

## **ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL EM DECORRÊNCIA DA DESISTÊNCIA DO PROCESSO DE ADOÇÃO**

### **ANALYSIS OF CIVIL LIABILITY AS A RESULT OF THE WITHDRAWAL OF THE ADOPTION PROCESS**

#### **Jéssica Jane de Souza**

Pós-graduada em Direito das Famílias e Sucessões pela ABDCONST (2019). Mestranda em Direito no Programa de Excelência do PPGD-UNINTER, Licenciada em Letras pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2012). Professora de Direito Civil na Faculdade de Educação Superior do Paraná (FESP/PR). Advogada. E-mail: jessicasouza.ctba@gmail.com

#### **Bruna**

Bacharel em Direito pela Faculdade de Educação Superior do Paraná (FESP/PR). E-mail: bruna.lenkiu39@gmail.com

**Resumo:** O instituto da adoção é essencial para possibilitar a concretização dos direitos humanos e fundamentais de crianças e adolescentes, privadas do convívio com a família biológica, por diversos fatores, dentre eles o óbito dos genitores e descumprimento dos deveres parentais, todos alheios à sua vontade. Irá se demonstrar no decorrer do trabalho a evolução histórica e legislativa do instituto, maculado com desigualdades, oferecendo tratamento diverso entre filhos por adoção e biológicos. O primeiro marco legislativo no Brasil, estabelecendo os princípios da proteção integral e igualdade entre filhos é a Carta Maior, promulgada em 1988, refletindo inclusive, na denominação e definição do poder familiar, importante para esse estudo. Irá debruçar a presente pesquisa em outro instituto importante do Direito Civil, qual seja, a responsabilidade civil, discorrendo à sua definição e pressupostos. O objetivo superior do presente trabalho é analisar a possibilidade de imputar aos adotantes, desistentes da medida durante o estágio de convivência, a responsabilidade de arcar com os prejuízos causados aos adotandos, em face da forma abrupta que desistem da guarda e conseqüente adoção. Essa hipótese não é vedada pelo ordenamento jurídico pátrio e a jurisprudência não é pacífica quanto ao dever de indenizar. Um ponto importante a se destacar no presente artigo se relaciona com a análise jurimétrica de dados relacionados a medida adotiva, bem como nos processos correlatos a ele.

**Palavras-chave:** Adoção. Desistência. Responsabilidade Civil. Estágio de convivência.

**Abstract:** The adoption institute is essential to enable the realization of the human and fundamental rights of children and adolescents, deprived of living with the biological family, due to several factors, among them the death of the parents and non-compliance with parental duties, all alien to their will. In the course of the work, the institute's historical and legislative evolution will be demonstrated, tainted with inequalities, offering different treatment between children by adoption and biological. The first legislative framework in Brazil, establishing the principles of integral protection and equality between children, is the Major Charter, promulgated in 1988, which also reflects, in the denomination and definition of family power, important for this study. It will look at this research in another important Civil Law institute, namely, civil liability, addressing its definition and assumptions. The main objective of the present work is to analyze the possibility of imputing to the adopters, abandoners of the measure during the coexistence stage, the responsibility to bear the losses caused to the adoptees, in view of the abrupt way that they give up custody and consequent adoption. This hypothesis is not prohibited by the national legal system and the jurisprudence is not peaceful regarding the duty to indemnify. An important point to highlight in this article is related to the juridical analysis of data related to the adopted measure, as well as in the processes related to it.

**Keywords:** Adoption. Withdrawal. Civil responsibility. Coexistence stage. Jurimetric analysis.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar a possibilidade de responsabilizar civilmente o adotante na hipótese da desistência da adoção durante o estágio de convivência.

Esse tema suscita discussão devido ao fato de divergência jurisprudencial e pouca abordagem pela doutrina pátria. O instituto da adoção é crucial para que o Estado cumpra seu dever constitucional de proteção integral das crianças e adolescentes, sendo a família uma instituição basilar para esse feito.

A pesquisa inicialmente abordará os principais aspectos legais que regulam o instituto da adoção, por meio do Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, considerado um dos diplomas mais completos com referência à proteção das crianças e adolescentes.

Na sequência, o estudo analisará a configuração da responsabilidade civil, partindo da análise dos conceitos apresentados em doutrina específica sobre o tema, com intuito de realizar a subsunção do fato da desistência da adoção durante o estágio de convivência aos conceitos abordados.

Por fim, será realizada análise de dados importantes para a pesquisa, no sentido de sustentar o fundamento da necessidade de se responsabilizar aquele que desiste da adoção durante o estágio de convivência e não mede os danos psicológicos causados ao adotando. Trata-se de análise jurimétrica realizada pela Associação Brasileira de Jurimetria (ABJ), publicada no ano de 2014 para verificar o tempo de tramitação dos processos de adoção e outros procedimentos a ele relacionados que podem de certa forma influenciar na desistência do processo de adoção.

## 2. CONCEITO DE ADOÇÃO

Há inúmeras tentativas na doutrina de conceituar o termo adoção, todas elas têm em comum o viés de natureza civil, sendo uma relação ficta, resultante de uma sentença judicial. De acordo com o autor Fábio Ulhoa Coelho (2020):

A adoção é processo judicial que importa a substituição da filiação de uma pessoa (adotado), tornando-a filha de outro homem, mulher ou casal (adotantes). Ela está regida, no direito positivo brasileiro, pela Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA), quando o adotado tem até 12 anos de idade incompletos (criança) ou entre 12 e 18 anos de idade (adolescente) (CC, art. 1.618).

