

O ABUSO DE DIREITO NA DEVOUÇÃO DE CRIANÇAS NO CURSO DO ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA E SUAS CONSEQUÊNCIAS

THE ABUSE OF RIGHTS ON RETURNING CHILDREN DURING THE COEXISTENCE INTERNSHIP AND ITS CONSEQUENCES

Virgínia Neves Baptista¹

Resumo

O presente artigo, construído a partir da análise do instituto da adoção no direito brasileiro e seu respectivo procedimento, visa demonstrar as consequências atinentes à devolução de uma criança pelo pretendente à adoção, no curso do estágio de convivência. Sob a perspectiva do menor, analisam-se as implicações decorrentes do seu retorno a um abrigo, uma indiscutível situação de reabandono. No que diz respeito ao pretendente à adoção, a análise se concentra na caracterização da devolução do menor como ato ilícito, na forma de abuso de direito, contrapondo-se ao exercício regular de um direito, tal como previsto no art. 187 do Código Civil, encontrando-se na ambiência da responsabilidade civil o *locus* para a solução dos conflitos dele decorrentes. Através da constatação de que, dentre as finalidades da adoção, está a de garantir à criança o seu pleno desenvolvimento através da convivência familiar, onde formará vínculos de afetividade e afinidade, propõe-se uma reflexão sobre a ocorrência de danos existenciais e irreversíveis sobre aquele que, já desamparado e desassistido, se virá obrigado experimentar mais uma vez o abandono.

Palavras-chave: adoção; devolução; estágio de convivência; abuso de direito; responsabilidade civil; dano existencial.

Abstract

This article, constructed from the analysis of the adoption institute in Brazilian Law and its procedure, aims to demonstrate the consequences relating to the return of a child by the applicant for adoption, during the cohabitation stage. From the minor's perspective, the implications arising from his return to a shelter, an indisputable situation of abandonment, are analyzed. With regard to the applicant for adoption, the analysis focuses on characterizing the return of the minor as an illicit act, in the form of abuse of rights, in opposition to the regular exercise of a right, as provided for in art. 187 of the Civil Code, with civil liability being the locus for resolving conflicts arising therefrom. Through the observation that, among the purposes of adoption, is to guarantee the child his full development through family life, where he will develop bonds of affection and affinity, a reflection is proposed on the occurrence of existential and irreversible damage to that child, who, already helpless and unassisted, will be forced to experience abandonment once again.

Keywords: adoption; abandonment; abuse of rights; existential damage; civil liability.

1. INTRODUÇÃO

Visa-se, com este artigo, contribuir academicamente no sentido de mostrar que o reabandono de crianças² pelos pretendentes a adoção, ao longo do estágio de convivência, vai além do simples exercício regular de um direito de desistir (uma vez que a adoção, nesse momento, ainda não se encontra concretizada). Pode configurar abuso de direito por parte daquele que se propõe a adotar. E sendo um abuso de direito, passa-se a analisar as suas consequências.

De acordo com o recorte epistemológico escolhido, este trabalho aborda a temática de alguns dos capítulos da dissertação de mestrado defendida pela autora³, que tratou da devolução de crianças por pretendentes à adoção, no curso do estágio de convivência.

A adoção, apresentada como reflexo da ausência de políticas públicas de amparo às famílias menos favorecidas, se manifesta como uma forma de integrar as crianças desamparadas, desassistidas, em um ambiente familiar saudável. De todas as formas de proteção à criança

¹ Advogada; Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP; Presidente da Comissão de Direito de Família da OAB/PE; Presidente da Comissão de Alienação Parental do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM/PE.

² Ao se utilizar a terminologia criança ou crianças, pretende-se fazer referência também a adolescente e adolescentes.

³ BAPTISTA, Virgínia Cunha Andrade Neves. *O (re)abandono de crianças no estágio de convivência: um olhar sobre os processos de adoção da 2ª Vara da Infância e Juventude da Capital – PE*. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito da UNICAP. Recife: UNICAP, 2023.

abandonada, a adoção é a que reúne as melhores condições para seu pleno desenvolvimento, possibilitando a construção de vínculo familiar, em observância ao melhor interesse da criança.

O instituto da adoção, como uma espécie de filiação socioafetiva, proporciona às crianças que não se encontram sob a proteção familiar sua inserção em uma nova família, onde possam se desenvolver plenamente, sendo um mecanismo de solução para o problema social da institucionalização de crianças.

A adoção realizada através do cadastro do Sistema Nacional de Adoção – SNA, a chamada adoção legal, formalizada através de processo judicial, prescinde de várias etapas. Geralmente é precedida de um processo para a destituição do poder parental, que é a pena mais grave imposta aos casos de descumprimento dos deveres inerentes à filiação como último recurso buscado visando o melhor interesse da criança em face da impossibilidade de permanecerem cuidadas por seus genitores.

Em relação à criança, o procedimento inicia com a sua inscrição no SNA como apta para adoção. Do lado dos pretendentes, após o cadastro junto ao Poder Judiciário, são eles submetidos a um processo de habilitação, seguido de preparação psicossocial e jurídica, objetivando o desfecho positivo do processo. Nessa fase preparatória é apresentado aos pretendentes o histórico da vida da criança, sua condição real, de forma a desmistificar a adoção e prepará-los para lidar com as dificuldades que possam surgir no curso do processo. Nesse período eles também são avaliados pela equipe interdisciplinar vinculada às Varas da Infância e Juventude, de forma a garantir a preservação dos interesses das crianças envolvidas. Uma vez superada essa fase, ocorre o período de aproximação entre a criança e o(os) pretendente(s), o que acontece, em regra, dentro da instituição de acolhimento. Em seguida, o pretendente é orientado a ingressar com o processo judicial de adoção, quando é deferida a guarda da criança para fins de adoção, iniciando o estágio de convivência. Nesse período a criança passa a experimentar o convívio com a nova família, o que possibilitará a construção de laços de afetividade e afinidade entre eles. Sendo bem-sucedida essa etapa, se ao final deferida a adoção, tendo sempre em vista o melhor interesse da criança e seu efetivo benefício, ela adquirirá o status de filho.

Mas ao instituir o estágio de convivência o legislador não intencionou proporcionar aos adotantes um período de testagem, de simples experiência para os adotantes, para ao final decidirem se querem ou não adotar a criança. O estágio existe para que a criança inicie o convívio familiar com os pretensos pais, sob a supervisão e amparo da equipe interdisciplinar, visando o sucesso do processo. É sempre o interesse da criança que está sendo observado ao longo do estágio.

A depender da situação, a desistência do processo quando já iniciado o estágio de convivência, e a conseqüente devolução da criança ao local de acolhimento, podem configurar um segundo abandono em sua vida, gerando-lhe danos substanciais.

Pode também configurar abuso de direito, não se tratando do exercício regular de um direito (potestativo) de desistir de forma imotivada.

O abuso de direito, sendo um princípio geral que fixa limites ao exercício de direitos subjetivos, é observado quando restar desrespeitada a finalidade econômica/social da regra, quando ocorrer uma ilicitude de exercício de determinado direito. No caso em análise, quando o pretendente, ao assumir a guarda da criança com a finalidade de adotar, levando-a a conviver no seu ambiente familiar, não agir de forma esperada, sem qualquer respeito, responsabilidade ou compromisso com a criança e a finalidade assumida, desistindo do processo de adoção nessa fase, pratica um ato ilícito em razão do abuso de direito, podendo ser responsabilizado civilmente pelos danos causados (físicos, psicológicos e existenciais), além de outras medidas alternativas impostas.

O legislador, ao prever a realização do estágio de convivência, não vislumbrou através da regra imposta a possibilidade do pretendente testar a criança para auferir se ela atende ou não

suas expectativas individuais. Quem assim pensa e age, extrapola os limites do exercício funcional do direito.

2. A ADOÇÃO COMO REFLEXO DA AUSÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE AMPARO ÀS FAMÍLIAS

No Brasil o problema do abandono de crianças não é novo, como também não é recente a institucionalização delas.

O que se espera é que a criança nasça no seio de uma família estruturada, desfrutando de todos os cuidados necessários, de forma a lhe proporcionar o completo desenvolvimento enquanto ser humano em toda a sua plenitude, com possibilidade de ter uma vida pessoal e social saudável e organizada.

Quando a realidade se mostra diversa e a criança não encontra o amparo e cuidado em sua família natural, em razão de orfandade ou pelo descumprimento por parte dos pais biológicos das obrigações parentais, o instituto da adoção se apresenta como alternativa de proporcionar à essa criança a possibilidade de ser inserida em uma nova família, num lar onde possa se sentir cuidada, segura e amada.

A vulnerabilidade social de uma parcela da população no país é causa primária da institucionalização de crianças. A maior parte das crianças inseridas no sistema de adoção advém de famílias vulnerabilizadas, sem qualquer amparo socioeducacional do Estado. É o reflexo da negligência familiar e das desumanas práticas sociais de exclusão. Faltam políticas públicas e sociais mais assertivas que possam causar transformação nas famílias, sendo a institucionalização das crianças o reflexo dessa discrepância.

O instituto da adoção, apesar de não atacar diretamente o problema do abandono de crianças, inegavelmente tem um importante papel social, na medida em que proporciona às crianças, que não se encontram sob a proteção familiar, a inserção em uma nova família, onde possam desenvolver plenamente. Muito mais do que um remédio para casais que não podem procriar, a adoção passou a ser um mecanismo de solução do problema social da institucionalização de crianças e adolescentes, ao tempo que visa a colocação deles no seio familiar.

Após a Constituição Federal de 1988 a adoção passou a ser entendida como meio de filiação que, uma vez concluída, torna a criança adotada filho de forma integral, independentemente de sua origem, deixando de existir qualquer distinção entre os filhos (LÔBO, 2019, p. 281). É ato jurídico estrito, personalíssimo, irrevogável e de natureza complexa, dependendo de decisão judicial para sua concretização (LÔBO 2019, p. 282-283). É medida excepcional (art. 39, §1º, do ECA), de ordem pública (art. 227, §5º, da CRFB/88), capaz de criar a filiação sem a existência de laços biológicos, fundada na socioafetividade.

Atualmente a adoção significa inserir uma criança ou adolescente “no seio de uma família, voltada à função prestante de realização existencial e de desenvolvimento de cada um dos integrantes do grupo familiar, em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana” (LÔBO, 2012, 125).

Nos termos do art. 41 do ECA, “a adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”. E na mesma esteira, o art. 47, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente estipula que “o vínculo da adoção se constitui por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão”.

Portanto, só é possível falar em ruptura do laço parental a partir da inserção da criança em uma nova família através da adoção, por ser da natureza desse instituto o rompimento de tais vínculos, restando mantidos os vínculos jurídicos de parentesco da criança com os pais

destituídos do poder familiar e demais parentes até que seja consumada a adoção, mediante prolação da sentença judicial.

O instituto da adoção tem como principal finalidade dar uma família a quem não a possui, garantindo à criança o seu pleno desenvolvimento através da convivência familiar, onde desenvolverá vínculos de afetividade e afinidade.

3. A DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR E A INSTITUCIONALIZAÇÃO DE CRIANÇAS

Quando se pensa no processo de adoção (através do Sistema Nacional de Adoção – SNA), é preciso ter mente que nem todas as crianças acolhidas em instituições estão disponíveis para serem adotadas. Algumas delas se encontram abrigadas em face da impossibilidade de permanecerem cuidadas pela família biológica, por inúmeros motivos que refletem os problemas sociais, a exemplo de violência doméstica, maus-tratos, vivência na rua, dependência química dos pais ou responsáveis, carência de recursos materiais, dentre outros.

