolvidos durante o estágio de convivência ou imediatamente após seu fim sem justo motivo que reflita e reconheça o progresso do direito da criança e do adolescente no Brasil, com ênfase na proteção integral, no direito à convivência, no reconhecimento dos menores como sujeitos de direito e pessoas em desenvolvimento.

Durante muito tempo o ECA não dispôs de nenhum mecanismo que protegesse especificamente crianças e adolescentes nessa situação, gerando interpretação diversa entre promotores das Varas de Infância e Juventude e juízes cíveis. Os primeiros apresentando ações de indenização por responsabilidade civil em razão dos danos causados, valendo-se da definição do ato ilícito do artigo 186 do Código Civil. Do outro lado, juízes não acolhendo tal argumentação por entenderem não haver qualquer responsabilidade civil já que a devolução ocorria durante o estágio de convivência, período em que os pretendentes teriam o *direito* de fazê-lo.

Diante dessa lacuna do Estatuto, em 2017 foi sancionada a Lei nº 13.509, fruto do PL nº 5.850 de 2016 da Câmara de Deputados, que alterou artigos do ECA. Acrescentou o parágrafo 5º ao artigo 197-E que trouxe tacitamente a possibilidade de responsabilização civil dos adotantes que vierem a devolver crianças ou adolescentes durante o estágio de convivência ou após o trânsito em julgado da sentença de adoção²⁷.

No voto do relator da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, foi apontada a seguinte justificativa para tal dispositivo:

Os novos §§ 4º e 5ª enfrentam o tema da desistência do adotante, hoje sem regulação no ordenamento. [...] Pelo § 5º, a devolução de criança após tê-la

²⁷ ECA, art.. 197-E, § 5º: A desistência do pretendente em relação à guarda para fins de adoção ou a devolução da criança ou do adolescente depois do trânsito em julgado da sentença de adoção importará na sua exclusão dos cadastros de adoção e na vedação de renovação da habilitação, salvo decisão judicial fundamentada, **sem prejuízo das demais sanções previstas na legislação vigente** [grifo nosso].

sob guarda ou sentenciada a adoção poderá implicar a exclusão do cadastro de adoção. Tais medidas são necessárias porque atualmente não há previsão de qualquer punição aos pretendentes que desistem injustificadamente da adoção, o que acaba por prejudicar os inúmeros outros que aguardam a oportunidade de serem chamados, sem falar no prejuízo psicológico causado às crianças e aos adolescentes “devolvidos”.

Simultaneamente, tramitou no Senado Federal o PL nº 370 de 2016 cujo objeto eram as medidas cabíveis no caso de desistência da adoção durante o estágio de convivência. Em contraste com o projeto de lei da Câmara de Deputados, o PLS nº 370/2016 falava *explicitamente* sobre responsabilização cível. Por fim, este PLS foi prejudicado pelo advento da Lei nº 13.509/2017 da Câmara. Entretanto, entende-se por bem trazer sua proposição, bem como o parecer da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa para entender o objetivo dos legisladores em ambos os projetos de lei.

O CONGRESSO NACIONAL DECRETA:

Art. 1ª A Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 46-A:

“Art. 46-A. A desistência injustificada da adoção durante o estágio de convivência poderá ensejar a cassação da habilitação do pretendente à adoção, **sem prejuízo de eventual responsabilização cível.**

§ 1º A justificativa para a desistência de adoção será avaliada pela equipe interprofissional ou multidisciplinar a serviço da Justiça da Infância e da Juventude e levará em consideração, dentre outros fatores, a idade da criança ou adolescente e o tempo transcorrido no estágio de convivência até a desistência. [Grifo nosso]

Na justificação do projeto, o proponente afirmou:

O estágio de convivência durante o processo de adoção, previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 46), é o período de avaliação em que equipe técnica do juízo acompanha a adaptação do adotando, na família em que está sendo inserido, e da família, em relação ao novo membro que está sendo acolhido. Esse acompanhamento é fundamental para que seja verificado o comportamento das partes envolvidas na adoção diante dos problemas que surgem com a convivência. Em outras palavras, o estágio de convivência é o período mínimo de avaliação para determinar se a criança ou adolescente em adoção está se adaptando ao novo lar e se família substituta está efetivamente pronta e apta para recebê-lo ou recebê-la, com o objetivo final de subsidiar a decisão do Poder Judiciário, com o apoio de equipe interprofissional, pelo deferimento ou não da adoção. **Pela legislação atual, inexistente comando legal prevenindo que os adotantes desistam da criança ou adolescente no curso do processo de adoção, enquanto estiverem com a guarda, ou obrigando que essa desistência ocorra justificadamente.** Reconhecemos que há casos em que a desistência se dá por efetiva incompatibilidade entre a família e o adotando. **Há casos, no entanto, que constituem verdadeiro abuso por parte dos adotantes e podem causar até mesmo dano irreversível à criança, que muitas vezes é levada a acreditar que já pertence à família. Isso pode resultar na vivência de um segundo trauma de ruptura, já que não será**

a primeira vez que a criança ou adolescente foi abandonado. Sabe-se, inclusive, que promotores de justiça, que vivenciam o dia a dia do processo de adoção e muitas vezes presenciam o drama das crianças e adolescentes, muitas vezes recorrem à responsabilização civil dessas famílias, pelo dano moral que causaram decorrente de uma desistência não raro leviana. [...] Buscamos, portanto, dar-lhe tratamento jurídico adequado, separando os casos em que a desistência se mostra justificada dos casos em que ocorre mera “devolução” do adotando, sem motivo, ou por motivo fútil, quando o ato se afigura abusivo e causador de danos para a criança ou adolescente rejeitado, sem exclusão da eventual responsabilização civil pertinente.[grifo nosso]

A Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado Federal apresentou parecer com emenda ao projeto de lei:

No que se refere ao mérito, **a proposição tem como objetivo evitar comportamentos frívolos no processo de adoção de nossas crianças e adolescentes que aguardam o amparo de famílias substitutas.** Não são poucos os casos em que pessoas levam para casas crianças abrigadas em instituições e, depois de alguma desavença, simplesmente devolvem-nas, sem qualquer apreço pelos seus sentimentos. A matéria ora em exame tem o objetivo de que esse passo seja dado de modo refletido, de maneira a não repercutir ainda mais negativamente na vida de uma criança necessitada de um lar.

Desse modo, a matéria estabelece que a desistência injustificada da adoção durante o estágio de convivência poderá ensejar a cassação da habilitação do pretendente à adoção, sem prejuízo de eventual responsabilização cível. E, ainda, dispõe que a justificativa para a desistência de adoção será avaliada pela equipe interprofissional ou multidisciplinar a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, a qual deverá levar em consideração, dentre outros fatores, a idade da criança ou adolescente e o tempo transcorrido no estágio de convivência até a desistência. Nesse ponto, consideramos **importante ressaltar que tais medidas não prejudicam a eventual responsabilização cível por danos morais causados ao adotando, razão pela qual adicionamos emenda ao texto original da proposição.**[...]

Ante o exposto, o voto é pela aprovação do Projeto de Lei do Senado nº 370, de 2016, com a seguinte emenda:

EMENDA Nº 1 – CDH

Dê-se ao caput do art. 46-A da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, na forma do art. 1º do Projeto de Lei do Senado nº 370, de 2016, a seguinte redação:

“Art. 46-A A desistência injustificada da adoção durante o estágio de convivência poderá ensejar a cassação da habilitação do pretendente à adoção, **sem prejuízo de eventual responsabilização cível por danos morais causados ao adotando.** [grifo nosso]

Assim, na legislação atual existe mecanismo protetor para as crianças e adolescentes que forem devolvidos durante o estágio de convivência sem justo motivo convivência ou após o trânsito em julgado da sentença de adoção. Porém, o artigo serve somente para aqueles casos em que a devolução ocorreu *após* a promulgação da lei, ou seja, após o dia 22 de novembro de 2017. Devoluções que

ocorreram antes dessa data estão num limbo jurídico em que não há garantia de proteção para os menores devolvidos. Nessas situações, é preciso valer-se de uma construção argumentativa de que apesar de não haver dispositivo que proíba a devolução, a sua ocorrência, à medida que gera danos à criança ou adolescente, pode acarretar indenização por responsabilização cível, de acordo com o Código Civil de 2002.