Para constituir o vínculo adotivo é necessário mover um processo judicial e todo o seu trâmite está contido no ECA (Lei 8.069/90), composto por mecanismos que visam a concretização do princípio da proteção integral da criança e adolescente, para garantir os direitos humanos e fundamentais destes.

Já o autor César Fiuza (2016) define adoção como um ato pelo qual:

[...]Juma pessoa deixa de ser filha de alguém, para se tornar filha de outro; ou simplesmente, é o ato pelo qual uma pessoa adquire o estado não biológico de filho. Do ângulo do Direito Processual, a adoção é o processo judicial pelo qual se confere a um indivíduo o estado de filho não biológico de alguém. De todo modo, se a adoção antes tinha o objetivo precípua de dar um filho a quem não tinha, hoje, seu objetivo é, acima de qualquer outro, dar um lar a quem não tem.

Clara é a mudança da função do instituto da adoção, não mais se prestando a satisfazer o desejo dos maiores e capazes de ter um filho, e sim com um olhar voltado para a necessidade de se proporcionar um lar, amor, carinho e assistência a quem foi privado disso pelos pais biológicos.

As tentativas conceituais não se esgotam, algumas mais complexas, outras mais objetivas, como a de Brunno Pandori Giancoli (2016) que compreende o instituto como um parentesco de natureza civil, semelhante da filiação consanguínea, mas independente dos laços de sangue.

A adoção pode ser considerada a última das providências, devendo constituir medida excepcional, conforme previsão legal do art. 31, parágrafo 1º do ECA. Maria Berenice Dias (2016) faz duras críticas concernentes a essa insistência, pois uma vez o filho sendo entregue a adoção, pressupõe-se não possuir a família natural ou extensa condições de dar assistência aquela criança e no caso da retirada compulsória do menor, isso configura a incapacidade dos genitores de exercer seus deveres inerentes ao poder familiar, principalmente o de proteção.

O ECA assegura a igualdade entre os filhos independente da sua origem, sendo biológico ou não, importante progresso somente possível devido a promulgação da Constituição Federal em 1988, inclusive se tratando de direitos sucessórios.

Isto está positivado no artigo 41, do ECA, *in verbis*: “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” (BRASIL, 1990).

Extraí-se desse conceito a existência do rompimento dos vínculos com os pais e parentes biológicos, ressaltando ainda o fato de, após a sentença judicial constitutiva, será lavrado nova certidão de nascimento, constando o nome dos pais e avós por adoção. Nessa perspectiva, Cleyson de Moraes Mello (2017, p. 474) explica que: “a inscrição consignará o nome dos adotantes como pais, bem como dos seus ascendentes. O mandado judicial, que será arquivado, cancelará o registro original do adotado.”

Adoção é medida judicial basilar para se proteger e assegurar os direitos humanos dos adotandos, nítidos são os avanços desse instituto, perpassando por um histórico de desigualdades.

### *2.1 Aspectos legais da adoção no Brasil*

A adoção atualmente é regulada pelo ECA, com alterações dadas pela Lei n.º 12.010/2009 (Lei Nacional da Adoção) e mais recentemente pela Lei n.º 13.509/2017, com vistas a agilizar e aperfeiçoar o referido instituto, alvo de críticas devido à morosidade e burocracia.

Uma relevante modificação promovida pela Lei Nacional da Adoção é o conceito de família extensa, que considera os vínculos de afinidade e afetividade, representando o princípio do melhor interesse da criança e adolescente, visto não só importar os laços de consanguinidade quando da necessidade de coloca-los em família substituta.

Outra alteração considerável, é a criação de cadastros estaduais e nacional de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e de pessoas ou casais habilitados à adoção (art. 50, parágrafo 5º, ECA). Esse cadastro contém informações das crianças e adolescentes aptos a adoção e dos pretendentes, com intuito precípua de agilizar os processos, dando mais efetividade, buscando unificar os dados referentes a esse instituto, auxiliando os Juízes das Varas da Infância e Juventude.

As disposições do Código Civil de 2002, aplicáveis ainda para a adoção dos adolescentes com mais de 18 anos, apresentam à necessidade de acionar o Poder Judiciário para concretização da medida, não podendo ser consumada por procuração.

De acordo com o que preceitua o parágrafo 10º, art. 47 do ECA, o prazo máximo para conclusão da ação de adoção é de 120 dias, podendo ser prorrogada uma única vez, por igual período, mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária. Esses processos tramitam nas Varas de Família (quando envolver maior de 18 anos) e Varas da Infância e Juventude (menores de 18 anos) e possuem prioridade em relação aos demais, visto a importância de se concluir de forma mais célere possível.

A respeito dos requisitos para adotar, estão aptos os maiores de 18 anos, independentemente do estado civil e sexo, quanto as restrições, não podem o tutor ou curador, adotar o tutelado ou curatelado, enquanto não der conta de sua administração e saldar o seu alcance (art. 44 do ECA) e mais, os ascendentes e irmãos do adotando (art. 42, parágrafo 1º do ECA). Ainda, a diferença de idade entre adotante e adotando, deve ser de no mínimo, 16 anos (art. 42, parágrafo 3º do ECA), isso porque, se assemelha com a diferença de uma prole biológica.

O conceito de poder familiar é importante quando da análise do instituto da adoção, pois muitas crianças e adolescentes são disponibilizadas para o fim adotivo, após os pais serem destituídos de tal poder, podendo ser definido como o exercício da autoridade parental, importante esta menção, conforme ensinamentos de Brunno Pandori Giancoli (2016) tal instituto passou por mutações, sendo que hoje se traduz em um poder-função ou direito-dever, porquanto deixou de ser uma prerrogativa do pai para se afirmar como a fixação jurídica do interesse dos filhos.

