

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE - UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

ANA CAROLINA PEREIRA DE MELO

A DEVOLUÇÃO DO FILHO ADOTIVO: OS RISCOS DA REEDIÇÃO DO
ABANDONO E A REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS

SOUSA
2015

ANA CAROLINA PEREIRA DE MELO

A DEVOLUÇÃO DO FILHO ADOTIVO: OS RISCOS DA REEDIÇÃO DO
ABANDONO E A REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira

SOUSA

2015

ANA CAROLINA PEREIRA DE MELO

A DEVOLUÇÃO DO FILHO ADOTIVO: OS RISCOS DA REEDIÇÃO DO
ABANDONO E A REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira

BANCA EXAMINADORA: DATA DE APROVAÇÃO: ___/___/___

Orientador: Prof. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira

Examinador Interno

Examinador Externo

Dedico essa vitória à pessoa que nunca mediu esforços para a realização dos meus sonhos: minha amada mãe!

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus pela força, fé e por me proporcionar o discernimento necessário para a realização deste trabalho;

Aos meus pais, Fátima e Aldair, pelo amor e confiança depositados em mim;

Ao meu namorado João Victor, pessoa fundamental na minha vida, pelo apoio, incentivo e amor de sempre;

Ao meu querido orientador, Eduardo Jorge Pereira de Oliveira, por toda a paciência, incentivo, confiança e, principalmente, pela contribuição indispensável na elaboração deste estudo;

Aos meus amados amigos, Ariana, Bruno, Nayara, Rayra, Maiara, Laryssa, Nathália, Adriana, Talita e Thaisy Anne, por sempre torcerem por mim;

Aos professores da UFCG, por todo conhecimento compartilhado;

A todos que direta ou indiretamente contribuíram para que esse sonho fosse realizado.

"O filho biológico você ama porque é seu.

O filho adotivo é seu porque você ama".

(Luiz Schettini Filho)

RESUMO

A temática a ser desenvolvida no presente trabalho pretende analisar a possibilidade da reparação por danos morais em face da adoção frustrada, abordando o histórico e a evolução da adoção no direito brasileiro, pois o conceito desse instituto jurídico modificou-se ao longo dos anos para acompanhar a evolução da sociedade. Com o advento da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, a adoção é definida como um instrumento irrevogável cuja finalidade é inserir a criança e o adolescente em família substituta para garantir o direito fundamental à convivência familiar, pautada nos princípios da prioridade absoluta e do melhor interesse da criança. No entanto, em decorrência do surgimento de inúmeros casos de devoluções de crianças e adolescentes após a adoção, faz-se necessário analisar a impossibilidade legal da devolução, estudar as motivações e os contextos em que elas ocorrem, bem como examinar os transtornos psicológicos causados no infante que teve sua dignidade violada. Evidencia-se, dessa forma, a importância do tema no Direito brasileiro, uma vez que a devolução de crianças se constitui uma prática frequente que merece atenção especial, demonstrando os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o assunto, especialmente no tocante à possibilidade de condenar os adotantes a indenizar moralmente os filhos adotivos devolvidos às casas de acolhimento. O método de abordagem utilizado na pesquisa foi o dedutivo, partindo de teorias e legislações gerais que constituem as premissas para explicar o tema central. Utilizou-se a técnica de pesquisa documental indireta, através de pesquisas bibliográficas e leis. A técnica de procedimento utilizada foi a histórica, demonstrando toda a evolução do instituto da adoção até os dias atuais.

Palavras-chave: Adoção. Devolução. Danos Morais. Reparação.