Quando da análise jurisprudencial se verá que, talvez ainda assim esse novo parágrafo introduzido ao ECA seja deveras reticente, visto que não especifica quais as sanções possíveis, permitindo que os juízes continuem a negar a existência de responsabilização civil para os pretendentes que devolvem as crianças com motivos injustificados. Assim, é preciso que, aliado ao novo dispositivo, uma forte argumentação seja feita no sentido de demonstrar a inequívoca responsabilidade civil.

4. 1 RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA

A adoção tem o intuito de constituir uma *nova* família, de agregar uma criança à uma unidade familiar preexistente. A despeito de ainda não haver sentença constitutiva com trânsito em julgado não é razoável dizer que na situação de estágio de convivência não se está em família, em verdade se está muito mais próximo de uma relação paterno-filial do que uma relação civil qualquer. A unidade familiar que existe durante esse estágio é análoga a que existe numa situação de união estável: não houve qualquer formalização diante do Estado para a formação da família, mas o *animus* é o de uma. Assim, como já mencionado antes, está-se no campo do direito de família, e nesse ramo do direito há o grande debate da aplicabilidade ou não da responsabilidade civil em relações familiares.

“A responsabilidade civil é como uma campainha de alarme, é para dizer ‘aqui tem um problema’” (MORAES, 2019), é a tentativa que o Direito encontrou para reestabelecer o equilíbrio entre os sujeitos quando um deles causa dano ao outro, almeja *reparar o dano* que ocorreu pela violação do dever jurídico de não lesar outrem presente nos artigos 186 e 187 do CC/02, a cláusula geral do ato ilícito civil.

No decorrer da vida e da interação social não é possível afirmar com certeza que alguém será ofendido por outrem de modo que lhe infrinja dano material ou moral, no entanto, no convívio familiar é quase certo que haverão situações de

conflito que se aproximam muito das características de dano moral. Pela peculiaridade do relacionamento familiar é complicado encaixar o instituto da responsabilidade civil por dano moral, vítima e agressor são parte da mesma família, interagem e têm intimidades que em nada interessam ao Estado, a hipótese de dano moral soa contraditória à autonomia privada, é como convidar o Estado para regradar e vigiar sua vida íntima.

Maria Celina Bodin de Moraes (2006, p.173) aponta a existência de duas correntes jurídicas sobre a possibilidade de responsabilidade civil no seio familiar. Há autores que aceitam a responsabilização ao interno da família, mas apenas nos casos em que haja ilícito absoluto, como previsto o art. 186 e 187 do CC²⁸, de outro lado existem aqueles que aceitam a indenização tanto em casos gerais regidos pelo art. 186 do CC como casos específicos, isto é, nas hipóteses de violação dos deveres conjugais, previstos no CC. A autora se alia a primeira corrente, reducionista, de pensamento e defende que para a configuração da responsabilidade civil o dano alegado precisa ser valorado a partir da ponderação entre os subprincípios da igualdade, liberdade, integridade e solidariedade, o resultado desse exercício precisa ser a ofensa à dignidade da pessoa humana da vítima.

No tocante à relação específica paterno-parental²⁹ Bodin (2006, p. 194) ensina que a esfera privada é reduzida por uma maior intervenção estatal em razão da posição de vulnerabilidade do menor, pois, no momento da averiguação da responsabilidade os princípios que norteiam os interesses dos adultos serão enfrentados por aqueles que resguardam os interesses da criança, especificamente, o direito à sua integridade psicofísica³⁰.

²⁸ CC/2002 Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

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.

²⁹ Não é errado falar em relação paterno-filial no decorrer do estágio de convivência. Como já mencionado, mesmo que juridicamente não exista paternidade e filiação civil, o que se têm é justamente um grupo trabalhando para criar os laços paterno-filiais. Não seria coerente afastar a tônica familiar do estágio de convivência e enxergá-lo como uma interação contratual entre pretendente e a criança.

³⁰ CF/88, 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. (grifo nosso)

Assim, os danos ocorridos nesse contexto familiar abrem a possibilidade para a configuração da responsabilidade civil subjetiva, que é baseada na existência do dolo – conduta intencional, consciente, de infringir um dever jurídico preexistente – ou com culpa em sentido estrito – intenção de praticar ato lícito, mas através de conduta inadequada, negligente, imprudente ou imperita (CAVALIERI, 2015, p. 49)

Essa responsabilidade civil subjetiva soa seu alarme quando em uma situação fática são verificados três elementos essenciais: a ação ou omissão voluntária – antijurídica - a violação de direito de outrem, o dano à esse sujeito e nexos causal entre a atividade do agressor e o dano da vítima

A conjugação desses três elementos é fundamental para se constatar a existência da responsabilidade civil, pois no direito privado – que abrange o direito de família – a autonomia da vontade impera, o indivíduo pode fazer tudo o que a lei não proíba, assim, diferente do direito penal, não existe uma tipificação de todas as condutas que violam o direito de outro sujeito (AGUIAR, ver o ano, p. 305), ou seja, não há uma lista de tudo o que pode ser danoso.

Os artigos da cláusula geral da responsabilidade civil subjetiva demonstram que na esfera privada existem dois deveres fundamentais que não devem ser violados: o respeito a direitos alheios e observância dos limites do exercício de um direito do qual se é titular (AMARAL, 2018, p. 3). Caso ocorra sua corrupção a consequência é o disposto no art. 927 do CC/02, a reparação do dano³¹. Em razão da não-tipificação de atitudes antijurídicas cabe ao operador do direito o exercício de encaixar os fatos nas hipóteses das normas e constatar se há responsabilidade civil.

Nas decisões do TJRS acerca da indenização por responsabilidade civil em razão da devolução de criança e adolescente durante o estágio de convivência sem justo motivo se verificará que negação dos julgadores tem sua grande justificativa no não reconhecimento de uma atitude antijurídica por parte dos pretendentes à adoção

ECA, art. 17: **O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente**, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais. (grifo nosso)

Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

³¹ CC/2002 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.

Dentro da antijuridicidade de uma atitude existem as possibilidades da ação ilícita violadora de direito e do abuso de direito.

A hipótese da ação ilícita violadora de direito encontra guarida no art. 186 do CC/2002. O cometimento do ato ilícito é antijurídico, uma desobediência ao dever legal de cuidado³². Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal (2013, p. 688) destacam que a ilicitude de certo ato é formado por uma parte objetiva, que é a violação da ordem jurídica – antijuridicidade - , e uma parte subjetiva, que é a culpabilidade, a imputabilidade do agente - a culpa em sentido lato, sua capacidade de compreensão do caráter ilícito da conduta que se pratica. Essa compreensão tem de ser intencional ou resultar da negligência, imprudência ou imperícia do agressor (GOMES, 2011, p. 58). A aferição da culpa em sentido lato deve levar em conta a consciência do agente e a sua vontade em causar um resultado lesivo ao outro sujeito; abrange o dolo e a culpa em sentido estrito (GOMES, 2005, p. 269). Tula Wesendonck aponta que estes são os dois elementos necessários para que uma ação humana seja considerada ilícita (2011, p.6).

Todas as pessoas têm sua esfera jurídica que contém seus direitos e deveres e ela não deve ser violada, deve ser respeitada. A norma geral determina que se alguém violar a esfera jurídica de outrem através de um ato ilícito e com culpabilidade surgirá a responsabilidade civil. Porém existem casos em que o ordenamento jurídico autoriza que uma esfera jurídica subjugue outra para a realização de um direito daquela. Entretanto, se nesse processo a diminuição desta esfera jurídica for excessiva, além do necessário, se estará diante do ilícito por abuso de direito.

A hipótese do abuso de direito está no art. 187 do CC/2002: “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

Cristiano Chaves Farias (2010, p. 2) ensina que a caracterização do ato abusivo atrela-se ao estabelecimento de limites para o exercício dos direitos, sujeitando aquele que ultrapassá-los as sanções civis necessárias, e que tal abuso se verifica na violação do elemento axiológico da norma, seu fundamento valorativo. Tula Wesendonck (2011, p. 8) considera a abusividade como o uso antifuncional do

³² Aquele que vem da expectativa do não cometimento de negligência, imprudência, imperícia.

direito, verificado no contraste entre a finalidade própria do direito em causa e sua realização na hipótese concreta. Em geral, a violação do elemento axiológico ou o uso antifuncional do direito são defendidos pela boa-fé, pelo fim econômico ou pelos costumes que sustentam cada norma (BRASIL, 2002), isso quer dizer que o direito desviado de sua finalidade ou função social fere a boa-fé e gera a responsabilidade civil.