Dessa forma tal poder é exercido por ambos os pais, sendo que seu descumprimento enseja nas hipóteses para destituição do poder familiar previstas no art. 1.638 do Código Civil de 2002, dentre elas está elencado: deixar o filho em abandono, castigá-lo imoderadamente, entregá-lo de forma irregular a terceiros para fins de adoção, dentre outras possibilidades.

Antes da Constituição Federal de 1988, responsável por estabelecer a igualdade de gênero, a denominação adequada era pátrio poder, remetendo a um poder exercido somente pelo pai, como chefe da sociedade conjugal.

O ECA determina a necessidade de estágio de convivência em período anterior a efetiva adoção, pelo prazo máximo de 90 dias, conforme art. 46, podendo ser prorrogado por igual período mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária. O estágio poderá ser dispensado se o adotando já estiver sob a tutela ou guarda do adotante durante tempo suficiente para que seja possível avaliar a convivência da constituição do vínculo (art. 46, parágrafo 1º, ECA).

Após o término do estágio de convivência, a equipe interprofissional, apresentará laudo fundamentado que recomendará ou não o deferimento da adoção à autoridade judiciária (art. 46, parágrafo 3º A, ECA). No caso de adoção por pessoa ou casal residente ou domiciliado fora do País, a referida etapa deverá ser cumprida em território nacional, por no mínimo, 30 dias.

É obrigatória à atuação do Ministério Público na defesa dos direitos e interesses da criança e adolescente, sob pena de nulidade do feito, de acordo com o art. 202 do ECA. O vínculo de adoção será constituído por sentença judicial, inscrita no registro civil mediante mandado (art. 47, ECA). Em regra, a sentença gera efeitos somente a partir do trânsito em julgado, com exceção da adoção *post mortem*, que seus efeitos retroagem à data do óbito, quando o adotante, após inequívoca manifestação da vontade, vier a falecer no curso do procedimento (art. 42, parágrafo 6º do ECA).

Como a adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, desligando qualquer vínculo com pais e parentes biológicos (art. 41, ECA), ocorre a transferência do poder familiar aos adotantes.

Há também efeitos nos direitos sucessórios, em que o filho por adoção concorre igualmente com os filhos biológicos, conforme art. 41, parágrafo 2º, ECA: “É recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º grau, observada a ordem de vocação hereditária” (BRASIL, 1990).

A adoção é irrevogável (art. 39, parágrafo 1º do ECA) e o adotando tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 anos (art. 48 do ECA).

O deferimento da medida levará em conta a supremacia do princípio do melhor interesse da criança, conforme art. 43 do ECA: “A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos” (BRASIL, 1990).

O ECA ainda estabelece alguns prazos importantes: 120 dias para conclusão da ação de adoção, prorrogável por uma única vez por igual período (art. 47, parágrafo 10º); 48 horas para a autoridade judiciária providenciar a inscrição das crianças e adolescentes em condições de serem adotadas e de pessoas ou casais que tiverem deferida sua habilitação à adoção nos cadastros estadual e nacional; 120 dias para conclusão da ação de destituição do poder familiar.

### **3 RESPONSABILIDADE CIVIL NA DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO**

A responsabilidade civil está tão incutida nas relações sociais como uma premissa de ao praticar todo e qualquer ato, ou nossa própria omissão, pode gerar uma possível reparação na esfera cível à pessoa a quem causamos um dano.

A definição de responsabilidade civil é uma importante construção doutrinária. De acordo com Fábio Ulhoa Coelho (2016): “A responsabilidade civil é a obrigação em que o sujeito ativo pode exigir o pagamento de indenização do passivo por ter sofrido prejuízo imputado a este último”.

Compreende assim, a responsabilidade civil sendo uma faculdade, que possibilita a pessoa ofendida, o exercício ou não, tendo como pressuposto uma ofensa na esfera material ou imaterial.

Acerca da principal classificação da responsabilidade civil, qual seja, subjetiva e objetiva, Fábio Ulhoa Coelho (2016) faz uma distinção concisa da classificação supracitada:

São duas as espécies de responsabilidade civil: subjetiva e objetiva. Na primeira, o sujeito passivo da obrigação pratica ato *ilícito* e esta é a razão de sua responsabilização; na segunda, ele só pratica ato ou atos *lícitos*, mas se verifica em relação a ele o fato jurídico descrito na lei como ensejador da responsabilidade. Quem responde subjetivamente fez algo que não deveria ter feito; quem responde objetivamente fez só o que deveria fazer. A ilicitude ou licitude da conduta do sujeito a quem se imputa a responsabilidade civil é que define, respectivamente, a espécie subjetiva ou objetiva.

A espécie subjetiva se tornou insuficiente como o expoente principal das indústrias e seus aperfeiçoamentos técnicos e a exploração de diversas atividades (como a extração de minérios), quando da sua prática ofertam grandes riscos ao operário/empregado, e até mesmo à sociedade, encontrando dificuldades de provar o dolo ou culpa dos empregadores no caso concreto, necessitando assim da aplicação da responsabilidade civil objetiva.

A espécie objetiva pode ser entendida como o ônus de se praticar uma atividade com ganho expressivo na esfera patrimonial se contrapondo ao risco de exercê-la, principalmente concernente as atividades ambientais, mas não se aplica só nesse caso, também é utilizada

como um mecanismo de proteção nas relações de consumo, consagrada no Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078, de 1990). Tal modalidade está regulada no artigo 927 do Código Civil de 2002.