Nessa hipótese, como já dito anteriormente, a adoção poderá ser precedida de processo judicial para destituição do poder familiar, visando o melhor interesse da criança, nos casos de descumprimento dos deveres parentais. Quando não há mais condições da permanência da criança com sua família natural ou extensa, ela será submetida ao acolhimento institucional ou familiar, nos moldes do §1º, do art. 101, do ECA de forma transitória, até a reestruturação de sua família ou sua colocação para adoção, havendo preferência no acolhimento familiar (§1º do art. 34 do ECA)⁴.

A destituição do poder familiar encontra amparo (i) no artigo 227 da CRFB/88, ao prever a obrigação da família, da sociedade e do Estado de salvaguardar as crianças de “toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade ou opressão”; (ii) nos artigos 1.637 e 1.638 do Código Civil, que determinam a necessidade de decisão judicial para as hipóteses de extinção ou suspensão do poder familiar; (iii) no Estatuto da Criança e do Adolescente, ao disciplinar que a falta ou carência de recursos materiais não é motivo bastante para a perda ou suspensão do poder familiar (art. 23). O ECA também determina a aplicação preferencial de medidas que fortaleçam os vínculos familiares e comunitários (art. 100), ao trazer como última opção de medida a ser imposta pelo julgador visando a proteção de crianças e adolescentes em situação de violação de seus direitos a recolocação delas em famílias substitutas, o que implica na destituição do poder familiar, e no procedimento especial de destituição, adotado pelo art. 155 e seguintes; (iv) e finalmente na Lei 13.257/2016 (Marco Legal da Primeira Infância) que, ao tratar sobre políticas públicas para a primeira infância, prevê que a reinserção da criança e do adolescente em família substituta é medida excepcional, devendo preferencialmente ser resguardada a manutenção dos infantes em suas famílias de origem (art. 25).

A destituição do poder familiar, embora pela sua gravidade seja medida excepcional, em muitos casos se mostra necessária por atingir os direitos mais elementares da pessoa humana (direitos da personalidade).

Todo esse percurso (desde a destituição do poder familiar até a concretização da adoção, passando por todas as etapas), por vezes, leva tempo, indo contrariamente à necessidade de celeridade no processo de adoção, considerando que o tempo é um fator prejudicial às crianças institucionalizadas. Quanto mais a criança demora para ser adotada, mais são diminuídas as suas chances de integrar uma nova família. E isso é consequência direta do perfil pretendido pelos adotantes.

⁴ Embora o art. 19, §2º do ECA estipule que o prazo de acolhimento institucional deverá ser no máximo até 18(dezoito) meses, não devendo ser prolongado salvo se comprovada a necessidade e desde que seja observado o melhor interesse da criança/adolescente, na prática esse prazo tem sido muito maior, e aumenta na proporção em que a criança vai ficando mais velha, com suas chances de adoção diminuídas a cada ano que passa.

De acordo com dados do Conselho Nacional de Justiça – CNJ⁵, há mais de 36.000 pretendentes aptos à adoção. Porém, dentre as crianças acolhidas em instituições (cerca de 33.000), apenas pouco mais de 4.800 estão aptas a serem adotadas. Apesar do número de pretendentes ser mais de 6 vezes maior que o número de crianças à espera de adoção, essa conta não fecha. E um dos problemas é o perfil escolhido por aqueles que pretendem adotar. A preferência é por crianças de pele mais clara, recém-nascidas ou que contem com até 3 anos de idade e sejam saudáveis, quando a maior parte das crianças institucionalizadas, disponíveis para adoção, estão fora desse perfil. Essa escolha de um modelo de filho ideal, feita na habilitação dos pretendentes, é muito cruel com as crianças que não se enquadram nesse padrão. Um trabalho voltado para a conscientização e sensibilização à adoção, desmistificando o instituto e o mito do modelo de filho perfeito, pode ser um importante instrumento na equalização desses números. O país não precisa de mais pessoas interessadas em adotar, mas sim, de pessoas com menos preconceitos.

4. O PROCEDIMENTO PARA ADOÇÃO ATRAVÉS DO SNA

Em geral, o procedimento para a adoção através do cadastro do Sistema Nacional de Adoção - SNA tem início após a colocação da criança na situação de “apta para adoção” no sistema, geralmente depois do trânsito em julgado da decisão proferida no processo de destituição ou extinção do poder familiar, ou na hipótese de sua orfandade, ou ainda em caso de desconhecimento de ambos os genitores.

Do lado dos pretendentes, após o cadastro perante o Poder Judiciário, eles são submetidos inicialmente a um processo de habilitação onde participam, obrigatoriamente, de um curso de preparação psicossocial e jurídica, além da submissão a avaliação por uma equipe multidisciplinar do Judiciário, passando por entrevista técnica, durante a qual os pretendentes descrevem o perfil da criança desejada.

A equipe interdisciplinar analisará a capacidade e o preparo dos postulantes ao exercício da maternidade/paternidade responsável, para que ao final o magistrado decida pela aptidão ou não dos pretendentes para a adoção. Não é mero formalismo. É preciso que seja feito um trabalho cuidadoso, de forma a evitar problemas no curso do procedimento que importem no insucesso da adoção e prováveis lesões às crianças. No processo habilitatório os interessados em adotar são submetidos a critérios objetivos e subjetivos de condições pessoais, sociais e econômicas, restando necessária a comprovação da estabilidade familiar, de forma a garantir que seja observado o melhor interesse da criança.

A fase de preparação e seleção dos pretendentes é de suma importância para o desfecho positivo de todo o processo. Durante a participação dos interessados nas reuniões e cursos preparatórios, eles entram em contato com a realidade da adoção, com as consequências e responsabilidades advindas dessa forma de filiação, de modo a tornar a opção em adotar um ato amadurecido e consciente, evitando surpresas e frustração ao longo do processo.

Os cursos preparatórios têm a finalidade de trazer explicações sobre a adoção, as expectativas, os desafios e dificuldades, as questões psicológicas, sociais e pedagógicas no processo. Afinal, a criança real nem sempre reflete o fruto do ideal, do “modelo de filho” esperado pelos pretendentes. A maior parte das crianças disponibilizadas para a adoção foram abandonadas, passaram por ruptura de vínculos afetivos, carregando traumas emocionais. É papel da equipe interdisciplinar, inclusive, orientar os pretendentes sobre a forma de como lidar com o passado dessas crianças, que não podem ter suas histórias apagadas, mas reconstruídas através do afeto, da proteção e da sensação de pertencimento a um núcleo familiar.

⁵ Tais dados podem ser visualizados através do Painel de Acompanhamento disponibilizado através da página do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento do CNJ, no seguinte endereço eletrônico: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ccd72056-8999-4434-b913-f74b5b5b31a2&sheet=4f1d9435-00b1-4c8c-beb7-8ed9dba4e45a&opt=cursrel&sselect=clearall> Acesso em 01.07.2024.

As crianças também precisam ser preparadas para a mudança que a adoção trará em suas vidas. É preciso que seja realizado um trabalho de preparo, orientação, acompanhamento e apoio às crianças na busca de sua integração em um novo seio familiar, principalmente para aquelas que se encontram em situação de acolhimento institucional prolongado.

A partir da habilitação ocorrerá a inscrição do pretendente no cadastro nacional (Sistema Nacional de Adoção) e o início da busca da criança com base no perfil pretendido. Uma vez encontrada, será apresentado aos pretendentes o histórico da vida da criança, sua condição real, relatada sua saúde, de forma a prepará-los para lidar com as dificuldades que possam surgir no processo, principalmente na fase de adaptação. Afinal, a verdade biológica permanece mesmo quando concluído o processo de adoção, e a criança precisa ser aceita como ela é.

Persistindo o interesse na adoção por parte dos pretendentes, será possibilitada a aproximação entre ambos, que consiste em visitar a criança na instituição de acolhimento onde ela está residindo momentaneamente. Essa fase de aproximação tem o intuito de possibilitar a formação de vínculos afetivos entre eles, e acontece sob orientação, supervisão e avaliação da equipe técnica da Justiça da Infância e Juventude.

Sendo bem-sucedida essa aproximação, persistindo a intenção de adotar, na prática os pretendentes são orientados a ingressar com o processo (adoção), quando o magistrado concederá a guarda da criança para fins de adoção, dando início ao estágio de convivência familiar. Essa fase de convívio, onde a criança passa a morar no lar dos pretendentes, também é acompanhada e orientada pela equipe técnica do Poder Judiciário, que emitirá relatórios, disponibilizados à apreciação do juiz e do representante do Ministério Público.

No curso do estágio de convivência, havendo evidências suficientes quanto à formação de vínculos afetivos, a equipe sinalizará positivamente, e ao final o juiz deferirá a adoção, tendo sempre em vista o efetivo benefício, o melhor interesse da criança, que adquirirá o status de filho dos adotantes, para todos os fins. Em regra, a adoção é irrevogável, produzindo seus efeitos a partir do trânsito em julgado da decisão judicial, não sendo mais possível o rompimento desse vínculo civil criado. Na adoção, o vínculo de parentesco natural é substituído pelo vínculo jurídico, legal.

5. O ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA E A GUARDA PARA FINS DE ADOÇÃO

Sob o enfoque constitucional (art. 227, da CRFB/88), a convivência familiar é um direito fundamental de toda criança e adolescente, lastreado nos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da proteção integral (que lhes assegura a satisfação de suas necessidades especiais enquanto seres humanos em desenvolvimento) e do seu melhor interesse, tendo o direito de crescer e se desenvolver amparada no seio de uma família, que é a base da sociedade.

A família é o ente primário de formação social, servindo como ferramenta para a realização das pessoas em sua plenitude. Possibilitar que uma criança/adolescente cresça em uma família é assegurar que tenha condições de se desenvolver num ambiente necessário à efetivação da sua dignidade.

Trata-se, o estágio de convivência, de uma fase de adaptação que possibilita à criança o exercício do direito constitucional de convivência familiar, e onde os envolvidos passam a se conhecer mutuamente e a estruturar as bases afetivas que os unem, objetivando ao final a concretização da adoção. O esperado é que nesse período se solidifiquem os vínculos socioafetivos entre a criança/adolescente e o adotante, de forma a resultar na formação de vínculo parental, que se consumará com a adoção. O objetivo do estágio é “permitir que a autoridade judiciária, com auxílio de equipe técnica interprofissional, possa avaliar a conveniência da adoção” (LÓBO, 2019, p. 288), levando em conta, precipuamente, o melhor interesse da criança. A convivência oportuniza as relações afetivas, e cria um vínculo de direitos e obrigações, no compartilhamento diário das diferenças e similitudes, como em qualquer família.

No caso da adoção, o ideal imaginário do filho perfeito pode ser um fator dificultador da fase de convivência, possibilitando o surgimento do desejo de desistir, de “devolver” a criança. Essa devolução pode trazer consequências desastrosas do ponto de vista emocional e psicológico nesses infantes, já fragilizados pela própria bagagem de vida, reafirmando neles sentimentos de rejeição e desemparo, além da desesperança de viverem inseridos num ambiente familiar saudável.

Durante essa fase (de convivência familiar) o estado continua o monitoramento e suporte, no intuito de não só avaliar, mas também de auxiliar todos os envolvidos no processo.

Apesar do processo de adoção ser regulamentado por legislação federal (ECA), há idiosincrasias, peculiaridades, que fazem variar os procedimentos de região para região. Na maior parte dos estados brasileiros, o estágio de convivência inicia com o deferimento da guarda para fins de adoção, quando a transferência da criança (da instituição para a residência do postulante) ocorre após a assinatura do respectivo termo de guarda para fins de adoção. Ou seja, com finalidade específica: adotar.