Farias (2010, p. 2) ressalta que esses pilares de defesa indicam que o ofensor não corrompe a estrutura normativa, mas sim a valoração da norma, ignora o elemento ético que preside sua adequação ao ordenamento. No abuso de direito não há desafio à legalidade estrita, mas sim a própria legitimidade do direito.

Destaca a categoria de abuso de direito por violação do princípio da confiança decorrente da boa-fé objetiva incidente no direito de família. Nessa modalidade o que se tem é uma abusividade nascente num comportamento incoerente, contrário à expectativa criada no outro sujeito, de que determinada situação jurídica seria concluída ou mantida, através de uma mudança de comportamento inesperada. Sua incidência no ramo familiar tem a principal atribuição de proteger os valores constitucionais que envolvem a relação jurídica entre cada membro da família (2010, p.7)³³.

Com base nas distinções feitas passa-se à análise das fundamentações feitas pelos órgãos julgadores nos pleitos de indenização por responsabilidade civil pelo dano gerado pela devolução de crianças e adolescentes durante o estágio de convivência.

4.1.1 Análise de jurisprudência

Até este ponto foi visto uma breve narração sobre a construção do direito da criança e do adolescente e sobre os conceitos que o fundamenta; quais sejam a proteção integral e melhor interesse da criança e adolescente que tem fonte na legislação internacional, na Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Também se estudou o instituto da adoção, especificamente o estágio

³³ O autor continua: “nas relações familiares exige-se dos sujeitos um comportamento ético, coerente, não criando indevidas expectativas e esperanças no(s) outro(s). É um verdadeiro *dever jurídico* de não se comportar contrariamente às expectativas produzidas, obrigação que alcança não apenas as relações patrimoniais de família, mas também aquelas de conteúdo pessoal, existencial” (2010, 0. 7).

de convivência. Trouxeram-se experiências reais do resultado danoso aos menores provocado pela sua devolução durante o período de convivência. Em seguida delineou-se a responsabilidade civil subjetiva por ato ilícito e por abuso de direito. No conjunto da obra constatam-se diversas normas incidentes no caso real, e o que se percebe, conforme Farias (2010, p. 4) aponta é que o legislador introduz os valores que não podem ser vulnerados e o magistrado os preenche na concretude do caso. Agora será feita a análise de como os julgadores consideraram o caso concreto a partir da norma e de seu fundo axiológico..

A análise de decisões que já trataram do assunto é muito importante por alguns motivos: entender como o julgador pensa, saber qual a tendência de decisão nos casos em que a devolução da criança ocorreu antes da data da promulgação da Lei nº 13.509 (22 de novembro de 2017), e conhecer a tendência de decisão de devoluções que ocorreram após esta data, visto que, apesar da possibilidade que o art. 197-E § 5^o³⁴ traz, ainda assim é reticente e pode não ser suficiente para que a responsabilidade civil seja reconhecida nos casos de devolução durante o estágio de convivência.

Serão confrontados acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e do Tribunal de Minas Gerais e uma decisão do STJ. Importante ressaltar que foram encontrados acórdãos sobre a devolução de crianças em estágio de convivência em outros tribunais de justiça, porém a maioria deles está indisponível para visualização em razão do segredo de justiça.

a) Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

Em fevereiro de 2019 a oitava câmara cível do TJRS recebeu a apelação cível nº 70080332737³⁵ de sentença de ação civil pública de indenização por

³⁴ ECA, art. 197-E, § 5º: A desistência do pretendente em relação à guarda para fins de adoção ou a devolução da criança ou do adolescente depois do trânsito em julgado da sentença de adoção importará na sua exclusão dos cadastros de adoção e na vedação de renovação da habilitação, salvo decisão judicial fundamentada, sem prejuízo das demais sanções previstas na legislação vigente

³⁵ Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MENORES EM ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA COM CASAL ADOTANTE. DEVOLUÇÃO DAS CRIANÇAS. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 46, prevê que a adoção será precedida de estágio de convivência, que, nada mais é do que um período de adaptação da criança com a nova família e dessa família com a criança. No caso, o estágio de convivência restou frustrado, seja pelo comportamento das crianças, entendido como inadequado pelos adotantes, ou mesmo por estes não estarem realmente preparados para receber novos membros na família. Contudo, não há vedação legal para que os futuros pais, ora recorridos, desistam da adoção quando estiverem apenas com a guarda dos menores. E a própria lei prevê a possibilidade de desistência, no decorrer do processo de adoção, ao criar a figura do estágio de convivência. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível, Nº

responsabilidade civil por dano moral proposta pelo Ministério Público em face de um casal de pretendentes que devolveram dois irmãos no decorrer do estágio de convivência. O casal de irmãos iniciou vinculação com os pretendentes em novembro de 2016 que durou quatro meses. Em 17 de fevereiro de 2017 iniciou-se o estágio de convivência e terminou em 04 de abril de 2016.

As justificativas alegadas para a devolução foram baseadas no comportamento das crianças, por receberem muitos bilhetes da escola, serem debochadas e mal educadas. Em contato com a escola a professora afirmou que as crianças eram muito queridas e que a pretendente nunca houvera ido à escola para obter informações sobre as crianças e sequer mandava bilhetes.

A conselheira tutelar elaborou relatório apontando grosseria, arrogância e desprezo do pretendente para com as crianças e que justificou o desejo de devolvê-las por não cumprirem as tarefas domésticas e os acordos estipulados. Relatou que estavam tristes e infelizes, choravam muito e que o menino disse que preferia voltar ao abrigo, pois sentia saudades dos primos que moravam; que as crianças. Afirmou que as crianças ouviram o pretendente dizer que não mais as queria e que o casal não aceitou a ajuda oferecida pela equipe técnica.

Diante desses fatos a oitava câmara decidiu por acolher a sentença de primeiro grau e negar o pedido de indenização por danos morais nos seguintes termos:

Ora, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 46, prevê que a adoção será precedida de estágio de convivência, que, **nada mais é** do que um período de adaptação da criança com a nova família e dessa família com a criança.

No caso, conforme se observa dos relatórios elaborados pela equipe técnica da casa abrigo e Conselho Tutelar juntados com a inicial, o estágio de convivência restou frustrado, seja pelo comportamento das crianças, entendido como inadequado pelos adotantes, ou mesmo por estes não estarem realmente preparados para receber novos membros na família.

Observe-se que, **embora esse novo abandono possa, de fato, ocasionar danos às crianças, não há vedação legal para que os futuros pais, ora recorridos, desistam da adoção quando estiverem apenas com a guarda dos menores**, sendo importante salientar que o vínculo de adoção somente se constitui através de sentença judicial, conforme previsto no art.

(...)

E, a própria lei prevê a possibilidade de desistência, no decorrer do processo de adoção, ao criar a figura do estágio de convivência.

Assim, a função do estágio de convivência é buscar a adaptabilidade dos menores ao casal e deste às crianças, sendo que, quando tal adaptação não ocorre, **não há óbice à desistência da adoção no decorrer do estágio de convivência e isso não configura qualquer ato ilícito ensejador de dano moral ou material.**

(...)

Do exposto, nego provimento ao recurso. (RIO GRANDE DO SUL, 2019, p. 6-7) (grifos nossos)

Em abril de 2019 a mesma câmara julgou outra apelação cível de nº Apelação nº 70079126850³⁶ de sentença de ação civil pública de indenização por responsabilidade civil dano moral proposta pelo Ministério Público. Neste caso os pretendentes também desistiram da adoção durante o estágio de convivência. O casal de irmãos desse processo é o mesmo do processo anterior³⁷. O estágio de convivência iniciou em 04 julho de 2016 e a devolução foi feita em 28 de julho de 2016.

Neste caso houve a aproximação do casal pretendente com a criança por dois meses antes do início da convivência. A devolução ocorreu após 24 dias do início do estágio de convivência sob os argumentos de dificuldade de adaptação, especificamente que uma das crianças era muito brava e a outra adoecia com muita facilidade, de que precisavam repetir as coisas reiteradamente para que entendessem e que um deles tinha medo do escuro. O relatório técnico apontou que o casal de pretendentes recusou o auxílio da equipe para a boa adaptação e afirmou que deixariam as crianças sozinhas e ligariam para que o Conselho Tutelar as buscasse; também disseram as crianças que as devolveriam ao abrigo e que elas não queriam voltar.