Marcelo Oliveira Câmara (2018, p. 17), faz referência ao mencionado artigo, ao defini-lo como principal expoente da responsabilidade civil objetiva, sendo uma cláusula geral, ou seja, a responsabilidade civil só será objetiva por determinação legal ou quando a atividade normalmente desenvolvida implicar risco.

Importante é compreender o surgimento da responsabilidade civil relacionado à evolução das interações sociais, abandonando um histórico de reparação utilizando-se da violência (Lei de Talião), compensando-se economicamente, não mais constituindo pena/castigo e sim tendo como âmago o princípio da reparação.

Para ser possível responsabilizar outrem civilmente são necessários alguns pressupostos, sendo eles: a conduta do agente; o dolo ou culpa; o dano e o nexo de causalidade. O ordenamento jurídico pátrio, especificamente no Código Civil (BRASIL, 2002), define ato ilícito como “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”.

Indispensável destacar a configuração de ato ilícito quando o titular de um direito, ao exercê-lo, não observa os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (art. 187, Código Civil de 2002), denominado como abuso de um direito.

Com essa breve explicação, se faz necessária a análise do primeiro pressuposto para responsabilização: a conduta do agente. A conduta não necessariamente é uma ação, chamada de ato comissivo, ela pode ser também uma omissão. Mas, nem sempre quem cometeu a ação ou se absteve dela será responsabilizado, as exceções estão previstas no art. 932 do Código Civil de 2002.

A conduta do agente deve ser necessariamente voluntária e consciente. Em última instância, a imputação de responsabilidade ao culpado pelo evento danoso fundamenta-se na noção da vontade como fonte da obrigação. A ação ou omissão negligente, imprudente ou imperita ou mesmo a intenção de causar dano correspondem a conduta diversa da juridicamente exigível. A exigibilidade de conduta diversa pressupõe pelo menos duas alternativas abertas à vontade (consciente ou inconsciente) do sujeito passivo. Se o devedor agiu como não deveria, o fez por ato de vontade (COELHO, 2016).

Para obter a reparação do dano, a vítima geralmente tem de provar dolo ou culpa *stricto sensu* do agente, segundo a teoria subjetiva adotada em nosso diploma civil. Entretanto, como essa prova muitas vezes se torna difícil de ser produzida, o nosso direito positivo admite, em hipóteses específicas, alguns casos de responsabilidade sem culpa: a responsabilidade objetiva, com base especialmente na teoria do risco (GONÇALVES, 2017).

A culpa e o dolo não se confundem, sendo a culpa consciência da ação, agindo de forma descuidada e dolo consciência de ao agir de determinada maneira, é certo seu fim danoso.

Podemos extrair dessa definição a forma diferente de como a culpa e o dolo são interpretados de acordo com a espécie de responsabilidade civil: objetiva ou subjetiva.

Tão importante quanto aos elementos já estudados, é o dano, pois de acordo com Paulo Roberto Gonçalves (2017): “Sem a prova do dano, ninguém pode ser responsabilizado civilmente. O dano pode ser material ou simplesmente moral, ou seja, sem repercussão na órbita financeira do ofendido”.



Com isso, mesmo o agente agindo de forma contrária ao prescrito em lei, sem danos não é viável cogitar a reparação, pois não houve diminuição alguma na esfera patrimonial ou extrapatrimonial, se contrário fosse constituiria enriquecimento ilícito, sendo isto expressamente vedado pelo ordenamento pátrio.

Os danos podem ser classificados como moral e material. Para Paulo Nader (2016) os danos materiais são passíveis de reparação tanto os emergentes, que desfalcam o patrimônio, quanto os lucros cessantes, aqueles que se deixou de ganhar.

A respeito do dano moral, o mencionado autor, entende ser na prática quando alguém atenta contra os direitos da personalidade, como o nome, a honra, a liberdade, a integridade física, a imagem, a intimidade.

O direito ao dano moral, está positivado na Constituição Federal de 1988, tem como pressuposto o abalo à esfera psicológica do ofendido, de complexa quantificação e mais, possui duas funções primordiais: a reparação pelo dano causado e uma medida visando abstenção do autor e demais cidadãos da prática determinado ato.

O último pressuposto para caracterização da responsabilidade civil é o denominado nexos de causalidade, compreendido como o vínculo entre a conduta do agente e seu resultado. Brunno Pandori Giancoli (2016) explica ser:

[...]um vínculo, uma ligação ou relação da causa e seu efeito da conduta e do resultado, diretamente ou como sua consequência previsível. Todavia, não será necessário que o dano resulte apenas imediatamente do fato ou ato que o produziu. Bastará que se verifique que o dano não ocorreria se o fato ou ato não tivesse acontecido.

O nexos de causalidade decorre de uma lei natural, não possui uma definição legal é semelhante a lógica matemática: se x então y. Não é possível imputar a alguém uma obrigação de indenizar, se não há relação entre a conduta deste com resultado danoso, importante mencionar a existência de hipóteses nas quais ocorre o rompimento do nexos causal.

Os conceitos trazidos até então na presente pesquisa, já podem ser considerados suficientes para viabilizar a análise da responsabilidade civil na desistência da adoção durante o estágio de convivência. Ressalta-se, o pouco comentário sobre o referido assunto na doutrina.

O estágio de convivência se presta a uma medida para avaliar compatibilidade entre o adotando e adotante. O desconhecido por muitas pessoas pretensas a adotar, é a complexidade dessa etapa, requerendo compreensão, pois a adoção prescinde, muitas vezes, de um abandono.