Apesar de não existir definição clara entre a guarda (legal) e a guarda para fins de adoção, uma vez que ambas estão regulamentadas de forma geral no artigo 33 e seguintes do ECA, nesse trabalho acadêmico é defendido que se trata de institutos diversos.

A guarda para fins de adoção não tem as mesmas características que a guarda legal. Esta, sem fins de adoção, é concedida a quem se tornará responsável momentaneamente ou definitivamente pela criança na falta dos pais biológicos ou outro familiar interessado, não tendo como desfecho, necessariamente, a constituição de filiação. Não é aplicada como medida de preparação para eventual futura adoção. Quem pleiteia a guarda (legal) de uma criança, portanto, não impreterivelmente pretende adotá-la, podendo não ter a intenção de ser pai ou mãe dela (a configuração de laços de filiação não é algo esperado nessa espécie de guarda).

A guarda é um instituto jurídico que dispõe sobre o acolhimento de crianças por terceiros, sejam parentes ou não, quando essas não estão sob a proteção de seus genitores. Serve ainda para regularizar a situação dessas crianças, possibilitando que o responsável pratique os atos necessários de forma a garantir a elas a plena assistência material, moral e educacional.

É uma das formas de colocação da criança em família substituta e tem como objetivo principal a regularização da posse do menor de 18 anos. Segundo o ECA, em seu art. 33, ao guardião é atribuída a responsabilidade de prestar assistência à criança, que ganha a condição de dependente.

Porém, quando ela é deferida para fins de adoção, ganha outros contornos. A guarda para fins de adoção é concedida ao pretendente em adotar uma criança, para início do estágio de convivência, geralmente quando ele expressa formalmente a intenção de adotar o infante. No caso das adoções, em regra essa intenção é manifestada não só através da assinatura do termo de guarda para fins de adoção, mas também no ingresso da ação de adoção (que geralmente antecede a concessão da guarda). Embora no ECA essa diferenciação não seja clara, ela pode ser verificada em outras leis nacionais (a exemplo da legislação trabalhista – art. 293-A da CLT, e previdenciária – art. 71-A da Lei nº 8.213/1991)⁶, de forma a demonstrar as especificidades de cada instituto.

Os pretendentes à adoção, ao receberem a guarda da criança (com finalidade específica de adotar), precisam ter em mente que o principal objetivo dessa etapa é o de tornar possível a adaptação da criança à sua nova família, ao seu novo lar, consolidando os laços de afetividade entre seus membros. O foco principal é sempre a criança, não se tratando de período de teste para que os pretendentes avaliem se o “produto” se adequa ou não às suas expectativas.

⁶ A simples guarda legal não dá direito à concessão da licença-maternidade, por exemplo, pelo fato de que a maternidade (ou paternidade) não é necessariamente a finalidade de sua concessão, uma vez que pode não ser a intenção do guardião. Apenas na guarda para fins de adoção é deferido esse período (de licença) visando garantir a convivência integral entre a criança com a mãe (ou pretendente à maternidade).

É nesse contexto que o artigo 35 do ECA prevê que “a guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público”. A hipótese de revogação da guarda, especialmente a deferida para fins de adoção, ocorre quando tal medida não atende ao princípio do melhor interesse da criança, que norteia todo o microsistema do ECA. É sob a ótica da proteção delas, das crianças, que o dispositivo legal prevê a revogação.

Sendo ao final do estágio de convivência verificadas as condições favoráveis à adoção, o magistrado proferirá a sentença de adoção e determinará a confecção do novo registro de nascimento, já com o sobrenome da nova família, passando a criança a ter todos os direitos de um filho. Excepcionalmente, caso seja observada alguma situação de risco que recomende a retirada da criança do lar em que se encontra, a guarda será revogada por ato judicial fundamentado, após a ouvida do Ministério Público, e a criança será levada de volta à instituição de acolhimento. Essa devolução é sempre nefasta, e representa um fracasso não só do Poder Judiciário, mas de todas as instituições envolvidas no procedimento adotivo.

6. AS CONSEQUÊNCIAS DAS ADOÇÕES MALSUCEDIDAS

Ao instituir o estágio de convivência o legislador certamente não intencionou proporcionar aos adotantes um período de simples experiência, nem uma espécie de *test drive*, para que decidam se de fato querem adotar. A guarda concedida àqueles com pretensão de adoção precisa ser deferida na consciência da responsabilidade ali assumida, e que possui intenção finalística. Não é teste. Não é uma mera faculdade dos adotantes a possibilidade de desistir do processo de adoção no curso do estágio de convivência, devolvendo a criança para a instituição de acolhimento, sem qualquer causa relevante, justificadora.

O estágio existe para que a criança inicie o convívio familiar com os pretensos pais, tendo o amparo de profissionais dispostos a dar todo o suporte necessário para o sucesso do processo. É sempre o interesse da criança que está sendo observado ao longo do estágio. Esse período precisa ser compreendido como a permissão do exercício do direito constitucional da criança ao convívio familiar, com a finalidade da manutenção dessa convivência saudável e do surgimento de laços de filiação através da sentença constitutiva (de adoção) proferida.

A depender da situação, a desistência do processo de adoção e a conseqüente devolução da criança à casa de acolhimento pode determinar um segundo abandono na vida dela, diminuindo suas chances de ser integrada num ambiente familiar capaz de lhe proporcionar o pleno desenvolvimento.

Considerando ainda todo o período de tramitação necessário, que culmina na espera por parte das crianças, não é impensável que diariamente elas vivam em constante expectativa pelo desfecho feliz de sua história, quando passarão a viver em uma nova família, com todo suporte, cuidado e afeto.

Assim, o simples abandono do processo, principalmente quando já iniciado o estágio de convivência, não é caso apenas de falta de interesse processual. Pode ensejar uma consequência muito maior que é o aniquilamento da expectativa criada na criança, do seu sonho de pertencimento a uma família.

Do ponto de vista dos efeitos psicológicos, a devolução da criança ao abrigo pelo adotante, quando já inserido no convívio familiar, em determinadas situações pode ser equiparada ao abandono afetivo, vez que a priva do ambiente familiar no qual já se encontrava inserida, nutrindo expectativas que ao final dos tramites processuais passaria a fazer parte daquela família.

O sentimento de pertencimento que surge na criança ou adolescente não inicia com a sentença de adoção. A depender da idade e do nível de amadurecimento, para a criança não há a compreensão do que seja o estágio de convivência, o processo judicial, a sentença. Esse sentimento começa com o contato dos pretendentes com a criança (na fase de aproximação), demonstrando que o escolheram, e se intensifica quando iniciado o estágio de convivência, indo

a criança a residir em seu novo lar. O fato de sair do abrigo e ir morar com uma família que ela passa a sentir como sua, já significa para ela que foi adotada. A criança não pode ser percebida como um objeto, a satisfazer os desejos e anseios dos adultos. Essas devoluções trazem sempre a ideia de crianças como mercadorias a serem consumidas.

Tem que se ter em mente as marcas físicas e mentais do abandono e, muitas vezes, do reabandono, da vivência em lares desastrosos, da violência física e psicológica, e da falta de afeto, impostas às crianças institucionalizadas, que em face da sua condição (de ser humano ainda em desenvolvimento), ainda não conseguem proteger-se sozinhas das frustrações e dissabores do mundo.

Ao ser devolvida no curso do estágio de convivência a criança não consegue entender que esse período seria de adaptação, que não deu certo. O sentimento que fica é o de devolução, de reabandono.

O retorno ao abrigo, após uma devolução, a depender da evolução emocional da criança, pode ensejar uma dupla frustração, onde ela se sente culpada por não ter dado certo mais uma vez numa família e, ao mesmo tempo, experimenta o sentimento de vergonha ao retornar ao abrigo após um “fracasso”. Além de “perder” a família, e em geral a esperança em um dia pertencer a uma, a criança também fica estigmatizada, uma vez que a devolução consta em seu histórico, podendo prejudicar uma futura adoção.

7. A DEVOLUÇÃO DE CRIANÇAS NO ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA. ABUSO DE DIREITO OU EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO (POTESTATIVO)?

O art. 187 do Código Civil brasileiro determina que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Portanto, de acordo com o código civilista, para a configuração do abuso de direito, é de ser observada a violação aos limites impostos pelo fim econômico ou social da norma, a transgressão aos limites da boa-fé, ou dos bons costumes. Ao adotar a corrente objetivista (que admite o ilícito sem culpa ou dolo), o CC/2002 destacou o caráter antissocial e anti-funcional do ato, priorizando seu critério finalístico.

Para Farias e Rosenthal (2012, p. 681) o legislador brasileiro teve inspiração no Código Civil Português, que em seu art. 334⁷ aduz que “é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito”.

Em um Estado Democrático de Direito, o que se espera é que as pessoas se comportem não apenas dentro dos limites legais, mas também com respeito aos valores éticos e morais. Portanto, o indivíduo não pode valer-se de um direito com o intuito de prejudicar outrem, tendo a obrigação de agir com responsabilidade, em respeito ao princípio da boa-fé. A visão aristotélica, do “agir de acordo com a regra justa” (ARISTÓTELES, 1984, p. 68) deve prevalecer ao se analisar o exercício de um direito e seu excesso.

O abuso de direito foi elevado à categoria de princípio geral, previsto na parte inaugural do Código Civil, que fixa limites ao exercício dos direitos subjetivos, podendo ser aplicado em todas as esferas do direito, inclusive, no das famílias (REZENDE, 2014, p. 91). Os direitos não são concebidos aos indivíduos apenas para satisfação de seus interesses individuais, sendo imprescindível a observância da sua finalidade social.

A mesma sociedade que reconhece determinado direito ao indivíduo, também o responsabiliza nas hipóteses de excesso, exigindo responsabilidade no seu exercício, dentro do que a sociedade espera. Sendo a norma prevista no artigo 187 uma cláusula geral, não alcança

⁷ Código Civil Português – Decreto-Lei nº 47344, de 25 de novembro de 1966, que pode ser visualizado através do seguinte endereço eletrônico: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075>. Acesso em 29.05.2024.

apenas atos isolados, mas também “uma atividade, como conjunto sistemático e sucessivo de atos” (PIRES, 2018, p. 40).

E dentro dessa diretriz de cláusula geral, consubstanciada no texto constitucional de 1988, o Enunciado 414 do Conselho de Justiça Federal proclama que: “A cláusula geral do art. 187 do Código Civil tem fundamento constitucional nos princípios da solidariedade, devido processo legal e proteção da confiança, aplica-se a todos os ramos do direito”⁸

Nas palavras de Francisco Amaral (2003, p. 550),

O abuso de direito consiste no uso imoderado do direito subjetivo, de modo a causar dano a outrem. Em princípio, aquele que age dentro do seu direito a ninguém prejudica (*neminem laedit qui iure suo utitur*). No entanto, o titular do direito subjetivo, no uso desse direito, pode prejudicar terceiros, configurando ato ilícito e sendo obrigado a reparar o dano.

Analisando o tema, Sílvio Rodrigues assim interpreta o abuso de direito (2003, p. 321):

Acredita-se que a teoria atingiu seu pleno desenvolvimento com a concepção de Josserand, segundo a qual há abuso de direito quando ele não é exercido de acordo com a finalidade social para a qual foi conferido, pois, como diz esse jurista, os direitos são conferidos aos homens para serem usados de uma forma que se acomode ao interesse coletivo, obedecendo à sua finalidade, segundo o espírito da instituição.

Abusa do direito aquele que exerce seu direito desrespeitando a finalidade econômica/social e espírito próprios, de modo contrário às regras sociais (SOUZA, 2017, p. 48).