As psicólogas e assistente social que acompanharam o caso afirmaram unanimemente que após a devolução as crianças apresentaram mudança de comportamento, tornando-se mais melancólicas, emocionalmente fragilizadas, culpando-se a si mesmas.

³⁶ **Ementa:** APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PEDIDO DE ARBITRAMENTO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. ABUSO DE DIREITO. INOCORRÊNCIA. ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA. DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. Considerando que a função do estágio de convivência é, justamente, buscar a adaptabilidade do(s) menor(es) ao(s) adotante(s) e deste(s) à(s) criança(s), quando esta adaptação não ocorre e há desistência da adoção durante este período, não há configuração de qualquer ato ilícito ensejador de dano moral ou material. Assim, deve ser mantida a sentença de improcedência. APELAÇÃO DESPROVIDA, POR MAIORIA. (Apelação Cível, Nº 70079126850, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em: 04-04-2019)[0]

³⁷ Na ordem cronológica dos fatos a devolução relativa à apelação nº 70079126850 ocorreu em 2016 e foi apreciada pelo TJRS em abril de 2019. A devolução relativa ao apelo nº 70080332737 aconteceu em 2017 e seu julgamento ocorreu em fevereiro de 2019.

Neste processo o relator do caso, Des. Rui Portanova fez acurada análise sobre os fatos ocorridos, sobre a natureza jurídica do estágio de convivência e constatou a verificação do abuso de direito que gerou o ato ilícito ensejador de indenização por responsabilidade civil por dano moral:

“Nesse passo, houve realmente – por parte dos réus – uma descautela e um descompromisso em relação aos menores configurando “abuso de direito’ deles em adotar.

[...]

Portanto, sendo injustificada a devolução dos adotandos no curso do estágio de convivência, o abalo moral dos menores, decorrente da frustração em se inserir em uma família, configura abuso de direito de adotar e, caso provado o dano, dá ensejo à responsabilização civil. E neste caso, ficou bem provado que a conduta dos réus causou abalo psicológico nos menores.

Desse modo, resta demonstrado o ato ilícito (decorrente do abuso de direito), dano e nexa causal.

[...]

Antes o exposto, dou provimento à apelação para condenar s réus a pagar o valor de 10 (dez) salários mínimos em favor de cada um dos menores, para reparação do dano moral que causaram aos menores. (RIO GRANDE DO SUL, 2019, p.13-18) (grifo nosso)

Entretanto o desembargador redator Ricardo Moreira Lins Pastl do caso divergiu do entendimento exposto e justificou trazendo a íntegra da sentença do juiz de primeiro grau, sem nenhuma inovação. Todos os outros quatro desembargadores acompanharam a divergência e o Des. Alexandre Kreutz trouxe ao acórdão entendimento do julgamento anteriormente visto, *ipsis litteris*. Por fim, o entendimento do relator foi vencido por quatro votos a um e negaram a indenização por responsabilidade civil por dano moral.

b) Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Por outro lado, a Segunda Câmara Cível do TJMG, em março de 2018, julgou a apelação cível nº 1.0702.14.059612-4/001, cuja pretensão é a mesma das anteriores, a indenização em razão da responsabilidade civil por danos morais à criança devolvida durante o estágio de convivência.

No caso em questão os pretendentes manifestaram o interesse em devolver o menos após um mês de estágio de convivência. Suas alegações foram mudança de comportamento da criança. As provas trazidas pelo Ministério Público apontaram que o comportamento após a devolução passou a ser de tristeza, tornou-se uma

criança calada, parecia não pertencer a nenhum lugar, baixa auto-estima, auto desvalorização, bem como incapacidade de confiar no outro, irritabilidade, somatização, memórias intrusivas a respeito do trauma e sensação de distanciamento das pessoas (MINAS GERAIS, 2018,p.5).

Ao julgar o relator demonstrou entendimento diverso daquele apresentado pelo TJRS quanto à natureza jurídica do estágio de convivência e esse ponto inclinou a decisão para sentido contrário ao acolhido pelo tribunal gaúcho:

Ora, apesar de a desistência da adoção durante o período de convivência ser admitida legalmente, é preciso que ela venha acompanhada de uma justificativa capaz de convencer o juízo de que mesmo tendo tomado todas as medidas as quais se comprometeu para vencer os desafios naturais da colocação em família substituta, a adoção não se concretizou por circunstâncias alheias à vontade dos adotantes.

Entretanto, na espécie, a prova produzida converge em sentido contrário. Aqui o que se percebe claramente é que os recorrentes, provavelmente motivados pelo nascimento do filho biológico do casal, negligenciaram no cumprimento do múnus para o qual se comprometeram e abandonaram o adorando a sua própria sorte.

[...]

Os apelantes não se valeram das cautelas necessárias antes de tomar uma decisão de tamanha importância na vida deles e principalmente na do menor, criando neste a falsa expectativa, embora legítima, de que poderia ser novamente inserido em uma família após ter ficado anos em acolhimento institucional.

Portanto, analisadas todas essas circunstâncias, só se pode concluir que estão mesmo presentes os requisitos ensejadores da responsabilidade civil dos apelantes, de maneira que a indenização pelos danos morais sofridos pelo substituído é mesmo devida. (MINAS GERAS, 2018, p. 7)

Desta feita, os desembargadores da referida câmara acompanharam em unanimidade o voto do relator, confirmando o dever de indenizar já reconhecido na sentença do juiz de primeiro grau.

c) Superior Tribunal de Justiça

Em 2016 o STJ apreciou o Recurso Especial nº .1.153.284-MG interposto contra acórdão proferido pelo TJMG que concedeu a indenização por danos morais por devolução de menor em período de convivência.

O Min. Raúl Araújo destacou que no ‘estrito âmbito do recurso especial não há como desconstituir as fortes premissas fáticas assentadas pelas instâncias ordinárias”, dessa forma, reconheceu o entendimento apresentado pelo TJMG e colacionou parte da decisão.

No caso em tela, o menor viveu num período de sete meses com o casal pretendente à adoção. Após esse período decidiram pela devolução da menor à instituição de acolhimento. Alegaram como motivo o medo quanto a personalidade que a criança viesse a ter no futuro, deixando-os inseguros ao tipo de pessoa que viria a se tornar. Admitiram o despreparo para lidar com as situações adversas da adoção, porém não quiseram buscar auxílio de terceiros especializados para lidaram com a situação, decidindo sozinhos pela devolução da criança. Ao tempo da devolução a menina já tinha sentimento de pertencimento com a família, até mesmo se identificava com o novo prenome que lhe fora dado. O último relatório psicossocial feito com a menina após a devolução mostraram largo abalo com a situação, e passados 10 meses do ocorrido ainda não tinha superado a rejeição pelos pretendentes.

Para o TJMG, o ponto de inflexão do caso é o fato de a devolução ter ocorrido de forma abrupta, unilateral, sem qualquer explicação para a criança e sem participação da equipe técnica da vara da infância e juventude, que só puderam iniciar a preparação da criança tardiamente.

Sobre isso afirmaram

:

No caso em exame, mesmo se acolhida a tese de que o estágio de convivência é um direito dos adotantes, diante do que foi anteriormente explicitado, chegaríamos a conclusão de que houve abuso no exercício desse direito pelo casal ora requerido ao 'devolverem' a criança de forma irresponsável.