ABSTRACT

The theme object of the present study intends to analyze the possibility of the compensation for moral damages regarding to frustrated adoption, talking in consideration the history and evolution of the institute of adoption in Brazilian law, as its concept has changed over the years, following the evolution of society. After the promulgation of the Federal Constitution and the Statute of Children and Teenagers, the adoption is defined as an irrevocable instrument, having as main goal introducing the child and the teenager in a substitute family in order to assure them the fundamental right of family life, based on the principles of the absolute priority and the child's best interest. However, due to the emergence of numerous cases of devolutions of children and teenagers after the adoption, it becomes necessary to analyze the legal impossibility of the devolution, to study the reasons and the contexts in which they occur, as well as examine the psychological disorders caused to the adopted who had its dignity violated. Therefore, it becomes evident the importance of the issue in Brazilian law, since the devolution of the children is a frequent practice that deserves special attention, by demonstrating the doctrinal and jurisprudential positions about the subject, especially regarding the possibility of condemning the adopters to morally compensate the adopted children given back to the orphanages. The method of approach used in the research was deductive, starting from the theories and general legislations that constitute the premises in order to explain the main theme. It was used the indirect documentary research technique, through bibliographic researches and laws. The procedure technique used was the historic one, demonstrating the entire historic evolution of the institute of adoption up to the present days.

Keywords: Adoption. Devolution. Moral Damages. Compensation.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Art. - artigo

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal da República Federativa do Brasil

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

Nº - número

p. – página

p.p – páginas

séc. – século

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 A ADOÇÃO NO BRASIL	14
2.1 BREVE HISTÓRICO E EVOLUÇÃO	15
2.1.1 <i>Evolução da Adoção no Brasil</i>	17
2.2 PRINCÍPIOS QUE REGEM A ADOÇÃO	19
2.2.1 <i>Princípio da Prioridade Absoluta</i>	20
2.2.2 <i>Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente</i>	21
2.3 O PROCESSO DE ADOÇÃO: SEUS REQUISITOS E EFEITOS	22
2.3.1 <i>Requisitos Pessoais e Formais</i>	23
2.3.2 <i>Efeitos Pessoais e Patrimoniais</i>	26
2.4 O PERFIL DOS ADOTANTES E DOS ADOTANDOS	28
3 A DEVOLUÇÃO DO FILHO ADOTIVO	30
3.1 DA IRREVOGABILIDADE DA ADOÇÃO	30
3.2 MOTIVOS DA DEVOLUÇÃO	33
3.3 O SEGUNDO ABANDONO E OS DANOS PSICOLÓGICOS CAUSADOS NA CRIANÇA	37
3.4 CASOS DIVULGADOS NO BRASIL	39
4 A REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS EM FACE DA DEVOLUÇÃO DO FILHO ADOTIVO	42
4.1 O DANO MORAL: CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS	43
4.2 A CRIANÇA E ADOLESCENTE COMO SUJEITOS DE DIREITOS	46
4.3 DO CABIMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS	49
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	54
REFERÊNCIAS	56

1 INTRODUÇÃO

A adoção é uma prática que faz parte da vida humana há muitos séculos, adquirindo diferentes finalidades ao longo dos anos. Na antiguidade, a adoção não possuía nenhuma vantagem para a criança e o adolescente, pois visava apenas à perpetuação do culto fúnebre das famílias.

Aos poucos, essa realidade foi mudando e a criança e o adolescente deixaram de ser vistos como meros objetos da família e do Estado, passando a serem sujeitos de direitos após o advento da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A Constituição Federal inovou ao dispor que a família, a sociedade e o Estado devem assegurar ao infante o direito à vida, à convivência familiar, à dignidade, dentre outros. Nesse diapasão, o Estatuto da Criança e do Adolescente também garantiu a essa parcela da sociedade o direito de conviver em um ambiente familiar saudável.

A adoção constitui o meio mais eficaz de garantir o direito à convivência familiar do infante e tem como objetivo o vínculo fictício de filiação, originando uma relação de parentesco civil entre adotante e adotado, tendo este os mesmos direitos e qualificações em relação aos eventuais filhos biológicos dos adotantes.