Apesar da desistência da adoção durante o estágio de convivência não constituir ato ilícito, se tornando irrevogável somente após o trânsito em julgado da sentença constitutiva, resta claro ser passível de causar danos psicológicos à criança e adolescente.

Sobre o tema explica o autor Guilherme Carneiro de Rezende (2014, p. 94) que a:

[...]desistência de uma adoção, iniciado o estágio de convivência, é ato que indubitavelmente causa prejuízos nefastos ao adotando, que alimenta em si a esperança de que o ato será levado a cabo. A criança/ adolescente, com a sua pureza, inocência e tranquilidade, não pode esperar algo diverso, sobretudo tendo um histórico de conflitos por conta de uma paternidade absolutamente irresponsável. Não seria capaz de exercer uma reserva mental acerca de seus sentimentos.

Isso se deve ao fato de muitos adotantes, idealizarem a figura do filho perfeito, de uma relação sem qualquer dificuldade, não acontecendo nem com a prole biológica. O processo da adoção muitas vezes é moroso e burocrático, como exposto de forma breve no primeiro capítulo do presente trabalho.

De acordo com Maria Berenice Dias (2017): “Muitas vezes os novos pais não estão preparados para a testagem que os adotados os submetem, pelo medo de serem novamente rejeitadas.” Conforme estudado nos tópicos anteriores do presente capítulo, para ser possível imputar a responsabilização civil é necessário existir conduta, dolo ou culpa, nexos causal e comprovação do dano.

No âmbito da adoção, parece clara a identificação de tais elementos, quando o adotante sem justificativa plausível, desiste de concretizar a adoção durante o estágio de convivência, conduta capaz de causar danos psicológicos irreparáveis para a criança ou adolescente.

Tal hipótese se adequa perfeitamente à responsabilidade civil por abuso de direito, prevista no art. 187 do Código Civil de 2002, já mencionado anteriormente. Nesse viés leciona o autor Guilherme Carneiro de Rezende (2014, p. 94):

Ainda que não se admita a ocorrência de “abandono afetivo” por ausência de laços afetivos entre adotante e adotando (o que se admite apenas para argumentar!), é certo que a famigerada conduta causa abalos no adotando, que ultrapassam o mero dissabor ou aborrecimento, merecendo a devida reparação. Nesta remota hipótese, o aresto acima colacionado serve de reforço retórico à necessidade de se proporcionar ao jovem o retorno ao status quo ante, ou ao menos, minimizar os trágicos efeitos desta “rejeição.

Muitos operadores do direito ainda são resistentes a essa ideia, simplesmente por ser uma possibilidade prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente não sendo assim contrária a lei, mas o próprio termo “devolução” nos parece pejorativo, pois a criança não constitui uma mercadoria, uma vez apresentando um defeito, se opta por devolvê-la a um abrigo, fazendo-a questionar “por quê?”

A adoção deve ser regida, dentro outros princípios, pelo melhor interesse da criança e do adolescente e do princípio da proteção integral da criança, positivado no Estatuto da Criança e do Adolescente. A pretensão adotiva deve ser vista com mais seriedade e ser analisada de maneira reversa: qual dos lados é mais frágil nessa relação?

Importante destacar a “penalidade” prevista no ECA, incluída recentemente, em 2017, pela Lei 13. 509, que dispõe em seu art. 197 E, parágrafo 5º, nestes termos:

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

Mesmo com todas essas previsões o fato é da continuidade da sua ocorrência, sendo qualquer a sua motivação, há o preenchimento dos pressupostos da responsabilização civil: ato ilícito (amolda-se a hipótese de abuso de direito), conduta do agente (necessário aferir no caso em discussão), dano (na esfera moral da criança e adolescente) e nexos de causalidade (o dano psicológico tem relação direta a “devolução” do adotando).

### *3.1 Análise de dados relacionados à adoção*

Para construção do presente tópico foi necessário realizar coleta de dados do site da ABJ, sendo está uma entidade sem fins lucrativos, formada por pesquisadores da área do Direito e Matemática, disposta a investigar e incentivar a aplicação da estatística e da probabilidade no estudo do Direito e suas instituições.

A ABJ realizou um estudo denominado o “TEMPO DOS PROCESSOS RELACIONADOS À ADOÇÃO NO BRASIL – UMA ANÁLISE SOBRE OS IMPACTOS DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO”,



finalizado em agosto de 2014, tratando de uma análise estatística dos dados disponibilizados pelo Poder Judiciário, para verificar a relação entre o tempo de tramitação do processo e a idade de disponibilização das crianças e adolescentes no Cadastro Nacional de Adoção (CNA).

Primeiramente, a análise dos dados coletados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2013, demonstram a porcentagem de somente 7,3% dos pretendentes à adoção aceitariam crianças com idade superior a 5 anos, atualmente o número de pretendentes que estão dispostos a adotar crianças acima de 6 anos de idade é de aproximadamente 17% (CNJ, atualizado em 03/05/2020), analisando sob a ótica reversa, a maioria massiva dos pretensos pais (83%) aceita crianças até a idade referida anteriormente.

Um ponto de extrema relevância desse estudo diz respeito a discrepância entre a idade das crianças disponíveis no CNA e idade pretendida pelos adotantes, por exemplo, 14,8% dos pretendentes aceitam crianças de 0 anos e apenas 0,5% das crianças disponíveis tem essa idade se contrapondo ao dado de 0,1% dos pretendentes aceitam crianças de 15 anos e 11,5% das crianças disponíveis possuem essa idade. Chega-se à conclusão de apenas 28,3% das crianças disponíveis no CNA estariam aptas a serem conectadas com os pretendentes.