Desta feita, tal estágio não pode ser usado para causar prejuízos a terceiros, sobretudo, à pessoa em condição peculiar de desenvolvimento. A 'devolução' de N. pelos requeridos extrapolou os limites da boa-fé, dos bons costumes e dos fins sociais do estágio de convivência. Não se pode olvidar que o casal assumiu que a propositura do pedido de adoção foi precipitado e baseou-se em motivação equivocada, que os requeridos prometeram um lar e uma família à criança, a qual, inclusive, passou a ser chamada por outro nome pelos requeridos, que N., após vários meses de convivência, já estava com sentimento de pertencimento àquela entidade familiar e já se identificava com o novo prenome, bem como que, de forma repentina, unilateral, irresponsável e sem nenhuma justificativa suficientemente plausível, o casal decidiu por 'devolver' N. (...) No presente caso, de acordo com a conclusão do primeiro relatório psicossocial de acompanhamento do estágio de convivência (fl. 24), N. demonstrava sentimento de pertencimento à família composta pelo casal D. e M. do C., percebendo-se como filha dos mesmos. Portanto, a 'devolução' de N., que já se sentia como membro do grupo familiar, como filha do casal que pretendia adotá-la, sem sombra de dúvidas, gerou graves prejuízos emocionais à criança, a qual, novamente passou por um doloroso processo de perda da convivência familiar e enfrentou a ausência de referenciais seguros para a formação de sua identidade e desenvolvimento de planos futuros, além de diminuição da autoestima."

Diante disso, o STJ concordou que o ilícito que gerou a reparação não foi o ato da devolução em si, mas o *modus operandi*, a forma irresponsável com que os requeridos realizaram o ato, em clara afronta aos direitos fundamentais da criança. Decidiu por negar o provimento ao Recurso Especial e manteve o acórdão que concedia a indenização à criança devolvida.

Esses julgados demonstram a diferença interpretativa sobre a configuração ou não da responsabilidade civil pelo fato da devolução. Em última análise, o que se deve saber é se a ação dos pretendentes em devolver a criança foi ilícita, se violou algum direito do infante, ou, ao menos, se caracterizou como abuso de um direito, causando dano à criança. Para essa verificação é fundamental a correta compreensão da natureza jurídica do estágio de convivência.

O TJRS demonstrou um entendimento limitado do instituto da responsabilidade civil e dos direitos da criança e do adolescente. A expressão “*nada mais é*”, referindo-se ao estágio de convivência, aponta para uma ótica reducionista do período, desconsidera o aspecto psicológico do instituto e atribui a ele um teor contratualista e deveras afastado de qualquer concepção de direitos da criança e do adolescente.

Isso fica claro ao ler no acórdão que “embora esse novo abandono possa, de fato, ocasionar danos às crianças, não há vedação legal para que os futuros pais desistam da adoção quando estiverem apenas com a guarda dos menores” (RIO GRANDE DO SUL, 2019, p.6). Neste ponto é gritante o princípio da liberdade – a supremacia da vontade – subjugando qualquer princípio protetor dos menores. A ponderação entre princípios defendida por Bodin (2006, p. 194) para a aferição da responsabilidade civil não foi feita corretamente. A autora declara que nesse exercício vence aquele princípio que mais efetivamente proteja e realiza a dignidade da pessoa humana, no caso, os julgadores penderam para o lado mais distante possível da dignidade da pessoa humana; preferiram defender o patrimônio dos pretendentes – pois não precisariam pagar a indenização – à dignidade da criança devolvida.

Ao ler os acórdãos do TJRS não há qualquer indício de que os julgadores tenham sequer vislumbrado a trilha que o direito da criança e do adolescente percorreu, também não há qualquer tentativa de conectar o ramo do direito das

obrigações com os demais ramos do direito – da criança e do adolescente; da família – e sem essa percepção é esperado que não se encontre qualquer ato ilícito.

Por outro lado, a decisão do TJMG e do STJ reconheceram que há muito por detrás de um pedido de indenização.

O primeiro passo para as bem sucedidas decisões é o reconhecimento da doutrina da proteção integral ao menor e do melhor interesse da criança.

Essas doutrinas devem estar na mente de qualquer juiz que julgue qualquer assunto relativo à uma criança, deve ser considerado a frente de qualquer outro princípio civilístico. O próprio Código de Ética da Magistratura ordena que assim seja:

Art. 9º Ao magistrado, no desempenho de sua atividade, cumpre dispensar às partes igualdade de tratamento, vedada qualquer espécie de injustificada discriminação.

Parágrafo único. Não se considera tratamento discriminatório injustificado:
(...)

II - o tratamento diferenciado resultante de lei. (grifo nosso)

Esse tratamento diferenciado é aquele reconhecidamente concedido às crianças e adolescentes em virtude de sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento. Quando há um embate entra uma criança e um adulto, é a criança quem deve dar a tônica do processo, ele será visto sobre a lente do direito da criança e não puramente sobre uma lente de uma relação civil qualquer.

Infelizmente não foi o que se observou na decisão do TJRS, essas proteções específicas sequer foram mencionadas ou feitas quaisquer referências.

Já TJMG foi enfático ao afirmar que “a adoção trata-se de instituto de ordem pública, que seu desiderato é sempre a salvaguarda dos interesses do menor” (MINAS GERAIS, 2018, p.6). Também soube caracterizar o estágio de convivência muito melhor do que o tribunal gaúcho, sempre à luz da proteção integral e do melhor interesse:

O estágio de convivência pode ser definido como um período destinado a avaliar a adaptação do adotando à família substituta e acompanhar a adaptação desta família à adoção. Mas a finalidade precípua do estágio, como todas as demais medidas relacionadas a estes serem humanos em formação, sempre será o atendimento do melhor interesse da criança e do adolescente.

O estágio de convivência não é, evidentemente, um lapso temporal voltado a um teste de viabilidade e conveniência da adoção para os pretensos adotantes, de modo que a desistência, sem uma justificativa lógica e razoável, pode sim resultar na responsabilização civil dos adotantes,

inclusive gerar dever de indenizar eventual lesão a direito da personalidade do menor.

O segundo ponto é o reconhecimento de certo ato como sendo ilícito, pode-se considerar o ato ilícito constante da cláusula geral do art. 186 do CC/2002 ou aquele decorrente do abuso de direito do art. 187 do CC/2002. O TJRS entende que por não haver vedação legal para a devolução das crianças, quando esta ocorrer não haverá ato ilícito. (MINAS GERAIS, 2018, p.6)

Como já visto, para a caracterização do ato ilícito é preciso que haja dano a outrem e violação de direito seu ou abuso de um direito do agente.

Todos as decisões vistas reconhecem que no ordenamento jurídico brasileiro não há norma que impeça a devolução de criança e adolescente durante o estágio de convivência, porém o TJMG e o STJ seguem a linha de raciocínio de que, dependendo do caso concreto, é possível que haja indenização a partir do ilícito.

Viu-se que o ato ilícito previsto no art. 186 do CC de 2002 é a violação de um direito. No caso da problemática, de fato não há regra que diga “é proibido devolver”, então questiona-se qual direito da criança foi quebrado por ter sido devolvida? Os pretendentes dever ser obrigados a ficar com criança com quem não conseguiram construir um vínculo afetivo?

De fato, não existe uma norma que obrigue o pretendente a ficar com a criança após o período de convivência, mas a razão disso não é a de que exista um direito à devolução concedido aos pretendentes, em verdade, a legislação institui um sistema protetivo à criança e ao adolescente que lhe concede certos direitos que os resguardam do triste evento da devolução.

A Constituição Federal e o ECA³⁸ determinam uma série de direitos fundamentais às crianças e adolescentes, e que é dever da família e da comunidade como um todo lhes assegurar, com total prioridade, sua efetividade. Dentre esses direitos destacam-se o direito à dignidade e o direito ao respeito. O art. 18 do ECA determina que a proteção à dignidade da criança e do adolescente reside em pô-los a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizando, vexatório ou

³⁸ ECA, art. 4º: Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária

constrangedor³⁹, já o art. 17 é incisivo ao afirmar que o direito ao respeito consiste na inviolabilidade física, psíquica e moral da criança. Essas normas são enérgicas, visam proteger qualquer criança em qualquer situação, desde situações ordinárias do dia-a-dia até grandes calamidades. Por isso, ao regram o instituto da guarda – que é o vínculo jurídico estabelecido durante o estágio de convivência – estipulou que os guardiães devam prestar assistência moral à criança ou adolescente.

Assim, quando o ato de devolução de uma criança ou adolescente durante o estágio de convivência gera trauma psíquico na criança e adolescente se está diante de uma inegável ofensa ao direito ao respeito, à inviolabilidade psíquica do menor bem como ofensa ao direito à dignidade da criança, que foi vítima de uma reedição de abandono por aqueles que supostamente deveriam protegê-la.