Aqui a contrariedade do direito não é decorrente, por si mesmo, de uma regra abstrata do ordenamento jurídico. Ela advém do indevido “funcionamento” de um direito, que inicialmente é legítimo, e que se torna ilegítimo quando do seu exercício, sendo a autonomia privada do titular do direito limitada pela função social da regra. Há uma ilicitude de exercício (de um direito).

A sua configuração independe da concreta aferição de dano. Pode ocorrer o exercício disfuncional do direito, mesmo não ocorrendo o dano concreto. O dano apenas é exigido para a configuração da responsabilidade civil, nos termos dos artigos 927 e 944 do Código Civil (GUERRA, 2018, p. 117).⁹

Sobre a terminologia “abuso de direito”, muito se discutiu acerca de sua (im)propriedade. Na perspectiva jurídico formalista, ou se exerce um direito (pelo que não se cogitaria o abuso), ou se está diante da prática de um ilícito, uma vez que “um ato não pode ser, ao mesmo tempo, conforme e contrário ao direito” (SOUZA, 2017, p. 13). Para Planiol, a expressão “abuso de direito” é uma “logomaquia”, uma vez que o homem abusa das coisas, não dos direitos. Ao sair dos limites impostos pela norma, age-se sem direito, uma vez que o direito cessa quando o abuso começa (PLANIOL, 1950, p. 160, *apud* SOUZA, 2017, p.13). No intuito de evitar maiores polêmicas em relação à sua nomenclatura, Alexandre Dartanhan de Melo Guerra sugere o uso da expressão “exercício disfuncional do direito”, ao invés de “abuso de direito”, uma vez que “o abuso de direito é atrelado ao conceito de função no exercício do direito”, “é o exercício contrário ou estranho à função própria da situação objetiva. Daí a sua disfuncionalidade.” (2018, p. 114).

Sobre a configuração normativa do abuso de direito como ato ilícito, segundo Nelson Rosenvald (2004, p. 39):

Para além do tradicional ato ilícito subjetivo, o novo Código Civil desenvolve o ato ilícito objetivo, pautado pelo abuso de direito, como fonte de obrigações (art. 187 CC). Aqui não incide violação formal a uma norma, porém um desvio do agente às suas finalidades

⁸ Disponível em <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/228> . Acesso em 12.07.2024.

⁹ Os artigos 927 e 944 do Código Civil exigem o elemento dano como condição da responsabilização civil, para o dever de indenizar, e não para a identificação do ato ilícito.

sociais (art. 5º da LICC), mediante a prática de uma conduta que ofenda os limites materiais impostos pelo ordenamento jurídico.

Para uma melhor compreensão acerca do abuso de direito e do ato ilícito em sentido estrito, Heloísa Carpena assim esclarece (2003, p. 381):

O que diferencia as duas espécies de atos é a natureza da violação a que eles se referem. No ato ilícito, o sujeito viola diretamente o comando legal, pressupondo-se então que este contenha previsão expressa daquela conduta. No abuso, o sujeito aparentemente age no exercício de seu direito, todavia, há uma violação dos valores que justificam o reconhecimento deste mesmo direito pelo ordenamento. Diz-se, portanto, que no primeiro, há inobservância de limites lógico-formais e, no segundo, axiológico-materiais. Em ambos, o agente se encontra no plano da antijuridicidade: no ilícito, esta resulta da violação da forma, no abuso, do sentido valorativo. Em síntese, o ato abusivo está situado no plano da ilicitude, mas com o ato ilícito não se confunde, tratando-se de categoria autônoma da antijuridicidade.

A ilicitude (material) tipificada no art. 186 do Código Civil retrata a “frontal contrariedade a uma regra e conduta” (ilícito típico). No caso do abuso de direito o ato ilícito (atípico) ali previsto é aquele que não fere a uma regra legal, mas sim aos princípios retratados na lei, marcando o “descumprimento do sentido axiológico de uma determinada norma jurídica” (GUERRA, 2018, p. 118).

A ilicitude do ato abusivo, por sua vez, não está automaticamente vinculada a uma seqüela indenizatória. Pode haver outras consequências, a exemplo da nulidade do próprio ato (efeito invalidante), ou a perda de um direito material ou processual (efeito caducificante).

Não é apenas a lei em sentido estrito que determina o modo de se exercer determinado direito. Os costumes, a solidariedade social, os valores (inspiradores das normas) é que traçam os limites de seu regular exercício.

A Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010, que alterou o Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, a denominada Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, em seu artigo 5º, prevê que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

E o ECA, como importante contribuição para a análise proposta neste capítulo, em seu artigo 6º dispõe que ao interpretar suas normas, deve ser levado “em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.”

Assim, além da observância dos fins sociais, do bem comum, no exercício de um direito disposto na norma estatutária deve ainda ser levado em consideração, antes de tudo, os direitos e garantias da criança enquanto pessoa em desenvolvimento.

Sobre o fim social do Direito, Sergio Cavalieri Filho assim prevê:

Que se entende por *fim social do Direito*? A questão, embora complexa, pode ser assim resumida. Toda sociedade tem um fim a realizar: a paz, a ordem, a solidariedade e a harmonia da coletividade - enfim, o bem comum. E o Direito é o instrumento de organização social para atingir essa finalidade. Todo direito subjetivo está, pois, condicionado ao fim que a sociedade se propôs. (2012, p. 182).

E no âmbito familiar, o referido autor dispõe:

No campo do Direito de Família, o abuso do pátrio poder (hoje, poder familiar) nos oferece muitos exemplos de exercício do direito com violação da sua finalidade social. Todos sabemos que a finalidade do pátrio poder é proporcionar aos pais a autoridade necessária para poderem educar e prestar assistência aos filhos. Todas as vezes que o pai (ou mãe) usa dessa autoridade para limitar sem razão a liberdade do filho, ou para castigá-lo indevidamente, não usa, mas abusa do poder que a lei lhe confere. (idem, p. 182)

Mas além do fim social, é preciso também a observância da boa-fé enquanto princípio geral do ordenamento jurídico pátrio. A boa fé (objetiva) é um princípio geral do direito, que faz referência a padrões sociais e morais (às práticas de lealdade). O indivíduo tem que exercer seu direito de forma ética, de acordo com o que se espera de uma pessoa de bem, sempre com a cautela, o cuidado de não causar danos a outrem. Afinal, a mesma sociedade que reconhece determinado direito ao indivíduo, também o responsabiliza quando ocorre o excesso, exigindo responsabilidade no exercício do direito nos limites em que a sociedade espera (PIRES, 2018, 40). É ilícito, portanto, o comportamento que não atenta para os deveres de lealdade, de colaboração e de solidariedade (boa-fé objetiva).

O estágio de convivência, como já esclarecido, é o período em que a criança ou adolescente passa a conviver com o pretendente à adoção, servindo de adaptação para o infante no novo lar, e para que os vínculos afetivos iniciados na fase de aproximação se solidifiquem entre eles, resultando na formação de vínculo parental. Ele inicia, em geral, a partir da propositura da ação de adoção pelo interessado, quando é firmado pelo pretendente o termo de guarda para fins de adoção. A etapa de convivência, portanto, inicia com a concessão dessa guarda.

Nessa fase de convivência, muito embora para efeito de caracterização do abuso de direito não seja relevante o grau de consciência do postulante, é de se esperar que os pretendentes, em razão de todo o percurso, de todos os trâmites exigidos por lei, tenham atingido um certo nível de conscientização quanto aos compromissos por eles assumidos quando se propuseram a adotar uma criança.

Ao chegar no estágio de convivência, os candidatos a adoção, por certo, já passaram pelas etapas iniciais (habilitação – que pressupõe necessariamente a avaliação e preparo acerca do instituto da adoção – e cadastramento), participaram de programas de orientação, inclusive com preparação psicológica, pela escolha da criança e pela fase de aproximação. E sendo maiores, capazes, e exaustivamente advertidos acerca das dificuldades que possam vir a surgir no processo de adoção, é inegável que além da ampla consciência das consequências de suas atitudes e escolhas na vida da criança/adolescente envolvido, assumem os riscos de seus atos, ao prosseguir com as etapas, em especial, quando passam a conviver com o infante na construção de uma relação de pai e filho de fato, durante o período de convívio familiar (REZENDE, 2014, p. 95), e cuja finalidade (desse estágio), é o resultado positivo da adoção.

Paralelamente, o art. 47 do ECA, em seu §7º prevê que os efeitos da adoção são produzidos a partir do trânsito em julgado da sentença constitutiva (a exceção nas hipóteses de falecimento do pretendente no curso do processo).

Nesse contexto, e dentro de uma interpretação subsuntiva da norma, seria possível interpretar que a simples desistência da adoção durante o curso do estágio de convivência (iniciado através da concessão da guarda), com a devolução da criança ao estabelecimento institucional seria exercício regular de um direito potestativo dos postulantes? Ou poderia ensejar abuso de direito?

O exercício regular de um direito ocorre quando ele (o direito) é exercido dentro da perspectiva da normalidade, da regularidade, dentro do que se espera como razoável, de acordo com seu fim econômico e social, a boa-fé e os bons costumes. Como exemplo, a correção disciplinar exercida pelos pais e mães em relação aos filhos, quando feita de forma moderada.

Ponderando os interesses tutelados, verifica-se que a principal preocupação do operador do Direito, ao analisar o ato de devolução da criança no estágio de convivência, deverá ser sob o viés do resguardo de sua integridade física e psicológica, que poderá ser, a depender do caso, severamente prejudicada com a nova rejeição, com a experiência do duplo abandono, retornando os sentimentos antes vivenciados com a perda da família natural, e a dúvida se, de fato, alguém será capaz de amá-la.

É claro que é legítimo (e louvável) que alguém procure o Poder Judiciário com a pretensão de adotar uma criança ou adolescente, buscando a formação de uma família em sua plenitude. Porém, é preciso que o faça, que exerça seu direito (legítimo) de acordo com os limites

impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé e pelos bons costumes, sem que cause prejuízo a terceiros, conforme art. 187 do Código Civil.

Não é incomum o fato de que as crianças e adolescentes em processo de adoção criam a expectativa, nutrem a esperança de passarem a integrar uma nova família, e que a partir dali terão pais e uma nova estrutura familiar. Principalmente quando passam a morar na casa, no lar dos pretendentes.

E quando a adoção é frustrada e a criança devolvida à instituição de abrigo, essa devolução poderá se assemelhar ao abandono afetivo, uma vez que o adotante a priva do convívio com a família que ela já se sentia fazer parte, tendo sido levada a acreditar que ao final do processo se integraria totalmente naquele seio familiar (MENDES; ROCHA, 2018, p. 27).

O legislador, ao prever a realização do estágio de convivência, não intencionou proteger através da norma posta a possibilidade de o pretendente a adoção testar se a criança se adequa ou não aos seus interesses individuais. Quem assim pensa e age, extrapola os limites do exercício funcional do direito. É claro que o direito se preocupa com o atendimento ao interesse público, com o respeito aos valores da pessoa humana, com a ética e bons costumes (princípio da eticidade).

O abuso de direito ocorrerá, portanto, sempre que alguém, no exercício de um direito, agir em desacordo com a ética e com os hábitos e valores de determinada sociedade. É um dever genérico de abstenção, de não se comportar de modo diverso ao socialmente esperado.

A criança tem o direito de ser reconhecida como igual aos demais seres humanos, merecedores do mesmo respeito à sua integridade física e psíquica. Ao ser descartada como objeto de consumo, ela tem sua dignidade humana violada na mais ampla acepção.

Para Maria Celina Bodin de Moraes (2004, p. 406),

[...] considera-se, com efeito, que se a humanidade das pessoas reside no fato de serem elas racionais; de serem dotadas de livre-arbítrio e de capacidade para interagir com os outros e com a natureza – sujeitos, portanto, do discurso e da ação -, será “desumano”, isto é, contrário à dignidade humana, tudo aquilo que puder servir para reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto.