Ainda quanto à idade da disponibilização no CNA, cerca de 85% das crianças são colocadas para adoção quando estão com mais de 5 anos. Essa disponibilização se deve a muitos fatores, não só o abandono, como o óbito dos genitores.

Indaga-se se esse reflexo se deve ao processo de adoção em si ou aqueles a ele relacionados. Os resultados dessa pesquisa utilizam a base de dados do CNA, do Cadastro Nacional de Crianças e Adolescentes Acolhidos (CNCA) e dos Tribunais de Justiça brasileiros, além de informações preenchidas pelos pesquisadores da ABJ, pelos entrevistados especialistas e o formulário de classificação processual.

O corte temporal da pesquisa é de 01/01/2007 a 30/11/2013. Os Tribunais participantes são: Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP); Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG); Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ); Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC); Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS); Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT); Tribunal de Justiça do Pará (TJPA); e Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE).

A primeira incorrência analisada é a duração do processo de adoção no Brasil: nota-se a variabilidade do Sul e em Belém-PA, os tempos medianos são superiores a 3 anos, se opondo aos observados na região do Nordeste: 90% apresentam tempos inferiores a 400 dias.

Se tratando da duração dos processos de medidas protetivas ou destituição do poder familiar na região norte o tempo médio é de 1.561 dias. No Sudeste o tempo mediano é superior a 3 anos. Quantidade excedente ao previsto no ECA, refletindo na idade de disponibilização dessa criança no CNA.

Relacionando-se diretamente ao exposto acima, foi feita a análise do tempo de citação dos pais biológicos (na pesquisa assume-se sendo este o tempo até a data da realização da primeira audiência). No Nordeste esse tempo é de 126 dias, no Sudeste sobe para 214 dias e no Sul 338 dias, chegando a quase 1 ano.

Quanto ao tempo despendido no processo de habilitação para adoção o Nordeste e o Sudeste apresentam processos com menor tempo, enquanto a região Sul e Centro-Oeste possui o maior tempo médio: 1539 e 1439 dias, respectivamente.

A última categoria de processos analisados são os de Guarda e Tutela, com a região Nordeste e Norte apresentando menor tempo e a região Centro-Oeste chegando ao resultado alarmante de 946 dias.

A segunda etapa da pesquisa faz referência a atuação do Juiz e Equipe Interprofissional, sendo mensurados através de questionários construídos pela ABJ, se prestando a avaliação dos abrigos, dos Conselhos Tutelares, do CNA, entre outros, além de recomendações de aperfeiçoamento. Foram entrevistados 36 profissionais, destes: 10 assistentes sociais; 10 juizes; 8 psicólogos; e 8 promotores.

Percebe-se uma grande preocupação se tratando do processo de destituição do poder familiar e foi oferecido um tópico próprio para ele. Para os participantes desse estudo, a fase mais lesiva no processo é a citação, sendo assinalada 21 vezes. Em seguida, com mais assinalações, está o trabalho da equipe interprofissional, sendo esta justificada pela grande demanda, falta de profissionais e por requerer cuidado e profundez. Critica-se nesse tópico a Defensoria Pública pelo excesso de recorribilidade.

Como o processo supracitado interfere diretamente no da adoção, sendo muitas vezes precedido deste, um dos grandes obstáculos é a citação. Então questionou-se se melhorias relacionadas a esse ato, diminuiria o tempo do processo de destituição: 24 profissionais responderam positivamente a essa alternativa, e mais expressiva ainda foi a hipótese de mais profissionais especializados (fazendo relação também com a agilidade), foram 30 respostas "sim". Desta feita, foi convergida as duas opções de melhoria e o resultado foi quase um empate: 15 votos para a questão relacionada a citação e 17 para a contratação de mais profissionais, concluindo-se as duas serem de necessidade.

Como principal entrave no processo está, como já dito anteriormente, a dificuldade de citação dos pais biológicos, algumas varas inclusive adotam alguns critérios objetivos para diminuir o tempo despendido nessa etapa do processo: na Comarca de Joinville, realiza-se uma tentativa de citação pessoal, sendo esta infrutífera, há a realização da citação por edital.

Os capítulos subsequentes da pesquisa da ABJ, se destinam as sugestões que poderiam ser adotadas pelo Poder Judiciário a fim de aprimorar o processo de adoção e outros processos a ele relacionados. Destaca-se a primeira delas: a supremacia dos direitos das crianças e adolescentes. Essas garantias são conflitadas especialmente com os da ampla defesa e do devido processo legal, quando a lei preceitua o dever de ser esgotados todos os meios de citação pessoal, para só então citar por edital e nomear um Defensor Público, sendo investido grande tempo nesse ato ao invés de se priorizar a colocação da criança em família substituta, aumentando a possibilidade da adoção e evitando o crescimento das crianças e adolescentes dentro de abrigos. Esses direitos de uma parte e de outra devem ser sopesados e reforçado a supremacia dos direitos da criança e do adolescente, sendo dever ao Estado e Poder Público assegurar e dar preferência quando da elaboração de políticas públicas (art. 4º, ECA).

Esse estudo realizado pela ABJ deve ser utilizado para (re)formulações necessárias na estrutura de proteção à criança e adolescente, considerando, na grande parte dos casos, a situação de vulnerabilidade social, psicológica vivenciada por eles e a atuação do poder judiciário deve ter como objetivo geral a proteção de cada um, algumas medidas já foram adotadas baseado nele.