Por óbvio, como salientou o TJMG e o STJ, não serão todas as situações de devolução que ensejarão responsabilidade civil por ato ilícito, é preciso a análise do caso concreto para se verificar se os pretendentes agiram de tal forma a preservar a integridade da criança, através de auxílio técnico para a construção do vínculo e superação de dificuldades durante o período de convivência, ou até mesmo auxílio técnico para proteger a criança no caso de inevitável devolução.

Considerando o exposto, tem-se que julgamentos apresentados a devolução da criança se deu de forma irresponsável, sem considerar ou proteger qualquer direito fundamental da criança. Aí reside o ato ilícito. O dano foi verificado e nexo causal estabelecido e a violação do direito constatada. Violou-se o direito à integridade psicofísica do menor. Importante destacar que não existe vedação legal para que os pretendentes desistam do processo de adoção, entretanto isso não quer dizer de forma alguma que exista um direito à devolução.

Na ponderação entre o direito do pretendente não prosseguir com o processo de adoção e o direito à manutenção da integridade física do menor, quando constatado o agir negligente do pretendente, a balança da justiça deve pender para a tutela do direito do menor através da aplicação de sanções aos infratores do direito.

Neste ponto, o TJMG concluiu o seguinte:

³⁹ ECA, Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

Neste íterim, entendo que o ato ilícito que gera o direito a reparação decorre do fato de que os apelantes buscaram, de forma voluntária, o processo de adoção do menor, manifestando, expressamente, a vontade de adotá-lo, obtendo sua guarda durante um lapso de tempo razoável, quando, de maneira súbita e imprudente, resolveram devolver o adolescente, de sorte a romper bruscamente o vínculo familiar, o que implica no abandono do adolescente. [...] Embora os apelantes aleguem que detinham apenas a guarda provisória e que agiram no exercício regular do direito, cumpre destacar que tal argumento não merece amparo. Ademais, não há “direito de devolução”, posto que se trata de um adolescente que possui direitos fundamentais a serem resguardados, consoante preceitua o art. 15 do Estatuto da Criança e do Adolescente. (MINAS GERAIS, 2018, p.9)

Uma outra teoria trazida pela decisão do STJ é a da indenização por responsabilidade civil gerada pelo abuso de direito, previsto pelo art. 187 do CC/2002. Nesse caso, o estágio de convivência seria um direito que os pretendentes têm de confirmar a intenção de adotar o menor, podendo a devolução ou aceitação ser uma forma de exercício desse direito.

O ato ilícito teria raiz no fato de que, ao exercer esse direito subjetivo, os pretendentes extrapolassem os limites da boa-fé, dos bons costumes e dos fins sociais do instituto. No caso concreto esse abuso se dá quando a devolução ocorre de forma irresponsável, negligente e sem motivo justo, para com o trato com a criança e em sua devida preparação para o retorno à instituição de acolhimento.

Na tentativa de legitimar seu direito à devolução, os pretendentes valem-se na instrução do art. 35 do ECA, que possibilita a revogação da guarda. Porém é um entendimento deturpado, esse artigo não tem o intuito de proteger o pretendente que deseja devolver, mas dar ferramentas para que o juiz possa retirar a guarda quando considerar que não atende ao benefício da criança, tanto o é que o artigo condiciona a revogação da guarda à ato judicial fundamentado e com a oitiva do Ministério Público. Em suma, caso se concorde que o estágio de convivência é um direito dos pretendentes, deve-se ter claro que está longe de ser uma proteção de pessoas maiores e capazes, que se propuseram à guarda, por livre e espontânea vontade, e depois, simplesmente se arrependeram e optaram pela devolução, tornando o período de convivência um *test drive* com a criança. Menos ainda deve ser usado para causar prejuízos a terceiros, principalmente quando se trata de criança ou adolescente, pessoa em condição peculiar de desenvolvimento (BRASÍLIA, 2016, p. 6).

O ECA prevê a proteção de suas regras através do art. 6º que determina que será levada em conta os fins sociais a que ela [Lei] se dirige, as exigências do

bem comum e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento. Aqui se vê claramente os limites dos direitos daqueles que circundam as crianças, esse artigo determina quando haverá o abuso de qualquer direito exercido em face da criança e do adolescente. Os julgadores do TJMG e do STJ bem reconheceram a boa-fé e os fins sociais a que se destina o instituto do estágio de convivência, enquanto isso o TJRS afastou-se por completo, deixou de enxergar o ordenamento jurídico na completude, com todos os ramos e institutos e princípios interligando-se e sustentando-se entre si. Sobre essa macrovisão do direito, Farias apontou:

Em sendo assim, conclui-se que o abuso do direito só ocupa posição de relevo em ordenamentos jurídicos que reconheçam a prevalência axiológica dos princípios constitucionais e superem a visão míope dos direitos como construções fracionadas e atomizadas. Apenas sistemas abertos terão a capacidade de captar os valores imantados em princípios e enviá-los diretamente às normas privadas, garantindo a supremacia da Lei Maior e a necessária unidade e coerência com os demais sistemas. Bem por isso, a cláusula geral do art. 187 propicia essa abertura ao influxo dos valores do art. 3º, I, da Constituição Federal, efetuando uma saudável ponderação entre o exercício da autonomia privada e os valores solidaristas do ordenamento. (FARIAS, [ca. 2004], p.4)

Assim, caso se reconheça o estágio de convivência como direito dos pretendentes, a devolução imotivada e feita de forma irresponsável configura como o abuso desse direito, a extrapolação dos fins sociais a que ele se destina, gerando assim o ilícito indenizável.

Segundo a análise jurisprudencial feita, se verificou que a interpretação da mesma situação concreta pode levar a caminhos distintos. Enquanto o Tribunal gaúcho afasta a possibilidade de indenização, o Tribunal mineiro e a Corte Superior acolhem a indenização. O que diferencia os dois entendimentos repousa em reconhecer se um direito foi violado ou não. Não se questionam os danos nem o nexos causal, mas o direito a ser tutelado. O TJRS não enxerga os direitos da criança e do adolescente por detrás da lide, já o TJMG e STJ reconheçam a construção do direito dos menores e a influência que dele emana, devendo ser acolhida em qualquer lide que envolva uma criança ou adolescente.

Vemos que nas devoluções que ocorreram antes de novembro de 2017, a linha argumentativa da defesa da criança deve-se pautar no ato ilícito pela quebra do direito à inviolabilidade psicofísica ou o abuso de direito do estágio de convivência. Para os casos posteriores ao advento da Lei n 13.509 que instituiu o art. 197-E, §

5⁰⁴⁰ é preciso ter em conta que o artigo ainda assim é deveras genérico quando à responsabilização civil, não garantindo por completo que ela ocorrerá, sendo ainda necessário se valer dessas hipóteses argumentativas.

5 CONCLUSÃO

O problema trazido neste trabalho foi a devolução imotivada de crianças e adolescentes durante o estágio de convivência e a possibilidade de responsabilização civil dos pretendentes.

A grande descoberta deste trabalho foi perceber que quando se perde de vista os direitos da criança e do adolescente a tendência contratualista vigora na baila do tema da responsabilidade civil. Nas decisões do TJRS foi possível ver que este órgão julgador não faz uma análise profunda da questão que lhe é apresentada e acaba por reconhecer como legítimas atitudes de reedição de traumas e revitimização da criança ou adolescente.

Neste ano de 2019 a Convenção Sobre os Direitos da Criança comemora 30 anos. Ela foi o instrumento de direitos humanos mais acolhido na história universal, com ratificação de 196 países⁴¹, inspirou o ECA e suas alterações posteriores. Junto com a Constituição Federal de 1988 foi a vanguarda do reconhecimento da criança e do adolescente como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento merecedoras de tratamento diferenciado: a sua proteção absoluta e a incansável busca por seus melhores interesses. Formou-se assim o microssistema de proteção das crianças e adolescentes.

Em cada uma das legislações mencionadas, o legislador atribuiu à família, à sociedade e ao Estado a responsabilidade da realização dos direitos fundamentais dos menores. Nos casos de devolução aqui mencionados (aqueles trazidos nos estudos psicológicos, como exemplificação dos traumas, ou aqueles constantes na jurisprudência), viu-se a ineficiência de cada um desses atores sociais – a família e sociedade, representadas pelos pretendentes à adoção; e o estado, representado

⁴⁰ECA, art. 197-E, § 5º: A desistência do pretendente em relação à guarda para fins de adoção ou a devolução da criança ou do adolescente depois do trânsito em julgado da sentença de adoção importará na sua exclusão dos cadastros de adoção e na vedação de renovação da habilitação, salvo decisão judicial fundamentada, sem prejuízo das demais sanções previstas na legislação vigente.