Estando a guarda formalizada (para fins de adoção), a conduta de devolver a criança à casa de acolhimento pode restar por tipificar para ela um novo abandono. E a hipótese de reabandono tem potencial de gerar dano (físico ou psicológico e existencial), não podendo a devolução ocorrer por motivos banais, sob o frágil argumento do exercício regular do direito (de desistir), uma vez que a adoção ainda não estaria consumada. Embora a interferência estatal nas relações familiares esteja lastreada no conflito entre os princípios da autonomia da família e da intervenção subsidiária do Estado na esfera privada, o que deve prevalecer é a garantia de proteção integral da criança e do adolescente (MENDES; ROCHA, 2018, p. 36-37).

É indubitável que nem toda desistência da adoção durante o estágio de convivência configurará abuso de direito. De igual modo, nem toda devolução nesse período causará danos às crianças. Há inúmeras ocasiões em que não restará configurado qualquer abuso no ato de desistir e devolver. Há situações em que a criança é quem não se identifica, ou não cria laços afetivos com a família pretendente, manifestando a intenção de não prosseguir com a adoção, apesar de todos os esforços dos adotantes.

Mas se o pretendente, ao assumir a guarda da criança para fins de adoção, não agir de acordo com o que se espera, sem qualquer compromisso ou responsabilidade com a criança e a finalidade assumida, desistindo da adoção, e devolvendo-a para a instituição de acolhimento, pratica um ato ilícito em razão do abuso de direito, podendo ser responsabilizado civilmente se causar danos a ela.

É importante destacar que a possibilidade de revogação da guarda a qualquer tempo prevista no art. 35 do ECA tem o intuito de proteger e resguardar os interesses da criança e do adolescente, afastando-a do risco de sofrer maus-tratos, ou até mesmo de situação de não adaptação com a família pretendente a adoção. Não poderá servir de escudo de proteção para

adultos (maiores e capazes), que se propuseram a adotar uma criança, firmaram termo de guarda com essa finalidade, assumindo, assim, responsabilidades perante o infante, e que depois se arrependeram de forma irresponsável.

Logo, o ato abusivo (ilícito) que pode gerar a reparação não é o ato em si da desistência de prosseguir no processo de adoção com a consequente devolução da criança à casa de acolhimento (desde que previamente autorizada judicialmente), mas a forma, o *modus operandi* como essa conduta se dá, capaz de causar danos à criança/adolescente, em afronta aos seus direitos fundamentais. A adoção não se trata de uma aventura, e as crianças não são objetos disponíveis para testes.

O estágio de convivência não pode servir para viabilizar a vivência de um novo abandono. É até esperado que surjam dificuldades nesse processo de adaptação, mas deve haver total empenho, paciência, comprometimento e responsabilidade por parte dos adultos, de forma a superarem os obstáculos iniciais na construção dos elos afetivos sedimentadores da filiação.

Afinal, ao longo do processo de adoção é exigido dos adotantes a observância aos princípios da confiança e da boa-fé. Para Maria Berenice Dias, a boa-fé (subjetiva e objetiva) encontra fundamento no dever de confiança. E a boa-fé objetiva (que diz respeito a confiança no outro), está ligada à noção de lealdade e respeito à expectativa alheia (2013, p. 79).

O abuso de direito tem indiscutível base constitucional, ainda que de forma indireta, uma vez que sua repressão pode ter o objetivo de preservar a dignidade da pessoa humana (no caso em análise, na figura da criança, enquanto ser humano vulnerável, dado o seu incompleto estágio de desenvolvimento).

Portanto, utilizando a ponderação das normas, princípios, bens e valores envolvidos, em especial à luz da doutrina da proteção integral, é possível verificar que se os pretendentes ao longo do processo de adoção não se comportam com boa-fé, atuando sem observância dos fins sociais do instituto, e desistem de adotar, abandonando a criança no abrigo, sem qualquer respeito às suas garantias protetivas, à sua dignidade humana, não agem no exercício regular de um direito (potestativo) e sim, cometem um ilícito funcional, abusando do direito (em razão do rompimento dos limites impostos pela lei), ensejando a obrigação de reparar civilmente pelos danos causados. Sopesados os direitos envolvidos, o de desistir da adoção e devolver a criança no estágio de convivência (direito potestativo) sem a observância dos fins sociais das normas e da boa-fé e bons costumes, e o da dignidade da pessoa humana da criança adotanda contra quem havido o abuso, não pode prevalecer a mera liberalidade do pretendente, vez que o peso maior é o direito fundamental da criança a ser protegido.

8. A RESPONSABILIDADE CIVIL COMO UMA DAS CONSEQUÊNCIAS DECORRENTES DA DEVOUÇÃO DE CRIANÇAS

Com a alteração do olhar sobre as crianças, agora como sujeitos de direitos enquanto seres humanos em desenvolvimento, a responsabilidade civil nos casos de processos de adoção frustrados passou a ter, também, um novo horizonte.

A ideia de responsabilidade já vem na própria origem da palavra, do latim *respondere*, que significa responder, prometer em troca, garantir. Traz em seu significado a própria noção de Justiça que prevalece no grupo social, traduzida no dever moral de não prejudicar o outro (STOCCO, 1999, p. 59).

O significado de responsabilidade está ligado a uma obrigação resultante da ocorrência de um fato jurídico em sentido amplo. E o respaldo dessa obrigação, no campo jurídico, está no princípio fundamental da “proibição de ofender.” Para o Direito, a responsabilidade é uma “obrigação derivada – um dever jurídico sucessivo – de assumir as consequências jurídicas de um fato” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 46-47).

O sistema brasileiro adotou como regra geral a teoria subjetivista (que defende ser a responsabilidade civil decorrente do dano causado em função de um ato culposo ou doloso),

embora não tenha abandonado a objetiva (baseada no risco da atividade exercida pelo agente, exigindo-se apenas o nexo causal entre a conduta e o dano para que surja a obrigação indenizatória), conforme parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, ao prever que “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.”

A responsabilidade civil, que tem como função a tutela dos interesses protegidos pela ordem jurídica (BAPTISTA, 2003, p. 69), originariamente previsível no campo do direito das obrigações, ao longo dos anos vem tendo seu escopo ampliado para outras áreas. Uma delas é direito das famílias. E apesar de não ter previsão legal específica, no campo Familiarista a responsabilidade civil encontra amparo na doutrina e na jurisprudência, em que pese a controvérsia antes existente sobre a questão.

A Constituição Federal colocou a família em local de destaque, como base da sociedade. E nesse panorama, é dever do Estado fiscalizar a proteção atribuída à família, notadamente no intuito de proteger a criança de quaisquer violações aos seus direitos, podendo até suspender ou excluir o poder familiar, afastando o infante do convívio com os pais e/ou familiares na hipótese de riscos à sua integridade.

Na ideia clássica da responsabilidade civil a regra geral é a verificação de três elementos indispensáveis: o ato ilícito; o dano e o nexo de causalidade. É o que se extrai dos artigos 186 e 927 do Código Civil:

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

Da letra fria das normas básicas da responsabilidade civil, portanto, é possível entender que, em regra, surge a obrigação de indenizar sempre que um dano for causado por alguém que agiu de forma ilícita. Contudo, na prática, é comum a mitigação de algum desses requisitos (ato ilícito, dano e nexo de causalidade), persistindo vários fundamentos para o dever de indenizar.

O ato ilícito é um ato, um comportamento, uma conduta antijurídica, que pode ser praticada por ação, omissão voluntária, negligência ou imprudência (art. 186 do CC/2002). É o ato praticado com desvio de conduta, daquilo que se espera do comportamento do homem médio. Para a existência de um ato ilícito é preciso que ocorra uma ação (positiva ou negativa), e que essa ação viole a ordem jurídica, penetrando na esfera de outrem (STOCCO, 1999, p. 63).

O dano (patrimonial ou extrapatrimonial)¹⁰ se caracteriza como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, independentemente de sua natureza, seja patrimonial, seja um bem que integre a própria personalidade da vítima (CAVALIERI FILHO, 2012, 77). Danos materiais “são os prejuízos de natureza econômica”, e danos extrapatrimoniais (ou imateriais) os “ocorridos na esfera da subjetividade, ou no plano valorativo da pessoa na sociedade, alcançando os aspectos mais íntimos da personalidade humana” (THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 2).

Para Sergio Cavalieri Filho (2012, p. 76-77) o dano é o grande vilão da responsabilidade civil, e cuja ausência afasta a obrigação de reparação e indenização, ainda que tenha a conduta do agente sido culposa ou dolosa:

Indenização sem dano importaria enriquecimento ilícito; enriquecimento sem causa para quem a recebesse e pena para quem a pagasse, porquanto o objetivo da indenização, sabemos todos, é reparar o prejuízo sofrido pela vítima, reintegrá-la ao estado em que se encontrava antes da prática do ato ilícito. E, se a vítima não sofreu nenhum prejuízo, a toda evidência, não haverá o que se ressarcir. Daí a afirmação, comum praticamente a

¹⁰ Sergio Cavalieri Filho entende mais apropriada a denominação de dano imaterial, ou não patrimonial (como ocorre no direito português), por estender sua tutela a todos os bens personalíssimos, tal como honra, liberdade, saúde, integridade psicológica, dentre outros (2001, p. 74-75).

todos os autores, de que o dano é não somente o fato constitutivo mas, também, determinante do dever de indenizar.

Não é possível atrelar a responsabilidade civil sem vinculá-la a lesão de um interesse juridicamente protegido, podendo ensejar na perda ou danificação de uma coisa, ou em ofensa a integridade física, moral e psíquica de alguém (BAPTISTA, 2003, p.44).

O nexo de causalidade, por sua vez, é a relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o dano sofrido. É necessário que o dano imposto seja resultado do ato (ou omissão) do agente a quem se busca responsabilizar. É o efeito entre a conduta e o mal sofrido.

Em resumo, partindo dos pressupostos da responsabilidade civil, caberá a obrigação de indenizar se demonstrada, em regra, a existência de uma conduta antijurídica, do dano, e do nexo de causalidade.

A culpa, embora sugestiva no dispositivo legal (no art. 186 do CC/2002 através dos termos “ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência”), não é pressuposto geral da responsabilidade civil. Apesar do elemento subjetivo culpa ter sido valorizado por muito tempo como pressuposto da responsabilidade civil, atualmente se reconhece não ser ela mais essencial, sendo apenas um elemento possível, dentre tantos outros (USTÁRROZ, 2018, p. 28).

Com a reviravolta ocorrida no âmbito da interpretação do Direito Civil nas últimas décadas, com maior ênfase a partir da CRFB/88 (enquanto norma hierarquicamente superior no ordenamento jurídico brasileiro), o intérprete do direito não se limita mais apenas à aplicação da regra específica ao fato posto, mas a uma avaliação condizente com os diversos valores e princípios envolvidos.

O princípio da dignidade da pessoa humana, ao ser elevado ao topo de todo o sistema jurídico, definiu a predominância das situações jurídicas existenciais sobre as patrimoniais, embora essa mudança de paradigma ainda não tenha se realizado completamente (MORAES, 2006, p. 233-234). O mesmo pode ser observado no campo da responsabilidade civil.

Inegável que o convívio social gera danos, que nem sempre são passíveis de reparação. Contudo, é de se esperar que o ser humano, dotado de escolhas, de discernimento, possa responder por seus atos que causem prejuízos a outrem, ainda que omissivos. E essa resposta deve ser proporcional ao dano sofrido.¹¹

Em resumo, partindo dos pressupostos da responsabilidade civil, caberá a obrigação de indenizar se demonstrada a existência de uma conduta antijurídica, do dano, do nexo de causalidade. A responsabilidade civil surge sempre que há uma perturbação, um disfuncionamento no ordenamento jurídico.