Todos os envolvidos nos processos de adoção e os relacionados a este, devem ser conscienciosos de como a sua atuação impacta diretamente na vida dos envolvidos, podendo condenar uma criança e adolescente a crescer "abrigada" e impossibilitar sua adoção devido à idade "avançada", ante a existência da preferência evidente por crianças mais novas. Foi verificado no estudo da ABJ que o tempo médio dos processos de destituição do poder familiar, por exemplo, são de 4 anos. Hipoteticamente, uma criança que no início do processo tem 4 anos, quando findo já se encaixa em um perfil não mais preterido por um número significativo de adotantes, contando com 8 anos. Como já dito anteriormente, uma adoção

em que a criança tenha mais de 5 anos já é considerada tardia e os conflitos relacionais são mais aparentes, contribuindo de forma direta para a desistência da adoção.

Além dos dados mencionados acima, considera-se importante abordar o posicionamento dos Tribunais brasileiros quanto ao dever de indenizar os adotandos na hipótese de desistência da adoção, isso não é pacificado. Alguns magistrados entendem não ser possível a condenação dos adotantes, pelo fato do estágio de convivência se prestar a verificar a adaptabilidade da criança a família e o contrário, enquanto outros possuem o entendimento de uma vez violado qualquer direito do menor, este merece reparação.

Na Apelação Cível, Nº 70080332737 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, interposta pelo Ministério Público em face da sentença que julgou improcedente o pedido de indenização por danos morais, os Desembargadores da Oitava Câmara Cível, em unanimidade, negaram provimento, cuja ementa está abaixo:

APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MENORES EM ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA COM CASAL ADOTANTE. DEVOLUÇÃO DAS CRIANÇAS. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 46, prevê que a adoção será precedida de estágio de convivência, que, nada mais é do que um período de adaptação da criança com a nova família e dessa família com a criança. No caso, o estágio de convivência restou frustrado, seja pelo comportamento das crianças, entendido como inadequado pelos adotantes, ou mesmo por estes não estarem realmente preparados para receber novos membros na família. Contudo, não há vedação legal para que os futuros pais, ora recorridos, desistam da adoção quando estiverem apenas com a guarda dos menores. E a própria lei prevê a possibilidade de desistência, no decorrer do processo de adoção, ao criar a figura do estágio de convivência. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível, Nº 70080332737, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em: 28-02-2019)

Ao analisar o mencionado julgado, verificou-se que o Ministério Público argumenta o agir de forma dolosa e irresponsável dos adotantes, se negando inclusive, a ajuda da equipe interprofissional, proposta a resolver os conflitos durante a adaptação.

A alegação dos adotantes refere-se ao comportamento desobediente e até mesmo debochado das crianças e, constantemente, recebiam reclamações da escola referente a isso, não restando comprovado, tendo em vista os depoimentos da professora e diretora da escola onde ambos estudavam. Depoimentos da equipe do Conselho Tutelar inclusive atestam o despreparo da família, argumentando a confecção de uma lista de afazeres, incluindo as tarefas domésticas pelo pretenso pai, para ocupação do tempo livre das crianças e as mesmas se mostraram muito infelizes.

Entretanto, os Desembargadores não acolheram o pedido do *parquet*, sob o fundamento da não constituição de ato ilícito pela devolução da criança durante o estágio de convivência e destaca a constituição do vínculo adotivo somente mediante sentença, etapa até então não superada, além da não criação de vínculo afetivo entre os demandados e as crianças.

Destaca-se também, a Apelação Cível 1.0702.14.059612-4/001 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, cujo entendimento difere do julgado anterior, conforme se verifica abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM OCORRENTE. GUARDA PROVISÓRIA. DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO DURANTE O ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA. NEGLIGÊNCIA E IMPRUDÊNCIA DOS ADOTANTES CARACTERIZADA. DANO MORAL CONFIGURADO. DEVER DE INDENIZAR PRESENTE. VALOR DA INDENIZAÇÃO MANTIDO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O art. 201, IX, da Lei nº 8.069, de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente confere legitimidade ativa extraordinária ao Ministério Público para ingressar em juízo na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis afetos à criança e ao adolescente.

2. Assim, o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública, cujo objetivo é responsabilizar aqueles que supostamente teriam violado direito indisponível do adolescente.
3. Embora seja possível desistir da adoção durante o estágio de convivência, se ficar evidenciado que o insucesso da adoção está relacionado à negligência e à imprudência dos adotantes e que desta atitude resultou em comprovado dano moral para o adotando, este deve ser indenizado.
4. O arbitramento da indenização pelo dano moral levará em conta as consequências da lesão, a condição socioeconômica do ofendido e a capacidade do devedor. Observados esses elementos, o arbitramento deve ser mantido.
5. Apelação cível conhecida e não provida, mantida a sentença que acolheu em parte a pretensão inicial, rejeitada uma preliminar. (TJMG - Apelação Cível 1.0702.14.059612-4/001, Relator(a): Des.(a) Caetano Levi Lopes, 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 27/03/2018, publicação da súmula em 06/04/2018)

No acórdão, os Desembargadores afirmam não haver assistência ao adolescente após o nascimento do filho biológico dos ora adotantes e mais, a falta de esforço suficiente para vencer os desafios de qualquer adoção, principalmente as tardias. Destacaram também, o estágio de convivência como uma medida adotada em função do direito do melhor interesse da criança/adolescente, previsto para avaliar a adaptação em família substituta, sendo esse o principal objetivo, e não o oposto. Restou comprovado, por meio de relatórios de estudo social e psicológico após o retorno do adolescente ao acolhimento institucional, severo abalo psicológico devido ao insucesso da adoção.