⁴¹ CHILDFUNDBRASIL. **Small Voices Big Dreams**. 2019. Disponível em:

<<https://www.childfundbrasil.org.br/cfb/wp-content/uploads/2019/10/SVBD.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2019.

pelos funcionários das instituições de acolhimento, os servidores das varas de infância e juventude, promotores e juízes.

A ineficiência que se propôs analisar foi a dos juízes que julgam as ações indenizatórias por dano moral em razão da devolução imotivada. O instituto da responsabilidade civil mostrou-se suficiente e com os mecanismos necessários para a tutela dos ofendidos, tanto é que, enquanto o TJRS afastava a possibilidade de indenização, o TJMG a reconhecia, uma prova de que o problema não está na possibilidade ou não de responsabilidade civil no âmbito familiar, não está na norma, mas sim em fazer a correspondência do caso concreto com a norma. Em reconhecer a ilicitude da devolução imotivada.

Para que se reconheça um ato ilícito é preciso conhecer o direito passível de violação. No caso da devolução imotivada, precisou-se recriar toda a senda dos direitos da criança e do adolescente para que não se tivesse dúvida de que ali estaria havendo uma violação.

A violação que gera ato ilícito é a infligida contra a inviolabilidade psicofísica da criança e adolescente, especificamente prevista no art. 17 do ECA e sustentada pelo art. 227 da CF, pelo princípio da proteção integral, pelo melhor interesse da criança. Tanto nos estudos científicos quanto nos casos concretos das apelações observou-se o seguinte:

a) Dano ao menor - foram relatados traumas decorrentes da devolução. Nos casos das apelações observou-se que as crianças se sentiram culpadas pelo insucesso da adoção, deixaram de confiar nos adultos que as cercavam; se sentiram desprotegidas e com medo dos futuros pais, pela maneira com que elas as tratavam e também depois de eles avisarem que seriam devolvidas. Nos estudos clínicos, as pesquisadoras verificaram a ocorrência de depressão, agressividade, medo de uma nova adoção, auto depreciação, dentre outros. Todos esses traumas configuram seguramente um dano existencial, Facchini (2012, p.241) o caracterizou como aquele dano que prejudica o próprio projeto de vida da vítima, sua forma de se relacionar com os outros, prejudicando sua realização pessoal e comprometendo sua capacidade de gozar plenamente sua própria vida em todas as suas potencialidades.

É deveras difícil negar que no psicológico de uma criança sem pai nem mãe, o estágio de convivência se apresenta como o milagre da vida, a nova chance que o universo lhe deu de ter alguém e ser de alguém, e então, por algum motivo – ou sem

nenhum motivo – ela deixa de ter uma família, deixa de ter pai e mãe, deixa de ser filho, pela segunda vez. Não é fantasioso pensar que aquela criança que morou sete meses, dois meses ou até mesmo 24 dias tenha tido muito tempo para imaginar como sua vida seria ótima dali para frente. Aqui jaz o trauma, a devolução fez ruir todo seu projeto de vida. E como demonstrado pelos estudos psicológicos, suas potencialidades foram severamente feridas.

b) nexos de causa: todos os comportamentos negativos ocorreram após a devolução. Antes dela a criança acreditava estar vivendo em família, ela não sabe distinguir que o período de convivência é um tempo frágil onde o adotante pode decidir devolvê-la.

Nas apelações do TJRS verificou-se que, a despeito do apontado, os julgadores não viram as situações das crianças a partir da ótica dos fins sociais que sustentam o microsistema protetivo do ECA. Estiveram longe da determinação do Código de Ética da Magistratura de conceder o tratamento diferenciado às crianças e adolescentes.

Dessa forma, não deve haver surpresa nos resultados da pesquisa realizada pela ONG ChildFund Brasil⁴²: menos de 3% das crianças entrevistadas sentem que os políticos e governantes [e os magistrados cabem muito bem nesta categoria] cumprem seu papel de protegê-las; 26% consideram que suas opiniões infantis não são consideradas em questões que lhes dizem respeito e 30% acreditam que não recebem proteção suficiente contra a violência no país. A Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao ignorar a proteção cabida às crianças vítimas de devoluções imotivadas, é a “personificação” de uma sociedade cega, surda e muda às necessidades das crianças.

Por fim, cabe trazer o ensinamento de Dallin H. Oaks, importante líder religioso:

As crianças são extremamente vulneráveis. Elas têm pouca ou nenhuma capacidade de proteger-se ou de sustentar-se e pouca influência em grande parte do que é vital para seu bem-estar. As crianças precisam de outros que falem por elas e precisam de outros que tomem decisões e que coloquem o bem-estar delas acima dos interesses egoístas dos adultos. (OAKS, 2012, p. 46)

⁴² LIMA, Mariana. 67% das crianças não se sentem protegidas no país. **Observatório do 3º setor**. 11 out. 2019. Disponível em https://observatorio3setor.org.br/noticias/67-das-criancas-nao-se-sentem-protetidas-no-pais-diz-estudo/?fbclid=IwAR3g9XwR1iDGgzOniFhI_QGhVgrIWgc5vQIB46uhSUFlapLCuenPLCf9Z8o. Acesso em 02 dez. 2019.

Reconhecer o a devolução como ato ilícito e conceder a indenização por responsabilidade civil não muda o trauma, mas é uma ínfima tentativa de afirmar aquela criança sem família, que, apesar de tudo, ela ainda é vista, mesmo que seja vista apenas pela entidade despersonalizada, distante e duvidosa conhecida como Justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil no direito de família. In: AUGUSTIN, Sérgio (Coord.). **Dano moral e sua quantificação**. 4. ed. rev. e ampl. Caxias do Sul, RS: Plenum, 2007. p. 301-313. Disponível em http://www.ruyrosado.com.br/upload/site_producaointelectual/85.pdf . Acesso em 26 julho 2019.

AMARAL, Luiz Fernando de Camargo Prudente do. REFLEXÕES SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL E ABANDONO AFETIVO. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 107, n. 997, p.269-292, nov. 2018.

Assessoria de Comunicação do IBDFAM. Série “Um olhar sobre a adoção”. 17 JULHO DE 2017.In **IBDFAM**, 2017. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6369/S%C3%A9rie+%E2%80%9CUm+olhar+sobre+a+ado%C3%A7%C3%A3o%E2%80%9D>. Acesso em 17 jun. 2019.

BARBOSA, Hélia. A arte de interpretar o princípio do interesse superior da criança e do adolescente à luz do direito internacional dos direitos humanos. **Revista de Direito da Infância e da Juventude**, vol.1, jan-jun 2013. p. 17-33.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 08 abr. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Parecer pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania**. 04 de setembro de 2017. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1594502&filename=PPP+1+CCJC+%3D%3E+PL+5850/2016. Acesso em 02 de junho de 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei do Senado Nº 370**. Altera o Estatuto da Criança e do Adolescente para definir medidas aplicáveis no caso de desistência da adoção durante o estágio de convivência. Apresentado na Sessão Plenária do Senado Federal do dia 06 de outubro de 2016. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127083> .Acesso em 02 de junho de 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Nº 5.850**. Dispõe sobre adoção e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).. Apresentado na Sessão Plenária da Câmara dos Deputados do dia 14 de julho de 2016. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2092189> .Acesso em 23 abr 2019.

BRASIL. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga A Convenção Sobre Os Direitos da Criança**. Brasília, DF, 22 nov. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em: 08 abr. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**:Institui o Código Civil. BRASÍLIA, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 08 abr. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.**: Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 08 abr. 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Parecer pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa.** 29 de junho de 2017. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5377413&ts=1574860857768&disposition=inline>. Acesso em 02 de junho de 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Texto Inicial – PLS 370/2016.** 29 de junho de 2017. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=566134&ts=1574860857505&disposition=inline>. Acesso em 02 de junho de 2019.

BRASIL. **Declaração dos Direitos da Criança.** Brasília, DF, Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DeclDirCrian.html>. Acesso em: 08 abr. 2019.