No ordenamento pátrio há previsão de danos indenizáveis decorrentes de condutas lícitas (a exemplo de quem age por estado de necessidade ou legítima defesa), ou na hipótese de responsabilidade objetiva, quando não se apura a ocorrência de culpa, uma vez que a obrigação de reparar, nesse caso, decorre de determinação legal, ou do risco da atividade desenvolvida pelo agente causador da lesão.

No caso específico de responsabilidade civil decorrente da devolução de crianças às instituições de acolhimento no estágio de convivência, a análise aqui feita considerará a ocorrência de abuso de direito por parte dos pretendentes.

Embora a criança tenha o direito de desenvolver-se de forma saudável junto à sua família natural, nem todas têm esse privilégio. Nem sempre a adoção atende a expectativa de oportunizar às crianças a integração em uma nova família, deixando lesões ao longo do caminho. Em razão da complexidade dos anseios e sentimentos humanos, a adoção, por vezes, não traz a satisfação esperada, e cuja frustração pode culminar na devolução de crianças adotadas (ou em processo de adoção e que já se encontram inseridas no seio familiar) aos abrigos.

No que diz respeito às adoções já consumadas, de acordo com o ordenamento jurídico pátrio, não há a possibilidade de devolução, uma vez que o art. 39, §1º, do ECA, traz a adoção

¹¹ De acordo com o art. 994 do Código Civil (BRASIL, 2002), “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

como um ato irrevogável, o que poderá caracterizar a devolução aqui tratada como crime de abandono de incapaz (art. 133 do Código Penal brasileiro – Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940).

Infelizmente, a realidade é diversa do que retrata o texto legal. Não são incomuns os casos de abandono de crianças adotadas, entregues aos abrigos.

A hipótese da devolução da criança adotada (adoção consolidada mediante sentença judicial constitutiva transitada em julgado), quanto aos seus efeitos, parece não ter entendimento conflitante tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Sendo a adoção, em regra, irrevogável (art. 39 do ECA), não é possível a desistência da adoção, nem mesmo por acordo entre as partes, uma vez que com a adoção a criança adotada é elevado à condição jurídica de filho, com todos os direitos e garantias inerentes aos filhos biológicos, não podendo haver qualquer distinção.

Havendo o abandono da criança, e sendo irrevogável a adoção, deve haver a responsabilização civil dos pais adotivos pelos danos causados ao infante, sem prejuízo das implicações criminais em razão do abandono de incapaz. No abandono de um filho o descumprimento dos deveres decorrentes do poder familiar causa um dano substancial à criança, uma vez que “o filho se vê privado da convivência e assistência necessárias durante o período de formação da sua personalidade, em que estas são inquestionavelmente essenciais” (ALBUQUERQUE JÚNIOR, 2011, p. 67).

Na situação de abandono de um filho há pela parte dos pais a violação dos deveres parentais, relativos à guarda, à manutenção (alimentos), à criação, à educação, à saúde, dentre outros, ao privar o filho da necessária subsistência. Os filhos, de qualquer origem, não são mercadorias, não sendo permitido ao seu guardião o descumprimento do dever de assistir, criar, educar, além de cuidar pela sua segurança.

O abandono do filho adotado, negligenciado, resta por configurar a hipótese de abandono material, permanecendo a criança com todos os seus direitos preservados, inclusive sucessórios, sendo possível, em última instância, a destituição do poder familiar (penalidade máxima imposta aos pais que negligenciam suas obrigações e responsabilidades com a prole). É o que se observa no art. 24 do ECA, possibilitando o representante legal do Ministério Público a ingressar com ação judicial requerendo a decretação. Contudo, a perda do poder parental não extingue os demais vínculos decorrentes da adoção. E não ocorrendo uma nova adoção, a relação de filiação com os pais adotantes permanecerá, subsistindo, inclusive, a obrigação de sustento (prestação de alimentos).

Para Roberto Paulino de Albuquerque Júnior (2007, p. 71), na teoria dos direitos da personalidade é de ser reconhecida a impossibilidade de desconstituição posterior da filiação socioafetiva (a adoção é uma das espécies), a partir da extinção da convivência, do afeto e da posse de estado de filho.

Portanto, conclui-se que diante da irrevogabilidade da adoção, a desistência da adoção consolidada através de sentença constitutiva transitada em julgado enseja a reparação civil por parte do pai/mãe pelos danos, de qualquer espécie, causados à criança, além das implicações criminais decorrentes do delito de abandono de incapaz. E não é tudo. Também impõe os efeitos caducíficos dispostos no §5º, do art. 197-E, do ECA, que determina a exclusão dos pais dos cadastros de adoção, e na vedação da renovação de sua habilitação (para adoção), salvo decisão judicial fundamentada.

Finalmente, em relação à desistência do processo de adoção, com a consequente devolução de crianças no curso do estágio de convivência, iniciado através da concessão da guarda para fins de adoção, há divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca dos efeitos jurídicos decorrentes.

Quando se analisa a desistência do processo de adoção durante o estágio de convivência (onde há uma disruptura no processo de pré-adoção) com a devolução da criança ao abrigo, pode se partir da premissa (equivocada) de que essa devolução é lícita, possível, e que os

pretendentes desistentes estariam exercendo um direito previsto em lei (exercício regular de direito) sem possibilidade de responsabilização.

Essa devolução, que caracteriza o retorno da criança à instituição de acolhimento, é comumente chamada no Poder Judiciário de “guarda malsucedida”, embora o sentimento comum dessas crianças é de que foram, de fato, “devolvidas”¹² pela família pretendente.

É inegável que a guarda (para fins de adotar) e a adoção desempenham importante papel/função social, concentrando o sujeito num universo de deveres de forma a atender aos interesses da criança. São institutos voltados a assegurar a dignidade da pessoa humana, ao garantir a ela o exercício do direito fundamental ao convívio familiar. Ao acolher, surge para o guardião a obrigação de observar os interesses da criança de forma prioritária.

Apesar da revogação da guarda, muitas vezes, se mostrar a medida menos danosa de forma a evitar que a criança seja mantida num ambiente hostil, onde ela não é mais aceita, isso não resolve o problema e não diminui os danos por ela sofridos. Afinal, ela não pode ser desejada e acolhida num momento, para em seguida ser descartada, tal qual um objeto ou produto defeituoso ou desinteressante.

É em razão de sua vulnerabilidade que a criança é o centro das repercussões jurídicas, devendo ser protegida amplamente. E na hipótese de quebra da confiança conquistada no decurso da guarda, a depender da situação concreta, torna-se possível a imputação de responsabilidade ao agente que abusa dessa confiança causando lesão a criança.

O pretendente a adoção, depois do período de aproximação com a criança escolhida, a qual intenciona (sinaliza tal intenção) tê-la como filho ao trazê-la para o seu convívio familiar, dando início ao estágio de convivência, assumindo os deveres impostos pela guarda judicial aceita, e posteriormente devolvê-la à instituição de abrigo, sem qualquer justificativa significativa ou cautela, mediante uma conduta antijurídica (configuradora de abuso de direito), viola direito de outrem (da criança ou adolescente), causando um dano, o que enseja na obrigação de reparação.

Ao longo da etapa de convívio, os pretendentes devem, além de agir com boa-fé, empreender todos os esforços para fornecer à criança um ambiente familiar adequado, e para que essa fase de adaptação ocorra de forma apropriada. No curso do processo, o que no mínimo se espera dos pretendentes é dedicação, paciência, flexibilidade e empenho para o desfecho positivo (a adoção).

O dano aqui pode ser verificado como uma lesão ao direito fundamental de convivência familiar, à dignidade da criança. Afinal, a devolução injustificada da criança, detentora de direitos, que merece amar e ser amada, tem potencial de gerar danos físicos e psicológicos passíveis de reparação à custa do adotante, vez que configuram uma lesão a sua integridade física e psíquica, a depender das consequências e gravidade, também pode arruinar o seu projeto de vida, e sua vida em relações (o que configurará um dano existencial).

No processo de adoção o estágio de convivência ultrapassa o foco do interesse do adulto, para alcançar a dimensão das garantias de direitos das crianças.

O art. 5º do ECA dispõe que “nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.”

A adoção envolve vocação, vontade interior de desenvolver a maternidade e a paternidade instintivas, pelo real desejo de se ter um filho. Reflete o desejo de constituir família, por decisão madura, dialogada e refletida. (SOUZA, 2001, p. 24).

Não é papel do Judiciário obrigar alguém a amar o outro, mas de reparar as injustiças e ilicitudes dentro dos limites da lei. Ao levar a criança com o compromisso legal de guardá-la, de empreender todos os esforços no intuito de viabilizar o desfecho positivo de sua adoção, na hipótese, o dever de indenizar surge da quebra de um dever jurídico, que protege a dignidade

¹² Como ocorre com as coisas, as mercadorias com vícios.

humana. E qualquer conduta que seja contrária ao exercício dos direitos constitucionais da criança, ou que impute a ela alguma forma de prejuízo, de qualquer ordem, pode motivar a obrigação de reparação. Não é pelo fato de a adoção ainda não estar sedimentada através de uma sentença judicial que os pretendentes podem abusar desse direito/encargo, fazendo mal uso do estágio de convivência para ao final desistir da adoção e devolver a criança/adolescente ao abrigo sem qualquer compromisso com os seus interesses.

É preciso não perder de vista que a responsabilidade do pretendente à adoção não começa com a sentença judicial que concede a adoção, mas a partir do ato volitivo de se cadastrar no processo de adoção, e posterior decisão de obter a guarda da criança para fins de adoção após decorrido o período de aproximação entre eles. Diversamente do que pode ocorrer na filiação biológica, o que se espera é que a adotiva seja planejada, buscada, amadurecida com o tempo decorrente da burocratização de todo o processo, e auxílio de equipe multidisciplinar.

Como já observado anteriormente, não se trata de simples direito potestativo dos pretendentes desistir da adoção no curso do estágio de convivência, devolvendo a criança à instituição de acolhimento. Tal situação (desistência de forma imotivada), independentemente do tempo de duração do estágio, pode configurar abuso de direito, nos termos do art. 187, do Código Civil Brasileiro, ato ilícito, portanto, que ensejará a responsabilidade civil pelos danos que eventualmente causar.

Não é possível entender como direito potestativo assumir o encargo da guarda de uma criança com a finalidade de adoção (para o início do estágio de convivência), fazer surgir nela, já fragilizada por sua própria história de vida, a ilusão do sentimento de pertencimento a uma família (sentimento que se inicia antes da decisão final do juiz, surgindo com a demonstração dos candidatos que a escolheram como filho), para depois, em claro desvio de finalidade, impor um novo abandono, uma nova frustração, uma nova dor através da experimentação do reabandono, além de prejudicar a oportunidade dela (da criança) ao acesso ao direito fundamental à convivência familiar. A (questionada) possibilidade de desistência não exime o pretendente/guardião de agir em conformidade com a finalidade social do seu direito subjetivo, notadamente quando age em abuso de direito, vez que assumiu de forma voluntária e consciente os riscos e dificuldades decorrentes da adoção.

A ilicitude pode ser observada não sob o ponto de vista da (in)observância dos requisitos legais, ou das irregularidades formais, mas do desvio da finalidade da própria guarda para fins de adoção. O termo já insere seu objetivo finalístico: a consumação da adoção ao final do estágio. Não é período de experimentação à disposição dos pretendentes. Trata-se de um poder de agir no interesse de outrem (da criança), nunca em serventia do próprio titular.