A decisão afirma que a possibilidade de desistência da adoção deve ser justificada, no sentido de demonstrar que a não concretização se deu por motivos alheios à vontade dos adotantes. No caso os apelantes estreitaram o vínculo afetivo com o adolescente e deve ser enfatizado a criança e adolescente como sujeitos possuidores de direitos como à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis, conforme preceitua o art. 15 do ECA.

O conflito jurisprudencial está intimamente relacionado a não vedação legal dessa prática no ordenamento jurídico brasileiro, que deve considerar a criança e adolescente como a parte mais frágil do processo de adoção merecendo proteção integral do Poder Judiciário. O adotante não pode simplesmente desistir da medida de forma abrupta e não ser responsabilizado no sentido de reparar os danos psicológicos (principalmente estes) causados ao adotando. É importante enaltecer a necessidade de amparo e atenção direcionados ao indivíduo em desenvolvimento que já foi abandonado pelos seus parentes biológicos, geralmente essa criança ou adolescente carrega dolorosas marcas que refletem em seu comportamento.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Como visto, é necessária a previsão do dever de indenizar os adotandos na hipótese de desistência da adoção, baseado nos fundamentos da responsabilidade civil propriamente dita, visando desestimular essa prática cada vez mais recorrente no Brasil e reestabelecer o equilíbrio entre as partes, partindo do pressuposto que tal conduta gera danos irreparáveis as crianças e aos adolescentes.

Recentemente o ECA foi alterado pelas Leis 12.010/2009 e 13.509/2017, com vistas a aprimorar os procedimentos da adoção. O Estatuto possui diversos mecanismos visando a proteção da criança e do adolescente, além de apresentar um rigoroso processo para quem opta por

adotar, desde sua habilitação para constar nos cadastros para esse fim, até à ação adotiva propriamente dita.

Quanto a denominada responsabilidade civil, que possui como máxima o equilíbrio das relações, quando possível visa o retorno ao estado anterior ao evento danoso, sendo impossível no concernente a danos imateriais, definidos como os que atingem a honra, imagem, personalidade, inerentes a psique do ofendido.

Constatou-se que para imputar a outrem o dever de indenizar, deve se fazer presente todos os pressupostos, com exceções previstas na legislação. É requisito a conduta do agente, o dolo ou culpa, o dano e o nexo de causalidade. Muitos pretensos pais não conseguem lidar com as dificuldades relacionais, acentuadas conforme a idade do adotando é maior e optam por não mais adotar.

Defende-se o dever de indenizar, pautado no abuso do direito, sendo esse rompimento de forma abrupta, por motivo não justificável, pois devem ser respeitados os direitos dessas crianças e adolescentes, dando supremacia a seus interesses, sendo dever não só do Estado, mas de cada um dos agentes sociais, protegê-los.

Com a análise de dados da Associação Brasileira de Jurimetria, observou-se a insistência de destaque no processo de destituição do poder familiar. Sabe-se que muitas vezes a adoção é precedida do referido procedimento. Isso se deve ao fato de a etapa da citação dos genitores consumir um tempo significativo, dada a dificuldade de encontrá-los, pois muitos estão em situação de rua.

Merecem destaque sugestões realizadas pela ABJ após análise dos dados, algumas delas já adotadas pelo Poder Judiciário, como o incentivo das adoções tardias, aquelas em que a criança possui mais de cinco anos, a diminuição de alguns prazos relativos aos procedimentos adotivos, à integração do Cadastro Nacional da Adoção com outra base de dados, nesse caso a criação do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA), com estatísticas atualizadas do número de crianças disponíveis para adoção, sexo, cor, se possui deficiência, dentre outras variáveis.

Quanto à análise jurisprudencial sobre a desistência da adoção durante o estágio de convivência, a divergência encontrada nas decisões muito se deve à conduta não ser contrária à Lei, mas o Ministério Público dos estados tem suscitado a necessidade de indenizar, baseado nos prejuízos psicológicos causados aos adotados.

Uma vez estas crianças e adolescentes, sendo sujeitos de direitos humanos, fundamentais e constitucionais, não é plausível a justificativa de não vedação, tendo agido os adotantes de forma dolosa e irresponsável, a reparação se torna imprescindível.

O exame deve ser feito no caso concreto, considerando a forma como a desistência se deu. A penalidade prevista no ECA volta-se aos adotantes serem vedados de manter a inscrição no Cadastros para Adoção e impossibilidade de habilitar-se novamente para esse fim. Mas há necessidade de uma tratativa específica, regulamentando o dever de indenizar.

## REFERÊNCIAS

ABJ. Associação Brasileira de Jurimetria. **Tempo dos processos relacionados à adoção no Brasil**: uma análise sobre os impactos da atuação do Poder Judiciário. Ago. 2014. Disponível em <https://abj.org.br/cases/adocao/>. Acesso em: 10 a 15 mai. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. **Lei n. ° 8.069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acessos em: 10, 15 e 25 abr. 2020.

BRASIL. **Lei n. ° 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em 27 abr. 2020.

BRASIL. **Lei n. ° 12.010, de 13 de agosto de 2009**. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm). Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. **Lei n. ° 13.509, de 22 de novembro de 2017**. Dispõe sobre adoção e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13509.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13509.htm). Acesso em 24 abr. 2020.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA). **Crianças disponíveis para adoção**. Disponível em <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ccd72056-8999-4434-b913-f74b5b5b31a2&sheet=68b8631d-d2f5-4ea1-b05a-b0256c5fb581&lang=pt-BR&opt=cursel&select=clearall>. Acesso em: 03 mai. 2020.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: família, sucessões**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. E-book. Disponível em <https://proview.thomsonreuters.com/title>.