BRASÍLIA. Iara Guimarães Altafin. Agência Senado. **Constituição de 1988 fortaleceu a cidadania do trabalhador.** 2018. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2008/10/01/constituicao-de-1988-fortaleceu-a-cidadania-do-trabalhador>>. Acesso em: 07 nov. 2019.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo; AZAMBUJA, Maria Regina Fay. A releitura da adoção sob a perspectiva da doutrina da proteção integral à infância e adolescência. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 1, n.1, abri./jun 1999. p. 30-48.

CARVALHO, Flávia Almeida de. **Um estudo psicanalítico sobre adoção e devolução de crianças: a preparação dos pretendentes a fase de aproximação e o acompanhamento do estágio de convivência. Orientadora: Isabel Cristina Gomes** 2017. 134 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Psicologia Clínica – Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/47/47133/tde-05102017-104807/publico/carvalho_corrigeida.pdf. Acesso em: 05 jun. 2019.

CAVALIERI, S. F. **Programa de Responsabilidade Civil.** 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CHILDFUNDBRASIL. **Small Voices Big Dreams. 2019.** Disponível em: <<https://www.childfundbrasil.org.br/cfb/wp-content/uploads/2019/10/SVBD.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (BRASIL). **Código de Ética da Magistratura.** BRASÍLIA, 18 set. 2008. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura/>. Acesso em: 17 jun. 2019.

COSTA, Epaminondas. Estágio de convivência, “devolução” imotivada em processo de adoção de criança e de adolescente e reparação por dano moral e/ou material. In: 18º CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2009, Florianópolis. **Livro de Teses**. Porto Alegre: Magister, 2009. p. 166 - 171. Disponível em:

https://www.conamp.org.br/images/congressos_nacionais/18_Congresso_Nacional_do_MP.pdf. Acesso em: 08 maio 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 7: direito de família**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FACCHINI NETO, Eugenio; WESENDONCK, Tula. Danos existenciais: "precificando" lágrimas? **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 12, p.229-267, jul./dez. 2012. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.18759/rdgf.v0i12.408>. Acesso em: 29 abr. 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A Família da Pós-Modernidade: Em Busca da Dignidade Perdida da Pessoa Humana. **Revista de Direito Privado**, v. 19, 2004. In: Revista dos Tribunais Online. Disponível em: <http://revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 23 mai. 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **A aplicação do abuso do direito nas relações de família: o venire contra factum proprium e a supressio/surrectio**. Disponível em: <<http://www.linselins.com.br/wp-content/uploads/2015/11/artvenireBAIANA.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de.; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: v.6, direito das famílias**. 4. ed. Salvador: Jus Podvim, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. v. 1.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis**. fac-sim. ed. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, v. 1, 2003. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496206>. Acesso em: 23 maio 2019.

GHIRARDI, Maria Luiza de Assis Moura. **Devolução de crianças adotadas: um estudo psicanalítico**. 1. ed. São Paulo: Primavera Editorial, 2015.

GOES, Alberta Emília Dolores de. Crianção não é brinquedo! A devolução de crianças e adolescentes em processos adotivos. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v.7, n. 1, 2014. p. 85-93. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/17350>>. Acesso em: 07 maio 2019.

GOMES, José Jairo. **Responsabilidade civil e eticidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 269.

GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Atualizado por Edvaldo Brito.

LEVY, Lidia; PINHO, Patrícia Glycerio R.; FARIA, Márcia Moscon de. "Família é muito sofrimento": um estudo de casos de "devolução" de crianças. **Psico**, Porto Alegre, v. 40, n.1, jan./mar 2009. p. 58-63. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/revistapsico/ojs/index.php/revistapsico/article/view/3730>>. Acesso em: 23 Março 2019.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, 2004, v. 6, n. 24, jun./jul., pp. 152-155.

LIMA, Mariana. 67% das crianças não se sentem protegidas no país. **Observatório do 3º setor**. 11 out. 2019. Disponível em https://observatorio3setor.org.br/noticias/67-das-criancas-nao-se-sentem-protegidas-no-pais-diz-estudo/?fbclid=IwAR3g9XwR1iDGgzOniFhL_QGhVgrlWgc5vQIB46uhSUFlapLCuenPLCf9Z8o. Acesso em 02 dez. 2019.

LÔBO, Paulo. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. **Revista brasileira de Direito de Família**. v. 12, p. 40-55, 2002. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/193.pdf. Acesso em: 26 abr. 2019

MACHADO, Martha Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. 1ª. ed. Barueri: Manole, 2003.

MARMITT, Arnaldo. **Adoção**. 1. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

MENDES, Cynthia Lopes Peiter Carballido. **Vínculos e rupturas na adoção: do abrigo para a família adotiva**. Orientadora: Isabel Cristina Gomes, 2008. 217 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Psicologia Clínica – Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em:10.11606/D.47.2008.tde-27032009-153918. Acesso em: 05 jun. 2019.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. **Revista Forense: Doutrina, Legislação e Jurisprudência**, Rio de Janeiro, v. 102, n. 386, p.183-201, jul. 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin. Palestra proferida na 4ª Reunião do Fórum Permanente de Direito Civil, Rio de Janeiro (Rio de Janeiro), ago. 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=uWUk-IBUBpM> . Acesso em: 20 out. 2019.

MUNIZ, Flávia de Moura Rocha Parente. **"Adoções" que não deram certo: o impacto da "devolução" no desenvolvimento da criança e do adolescente na perspectiva da profissionais**. Orientadora: Cristina Maria de Souza Brito, 2016, 138 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Psicologia Clínica – Universidade Católica de Pernambuco. Recife. 2016. Disponível em: <http://tede2.unicap.br:8080/handle/tede/246>. Acesso em 06 jun. 2019.

OAKS, Dallin Harris. Proteger as crianças. **A Liahona**, Salt Lake, v. 65, n. 11, p.43-46, nov. 2012. Disponível em: <<https://www.churchofjesuschrist.org/study/liahona/2012/11/saturday-afternoon-session/protect-the-children?lang=por>>. Acesso em: 29 nov. 2019.

PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; RODRIGUES, Francisco Flávio Silva. Aplicação do princípio do melhor interesse da criança pelo Superior Tribunal de Justiça de 2001 a 2018. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJJL]**, v. 19, n. 2, p. 615-630, 16 ago. 2018. Disponível em <https://doi.org/10.18593/ejil.v19i2.17052> . Acesso em 08 de abril de 2019

PEREIRA, Tânia da Silva. Adoção. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org). **Tratado de Direito das Famílias**. Belo Horizonte: Ibdfam, 2015. Cap. 8. p. 371-418.

PEREIRA, Tânia da Silva. Da Adoção. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Orgs). **Direito de família e o novo Código Civil**. 2. ed. Belo Horizonte: Del rey, 2002.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana com valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 212, p. 89-94, abr. 1998. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v212.1998.47169>. Acesso em: 23 mai. 2019.

SOUZA, Hália Pauliv de. **Adoção tardia: devolução ou desistência de um filho? A necessária preparação para adoção**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

SPECK, Sheila; QUEIROZ, Edilene Freire de. **O sofrimento psíquico nos casos de devolução de crianças adotadas**. XII Congresso Brasileiro de Psicopatologia Fundamental. Belo Horizonte: [s.n.]. 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70079126850**. Órgão Julgador: Oitava Câmara Cível. Relator: Desembargador Rui Portanova. Porto Alegre, RS. Julgado em 4 de abril de 2019. Porto Alegre. Publicado em 12 abr. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70080332737**. Órgão Julgador: Oitava Câmara Cível. Relator: Desembargador Rui Portanova. Porto Alegre, RS. Julgado em 20 de fevereiro de 2019. Porto Alegre. Publicado em 14 mar. 2019.

WEBER, Lídia Natalia Dobriansky. **Laços de ternura: pesquisas e histórias de adoção**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

WESENDONCK, Tula. Transformações no sistema de ilicitudes no Código Civil de 2002. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, v. 1, n. 3065, nov. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20476>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

VELOSO, Zeno. É namoro ou união estável?. **Direito UNIFACS: Debate Virtual**, n. 191, 2016. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/4532/2949> Acesso em: 07 nov. 2019.

VERONESE, Josiane Rose Petry. A proteção integral da criança e do adolescente no direito brasileiro. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 79, n. 1, p. 38-54, jan./mar. 2013. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/38644>. Acesso em: 23 mar. 2019