É preciso reconhecer a função social da adoção enquanto instrumento de realização da dignidade humana das crianças, de forma a proporcionar a vivência do seu direito fundamental ao convívio familiar. E o estágio de convivência é uma etapa no alcance desse fim, não podendo ser utilizada para finalidades egoístas dos pretendentes.

A devolução imotivada, ou fundada em motivos fúteis, inconsequentes, dissociados daqueles esperados por aqueles que se inserem num processo de adoção de uma criança, e sem prejuízo da percepção de danos de outras ordens, pode gerar para ela um dano à sua situação existencial, ao causar a perda da oportunidade de adoção, retardando ou inviabilizando uma nova oportunidade, frustrando seu direito ao convívio familiar. Também pode revelar prejuízos materiais, ao impor à criança, muitas vezes, a perda da oportunidade de estudar em escola de qualidade, usufruir de plano de saúde, de conforto, de uma alimentação melhor, de lazer e, por que não, de relações de afeto e amor.

Esse fenômeno social da devolução deve ser analisado pelo Poder Judiciário principalmente sob o prisma dos princípios da solidariedade e da dignidade humana dessas crianças.

Um dos problemas da responsabilização na adoção frustrada é a ausência de normatização específica para a hipótese¹³, dando margem para o entendimento (equivocado) de que a desistência no curso do processo seria tão somente o exercício regular de direito. A partir da reunião de todas as regras aplicáveis, com ênfase nos princípios constitucionais que envolvem os direitos das crianças, a jurisprudência, ainda que de forma tímida, vem assumindo importante papel no intuito de coibir os atos atentatórios aos interesses das crianças, com punição para aqueles que, motivados muitas vezes por sentimentos egoístas, desrespeitam os interesses dos infantes.

O ECA, ao destacar a proteção integral das crianças/adolescentes, não permite que sofram qualquer violação aos seus direitos, ensejando a punição daqueles que assim proceder (art. 5º), destacando o respeito à sua integridade física, psíquica e moral (art. 17). E no seu art. 18 ainda prevê que é dever de todos zelar pela sua dignidade, mantendo-as a salvo de qualquer tratamento desumano, vexatório ou constrangedor.

Se o pretendente ao longo do processo de adoção age sem boa-fé, sem observância dos fins sociais do instituto, e desiste de adotar a criança abandonando-a no abrigo, sem qualquer respeito às suas garantias protetivas, à sua dignidade humana, ao princípio da solidariedade, e ao seu direito fundamental à convivência familiar, não age no exercício regular de um direito (potestativo), e sim, comete um ilícito funcional, abusando do direito (em razão do rompimento dos limites impostos pela lei), ensejando a obrigação de reparar civilmente pelos danos causados à criança.

9. A FORMA DE REPARAÇÃO DOS DANOS DECORRENTES DA DEVOUÇÃO DE CRIANÇAS

Como ainda não há regra legal específica para punir situações de devolução, a questão vem sendo tratada nos Tribunais pátrios (através da construção jurisprudencial) levando-se em conta a responsabilidade civil e a necessidade de reparação do dano através de imposição do dever de indenizar.

Em alguns julgados sobre a matéria o Poder Judiciário entendeu pela possibilidade legítima de desistência do processo de adoção durante o estágio de convivência. Noutros, quando restar evidenciado que o insucesso no desfecho favorável no processo de adoção se deu em razão de negligência ou imprudência dos adotantes, ou quando a devolução é decorrente de abuso de direito por parte dos adotantes, e que essa atitude (de devolver) resultou na violação de direito indisponível da criança, o arbitramento de indenização por danos é medida que se impõe.

Mas uma indenização financeira certamente não consegue fazer retornar ao *status quo ante*. Não reparará na totalidade o mal que o reabandono causou. Então, qual seria a finalidade preventiva numa indenização financeira, uma vez que pagar com dinheiro não desfaz ou conserta o que não pode ser consertado?

Segundo Anderson Schreiber (2015, p. 32-33):

¹³ Há atualmente em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 1048, de 2020, de iniciativa do Senador Major Olímpio, para alterar o ECA, acrescentando ao art. 197-E, em seu §5º, dois incisos, no sentido de impor ao desistente do processo que devolve a criança ou adolescente no curso da guarda para fins de adoção, ou após o trânsito em julgado da sentença de adoção, o custeio “do tratamento psicológico e/ou psiquiátrico recomendado para a criança ou o adolescente por equipe interprofissional ou multidisciplinar determinada pela Justiça da Infância e da Juventude”; o dever de custear mensalmente à criança ou adolescente até a sua maioridade civil, o valor equivalente a 1/5 (um quinto) do salário mínimo vigente, que deverá ser depositado em uma conta poupança em nome do adotando, que só poderá ser acessada após a criança ou adolescente atingir a maioridade civil”, além do “dever de reparação dos danos morais causados à criança ou ao adolescente, fixado pela Justiça da Infância e da Juventude, que será depositado em favor da criança ou adolescente em uma conta poupança em nome do adotando, que só poderá ser acessada após a criança ou adolescente atingir a maioridade civil”, como expressão legítima do legislador com a prática nefasta da devolução de crianças.

Quem sofre um dano à honra, à privacidade, à integridade física nunca será plenamente reparado com uma quantia monetária. São bens diversos por natureza e incomparáveis na sua importância. O dinheiro se mostrará sempre insuficiente. Os juristas, entretanto, acostumaram-se com essa insuficiência, repetindo, a todo tempo, que o dano moral não é “reparado” pela indenização atribuída à vítima. Contra esse muro erguido artificialmente entre a “reparação” e a “compensação”, chocam-se todas as tentativas de avanço.

Advogados, defensores públicos e, especialmente, juízes não deveriam contentar-se com essa construção. Se é certo que o dano à personalidade da vítima não pode ser inteiramente reparado, isso não isenta o jurista de buscar todos os meios para chegar mais perto possível de uma reparação integral. Nada justifica o imobilismo que tem imperado nesse campo. A postura revela-se ainda mais grave a partir da constatação de que oferecer à vítima unicamente uma indenização pecuniária não significa apenas atribuir-lhe um remédio insuficiente para reparar o dano moral sofrido, mas também dar margem a uma série de efeitos negativos que decorrem da exclusividade da resposta monetária.

Em primeiro lugar, a manutenção de um remédio exclusivamente pecuniário para a reparação dos danos extrapatrimoniais induz à conclusão de que a lesão a interesses existenciais é a todos autorizada, desde que o ofensor esteja disposto a arcar com o “preço” correspondente. Assim, em uma construção mesquinha, mas rigorosamente lógica, concluir-se-ia que, se a consequência do dano moral é apenas uma indenização em dinheiro, quem tem patrimônio suficiente para arcar com a indenização pode causar danos morais à vontade.

De fato, sob o viés do dano moral, a lesão imposta com a devolução da criança viola seus direitos da personalidade e, por essa razão, tal lesão não pode ensejar reparação, pois não podem ser (os direitos da personalidade) mensurados de forma econômica. A indenização terá aqui, sempre, função compensatória, apesar de haver quem veja também a função punitiva. Ao julgar uma demanda indenizatória respaldada em violação aos direitos da personalidade, o julgador deve valer-se do princípio da proporcionalidade, considerando que são “os direitos atingidos muito mais valiosos que os bens de interesses econômicos, cuja lesão leva à restituição” (LÔBO, 2003).

Há uma tendência mundial no aumento da proteção dos interesses imateriais da pessoa, não apenas em relação aos danos morais, mas a toda e qualquer lesão imaterial que tenha relevância para o livre desenvolvimento da personalidade do ser humano, seja em relação à sua integridade física, ou estética, seja quanto às suas atividades realizadoras, capaz de tornar sua existência plena (SOARES, 2009, p. 39-40).

Ser exposto ao reabandono não é o mesmo que ter seu nome inserido em cadastros restritivos de crédito. É preciso que o Poder Judiciário se atente para essa espécie de conduta, que tem potencial para causar danos permanentes na criança, que possui um arcabouço legislativo de proteção dada a sua vulnerabilidade enquanto pessoa, enquanto ser humano em formação, em desenvolvimento.

Nas palavras de Elaine Buarque,

Uma das missões da doutrina da reparação dos danos é estudar, analisar e encontrar novos critérios e técnicas de reparação, que não seja a da valoração meramente economicista, resultante da soma matemática entre o dano emergente e os lucros cessantes. Há muitos outros valores não econômicos que vêm sendo objeto de pedido de tutela, diante da nova profundidade ou extensão de danos não previstos pelo legislador, mas que surgem diante e derivadas da fluidez da modernidade, valores que transcendem a mera utilidade e passam a um só tempo, com um só dano, a provocar lesões infindáveis à pessoa, no seu espaço, no tempo e diante das demais pessoas com as quais convive. (2017, p. 81).

É preciso pensar em formas alternativas mais amplas de proteção às pessoas, inclusive com a participação da sociedade na administração dos danos, já que a resposta não deve se limitar

a um valor pecuniário, uma vez que a reparação não visa apenas o ressarcimento, mas principalmente o bem-estar da sociedade (USTÁRROZ, 2018, p. 31).

A reparação do dano deve respeitar os princípios próprios do direito das famílias, considerando a repersonalização, não sendo apropriado utilizar os mesmos critérios indenizatórios criados para proteger as situações patrimoniais, para as relações familiares (ALBUQUERQUE JÚNIOR, 2011, p. 66-67). Paralelamente a isso, ainda hão de ser ponderados os aspectos peculiares e as consequências de cada espécie de dano imposto.

De fato, o pagamento de indenização, por si só, não restaurará o prejuízo causado pelo dano imaterial. Mas pode, de certa forma, amenizar a dor. Embora o aspecto pedagógico, nesses casos, tenha maior importância que o caráter punitivo nas indenizações, a reparação também traz a possibilidade de amparar a vítima pelo dano sofrido. E do ponto de vista do causador do dano, pode se mostrar como medida profilática, de forma a fazê-lo repensar acerca de sua conduta e nos direitos que foram violados.

No caso da devolução de crianças a legislação já traz, mesmo que timidamente, medida profilática e preventiva, ao ditar no §5º, do art. 197-E, do ECA, a regra da exclusão dos cadastros de adoção e da vedação de renovação da habilitação daquele pretendente que desiste no curso da guarda para fins de adoção, ou daquele que devolve a criança ou adolescente depois do trânsito em julgado da sentença de adoção, sem prejuízo de outras sanções.

Apesar de, muitas vezes ser vista com cautela a imposição de responsabilização pela desistência em razão do entendimento de que decisões judiciais nesse sentido podem amedrontar ou distanciar os pretendentes à adoção, prejudicando principalmente a busca por crianças e adolescentes maiores, essa visão ainda está centrada no causador do dano, deixando de lado quem de fato importa, a parte vulnerável lesada. Por certo, esse temor (de que a punição distanciará pretendentes à adoção) não pode afastar a responsabilidade daqueles que violam os direitos das crianças e adolescentes, tratando-os com absoluta falta de prioridade.

Responsabilizar também é importante para a formação de uma cultura de reponsabilidade no campo existencial. É preciso ter maior cuidado com o outro, especialmente quando esse outro é uma criança, presumidamente vulnerável e que detém proteção integral, com sua dignidade e integridade física e psíquica protegida em grau máximo, portanto.

Para viabilizar uma teoria inteligível da responsabilidade familiar, é preciso que seja abandonada a velha metodologia, dando ênfase no que o direito contemporâneo apresenta como alternativa. E a melhor forma de tutelar a vítima é a preventiva.