São inúmeras as causas que levam pessoas solteiras ou casais a adotar. Destaca-se, dentre elas: a esterilidade, o altruísmo, mortes de filhos biológicos, desejo de ampliar a família. Dessa forma, há de se analisar os motivos e as expectativas que levaram os candidatos à adoção, através de entrevistas com psicólogos e assistentes sociais durante o curso de preparação, para que se identifique a compatibilidade das características dos candidatos com os pretensos filhos e quais suas reais intenções, *etc.*

O estágio de convivência previsto no ECA é medida que antecede a adoção, no qual visa criar vínculos e avaliar a compatibilidade entre adotado e adotante. Transcorrido o estágio de convivência e efetivada a adoção, esta se torna irrevogável. No entanto, muitos pais acabam se arrependendo da adoção e “devolvem” a criança ou adolescente ao Estado, violando sua dignidade e causando enormes prejuízos psicológicos aos adotados, destacando-se: condutas antissociais, baixa autoestima, dificuldade de ter algum vínculo afetivo ou de confiança com as

peças, em decorrência de mais um abandono na sua vida, pois a criança que busca uma família substituta já fora abandonada pela sua família progenitora.

Assim, perante o desrespeito aos direitos de personalidade e, conseqüentemente, à dignidade da pessoa humana, é nítida a ocorrência de danos morais ao infante, que se vê desamparado e rejeitado, cabendo ao Estado o dever de coibir a reprovável prática da devolução de crianças adotadas.

Evidencia-se, dessa forma, a importância do tema no Direito brasileiro, uma vez que a devolução de crianças se constitui uma prática frequente que merece atenção especial, tornando-se necessário demonstrar os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o assunto, principalmente no tocante à possibilidade de condenar os adotantes a indenizar moralmente os filhos adotivos devolvidos às casas de acolhimento.

O objetivo geral da presente pesquisa é demonstrar a possibilidade da reparação por danos morais diante do problema jurídico-social de crianças e adolescentes devolvidos após a sentença judicial de adoção.

Por sua vez, têm-se como objetivos específicos estudar a evolução da adoção no ordenamento jurídico brasileiro, abordar os motivos e conseqüências da devolução do filho adotivo e analisar os danos morais causados no infante decorrentes da devolução.

O método de abordagem utilizado na pesquisa é o dedutivo, partindo de teorias e legislações gerais que constituem as premissas para explicar o tema central. Utilizou-se a técnica de pesquisa documental indireta, através de pesquisas bibliográficas e leis. Por fim, a técnica de procedimento mais utilizada foi a histórica, demonstrando toda a evolução do instituto da adoção até os dias atuais.

No primeiro capítulo será estudado todo o histórico da adoção, demonstrando a grande evolução que esse instituto adquiriu ao longo dos tempos no ordenamento jurídico brasileiro. Abordam-se, ainda, os princípios que regem a adoção e todo o procedimento e os requisitos que os adotantes percorrem até a sentença constitutiva e, conseqüentemente, os efeitos que a adoção traz para adotantes e adotados. Para tanto, faz-se necessário traçar o perfil acerca dos pretendentes habilitados no Cadastro Nacional de Adoção, a fim de analisar suas preferências.

No segundo capítulo se demonstrará a prática frequente de devoluções do filho adotivo, abordando as motivações que culminam na devolução e quais as consequências psicológicas resultantes dessa prática, apresentando alguns casos divulgados no Brasil.

No terceiro capítulo enfatizar-se-á o dano moral no Direito brasileiro, demonstrando a possibilidade de a criança fazer jus à reparação diante da existência de danos morais, por se tratar de sujeito de direitos na legislação atual. Por fim, será analisado o cabimento de indenização por danos morais em face da devolução de crianças e adolescentes adotados.

2 A ADOÇÃO NO BRASIL

No Brasil, a adoção está regulada no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) e no Código Civil (Lei nº 10.406/2002), sendo uma forma de colocação da criança e do adolescente em família substituta, com enfoque sempre no melhor interesse da criança e assegurando o seu direito constitucional à convivência familiar. Possui como objetivo o vínculo fictício de filiação, originando uma relação de parentesco civil entre adotante e adotado.

A adoção é uma prática milenar que existe desde os primórdios da civilização e perdura até os dias atuais. Com o passar dos anos, esse instituto jurídico adquiriu diferentes formas e roupagens de acordo com cada época, evoluindo tanto em seus conceitos bem como em seu processo, razão pela qual sua definição foi se moldando com o tempo.