Assim, aplicando um juízo de ponderação, o julgador, ao lado da imposição monetária, pode impor obrigações de meios não pecuniários a fim de compensar efetivamente o dano causado. No caso dos danos decorrentes da devolução da criança à instituição de abrigo, decorrente da desistência injustificada e abusiva da adoção ao longo do estágio de convivência, há decisões determinando, por exemplo, o pagamento de pensão alimentícia até que a criança/adolescente atinja a maioridade, ou de tratamento psicológico e psiquiátrico de forma a auxiliar na superação dos traumas.

Sem prejuízo da obrigação do pagamento de indenização pelos danos morais e/ou existenciais causados, podem ser acrescidas obrigações materiais, como é o caso de pagamento *in natura* de profissionais de saúde e despesas com educação, até que a criança/adolescente atinja a maioridade, o que lhe possibilitará a minimização dos danos que lhes foram impostos, além de buscar lhe garantir uma vida melhor.

10. CONCLUSÃO

O artigo tem como objetivo analisar as devoluções de crianças, em processo de adoção, às instituições de acolhimento, no curso do estágio de convivência, e se o ato de desistir da adoção nesse momento pode ser considerado como abuso de direito por parte do pretendente adotante, ou se configurará apenas o exercício regular de um direito (potestativo).

Uma sociedade ideal é aquela onde todos buscam o bem comum de seus membros, agindo de forma a diminuir as desigualdades. Não é diferente dentro do núcleo familiar.

O reconhecimento dos direitos fundamentais das famílias e dos indivíduos que a integram ocorreu gradativamente. Porém, uma mudança de forma substancial ocorreu a partir da Constituição Federal de 1988, que trouxe a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, a concepção de filiação também foi transformada, sendo proibida qualquer forma discriminatória entre os filhos, restando garantida a igualdade entre eles, independentemente da origem (art. 227, §6º, da CRFB/88). Houve o reconhecimento da criança e do adolescente como sujeito de direitos, enquanto seres humanos em processo de desenvolvimento, com absoluta prioridade no atendimento de suas necessidades, em razão da sua proteção integral e de seu melhor interesse.

Atualmente a adoção, que é medida excepcional, única e irrevogável, é voltada para atender as necessidades das crianças e adolescentes, que necessitam de um ambiente familiar saudável, para que possam se desenvolver plenamente, estabelecendo vínculo definitivo de filiação entre a criança e o pretendente, com base em laços afetivos. Ela corta os laços da criança com a família biológica, à exceção dos impedimentos matrimoniais, e cria novo vínculo lastreado na afetividade.

A adoção pelo cadastro (pelo Sistema Nacional de Adoção) é precedida de várias etapas. E antes do processo de adoção propriamente dito, há o processo para habilitação dos interessados em adotar, onde os pretendentes são preparados e avaliados, no intuito de verificar a aptidão para assumirem as responsabilidades da filiação que advirá com o processo adotivo, e identificar situações de risco para as crianças. Nesse período há o suporte técnico das equipes interprofissionais do Poder Judiciário, que acompanham os interessados e as crianças, de forma a dar toda a assistência necessária ao logo do processo.

Todavia, mais importante que os procedimentos impostos pela lei para o sucesso da adoção é a preparação dos envolvidos, para enfrentar os desafios e lidar com as peculiaridades da filiação adotiva, em especial, desconstruindo a imagem do filho idealizado, perfeito, para dar espaço à percepção da criança/adolescente (filho) possível, real.

Após a etapa de avaliação e preparação dos candidatos e das crianças, inicia a fase de aproximação, que ocorre geralmente dentro dos muros das instituições de acolhimento, para logo em seguida dar início ao período de convivência. O estágio de convívio, que possibilita o exercício do direito fundamental da criança a vivência familiar, e é caracterizado como fase de adaptação dela à nova família, objetivando que os envolvidos possam se conhecer melhor, e estruturar as bases afetivas que os une.

Em regra, para que tenha início ao estágio de convivência, o pretendente é orientado a ingressar com a ação de adoção para início do período de convívio. Esse estágio inicia com a concessão da guarda da criança para fins de adoção, sendo firmado pelo interessado em adotar o respectivo termo formal. A guarda para fins de adoção, diferentemente da guarda provisória, permite, por exemplo, à guardiã, beneficiar-se da licença-maternidade.

Apesar de todas as benesses para as crianças que o instituto traz, na realidade posta nem sempre é o retrato de felicidade e sucesso para os meninos e meninas envolvidos. Com certa frequência ocorrem adoções malsucedidas, onde elas são devolvidas às instituições de acolhimento. Contudo, esse insucesso pode decorrer de vários fatores, não sendo obrigatoriamente decorrente de ação dos pretendentes ou do Estado. Pode ser ocasionado também, por exemplo, pela falta de vinculação afetiva da criança com os pretendentes, ou pela não adaptação a nova vida com a família substituta. Cada caso tem suas especificidades.

Mas independentemente do motivo do fracasso, as devoluções podem ocasionar danos às crianças em face do novo abandono a elas imposto. O reabandono vivenciado, e o conseqüente retorno indesejado ao abrigo pode, além dos danos físicos e psíquicos, pode frustrar seu projeto de vida e sua vida em relações (danos existenciais), reverberando efeitos

potencialmente lesivos a esses menores de forma duradoura, que os acompanham pela vida, por toda a sua existência.

Com o início do estágio de convivência as crianças criam expectativas de que já estão sendo adotadas, e que aquela família interessada, aquele novo lar, já lhe pertence. Nutrem a esperança de passarem a integrar uma nova família, e que a partir dali terão pais e uma nova estrutura familiar. E quando a adoção é frustrada e ela é devolvida, essa devolução poderá se assemelhar ao abandono afetivo, uma vez que o adotante priva a criança do convívio familiar que ela já se sentia fazer parte, tendo sido levado a acreditar que ao final do processo se integraria totalmente naquele seio familiar.

Da parte do pretendente, ao assumir as responsabilidades da guarda para fins de adoção, é de se esperar que em razão de todo o percurso até o início do estágio de convivência, já tendo sido preparados, avaliados e orientados sobre todas as fases e dificuldades no processo, assumem os riscos de seus atos. O estágio de convivência não é período de testagem para que os pretendentes possam testar a vida com a criança, como se faz com uma mercadoria. O pretendente, ao assim agir, em desacordo com a ética, com os hábitos, com os fins esperados, com os valores sociais, causando danos às crianças em face do reabandono, pode incorrer em abuso de direito, não sendo a devolução no curso do estágio de convivência o simples exercício de um direito regular, por tratar-se de um exercício disfuncional do direito (de desistir da adoção, de devolver). Afinal, o estágio de convívio familiar foi concebido sob a ótica da preservação dos interesses da criança. E a repressão ao abuso de direito tem o objetivo de resguardar a dignidade da pessoa humana.

Em relação aos seus efeitos jurídicos, nos casos de adoção já consumada, sendo ela irrevogável a devolução da criança configura ainda o crime de abandono de incapaz, tipificado no art. 133 do CPB.

Por fim, quanto à forma de reparação dos danos decorrentes da devolução de crianças, quando restar evidenciado que o insucesso no desfecho favorável no processo de adoção se deu em razão de negligência ou imprudência dos adotantes, ou quando a devolução for decorrente de abuso de direito por parte dos adotantes, e que essa atitude (de devolver) resultou na violação de direito indisponível da criança, o arbitramento de indenização por danos, ao lado de outras punições alternativas, é medida que se impõe.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino. **A Filiação Socioafetiva no Direito Brasileiro e a Impossibilidade de sua Desconstituição Posterior**. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, Síntese/ IBDFAM, nº 39, dez/jan. 2007.
- ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino. **Ensaio introdutório sobre a teoria da responsabilidade familiar**. *Revista Advocatus Pernambuco*. Ano 4, março 2011, n.6. Publicação da ESA/PE, p. 64-74. Disponível em: <https://esape.com.br/files/bibliotecas/cdf07e62b3b70f275184ccc42baebf81.pdf> Acesso em: 29.10.2022.
- AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 5.ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.
- BAPTISTA, Silvio Neves. **Teoria Geral do Dano: De Acordo com o Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo, Atlas, 2003.
- BUARQUE, Elaine Cristina de Moraes. **Dano existencial: para além do dano moral**. 2017. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal de Pernambuco. Recife: 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/27899>. Acesso em: 27.06.2021.
- CAHALI, Youssef Said. **Dano Moral**. 4ª ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo, Editora Revista do Tribunais, 2011.

- CARPENA, Heloísa. **O abuso do direito no Código de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional.** In A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil-constitucional. Coordenador Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2003.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil.** 10ª ed., São Paulo: Atlas, 2012.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 9ª ed. revista, atual. e ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil.** v. 6. 4.ed. Salvador, Jus Podium, 2012.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 3: responsabilidade civil.** 10. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo, Saraiva, 2012.
- GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello. **Responsabilidade civil por abuso do direito: ensaio por uma compreensão contemporânea do exercício disfuncional do direito.** In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (coord.). Responsabilidade civil: novas tendências. 2.ed. Indaiatuba-SP, Foco, 2018, p.108-127.
- LÔBO, Fabíola Albuquerque. **Devolução de menor adotado.** Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Ano XIII, nº 26, Porto Alegre: Magister, fev-mar 2012, p. 110-128.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Danos morais e direitos da personalidade.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 119, 31 out. 2003. Disponível em: www.jus.com.br/artigos/4445 Acesso em 17.09.2022.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: volume 5: famílias.** 9. Ed., São Paulo, Saraiva Educação, 2019.
- MENDES, Andréa Martins; ROCHA, Kelda Sofia da Costa Santos Caires. **Adoção frustrada: a responsabilidade civil em face da devolução da criança ou adolescente.** Revista da ESMAM, São Luís, v.12, n.14, jul./dez. 2018.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. **A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil.** In: Revista Direito, Estado e Sociedade. v. 9, n 29, jul./dez 2006, p 233-258. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?from%5Finfo%5Findex=11&infolid=29&sid=9> Acesso em 05.08.2022.
- PIRES, Fernanda Ivo. **Honeste vivere: Princípio inspirador da responsabilidade civil.** In: ROSENVALDO, Nelson; MILAGRES, Marcelo (coordenadores). Responsabilidade Civil: novas tendências. 2ª ed., Indaiatuba-SP, Foco, 2018.
- REZENDE, Guilherme Carneiro de. **A responsabilidade civil em casos de desistência da adoção.** Revista Jurídica do Ministério Público do Paraná, ano 1, n.1, dez./2014. Disponível em: https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/mppr/revista_juridica_mppr_n01_2014.pdf Acesso em 27.11.2021.
- RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil – Parte Geral.** Vol. 1, 33ª ed. São Paulo, Saraiva, 2003.
- ROSENVALD, Nelson. **Direito das Obrigações.** 3. Ed. Rio de Janeiro, Impetus, 2004.
- SCHREIBER, Anderson. **Responsabilidade civil e direito de família: a proposta da reparação não pecuniária.** In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (coord.). Responsabilidade civil no direito de família. São Paulo, Atlas, 2015, p. 32-49.
- SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade Civil por Dano Existencial.** Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009.
- SOUZA, Hália Pauliv de. **Adoção é doação.** Curitiba, Juruá, 2001.
- SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes. **Abuso do direito.** Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/167/edicao-1/abuso-do-direito> Acesso em: 23.03.2023.

STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência**. 4 ed. rev., atualizada e ampl. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**. 4ª ed. atual. e ampl. São Paulo, Juarez de Oliveira, 2001.

USTÁRROZ, Daniel. **Responsabilidade civil: questões atuais**. In ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coordenadores). *Responsabilidade Civil: novas tendências*. 2ª ed., Indaiatuba, SP, Foco, 2018, p. 27-33.