Contemporaneamente, pode-se conceituar a adoção como sendo uma forma de inserir alguém em família substituta, estabelecendo vínculo de filiação idêntico à filiação natural e gerando direitos e deveres recíprocos entre adotantes e adotados. Diniz (2010, p. 522), ao estabelecer uma definição para adoção, dispõe que:

A adoção vem a ser o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha. Dá origem, portanto, a uma relação jurídica de parentesco civil entre adotante e adotado. É uma ficção legal que possibilita que se constitua entre o adotante e o adotado um laço de parentesco de 1º grau na linha reta.

Percebe-se, então, que a adoção constitui um ato de vontade em que alguém aceita outrem como filho, não se admitindo qualquer tipo de discriminação relativa a esse tipo de filiação. É irrevogável, não podendo ser desfeita, ocasião em que o adotado perderá qualquer vínculo existente com a família consanguínea, exceto os impedimentos matrimoniais, e será inserido, definitivamente, na família que o desejou.

Portanto, a decisão de adotar requer seriedade e responsabilidade tanto dos pretendentes quanto do Poder Público, pois a proteção do menor é um dever de todos, inclusive da sociedade.

A partir desse prisma, este capítulo inaugural terá como foco de estudo o histórico da adoção, com enfoque na sua evolução no Brasil segundo as realidades de cada época até a atualidade. Para tanto, serão abordados os princípios norteadores deste instituto jurídico e todo o seu processo, traçando um perfil acerca dos adotantes e adotados.

2.1 BREVE HISTÓRICO E EVOLUÇÃO

Originada na Antiguidade, a adoção possuía cunho precipuamente religioso, como forma de perpetuação do culto doméstico de seus antepassados, sendo concedida somente àqueles que não possuíssem filhos. Naquela época acreditava-se que a extinção do culto fúnebre e da própria família constituiria uma desgraça para o repouso de seus antepassados, buscando na adoção uma forma de solucionar esse problema. Nesse sentido, Coulanges (1961, p. 77) preceitua que:

Adotar um filho, portanto, era velar pela continuidade da religião doméstica, pela salvação do fogo sagrado, pela continuação das ofertas fúnebres, pelo repouso dos manes dos antepassados. Como a adoção não tinha outra razão de ser além da necessidade de evitar a extinção do culto, seguiu-se daí que não era permitido senão a quem não tinha filhos.

Dessa forma, nota-se que a adoção era voltada somente para o interesse do adotante em dar continuidade a sua família e aos rituais fúnebres, descartando qualquer intenção em criar laços afetivos com o adotado. Granato (2010, p. 34) afirma que o procedimento de adoção ocorria através de um ritual sagrado, no qual era ensinado ao adotado a forma de realizar o culto doméstico e tudo aquilo que fizesse parte da vida do adotante, tais como objetos e religião, pertencia-lhe. Não existia mais nenhum vínculo com sua família biológica, sendo proibido o seu retorno.

O Código de Hamurabi (séc. XVIII a.C.) foi a primeira lei a tratar expressamente sobre o instituto da adoção, dedicando nove dos seus 282 dispositivos ao tema (arts. 185 a 193). Em tais dispositivos houve grande preocupação em estabelecer as hipóteses em que o filho adotivo poderia retornar à sua família biológica, pois, em regra, a adoção deveria ser indissolúvel.

Portanto, poderia o filho ser reclamado a seus pais de origem nos seguintes casos: ingratidão do adotado; se o adotante fosse artesão e não tivesse ensinado o ofício ao filho; se o adotado não fosse tratado como filho ou fosse renegado perante os filhos naturais. Além disso, no Código de Hamurabi já demonstrava preocupação em garantir os direitos sucessórios aos adotados na hipótese de o pai adotivo abandoná-lo. Nesse caso, deveria dar 1/3 (um terço) de seus bens móveis como forma de herança.

Na Bíblia também há relatos de adoção, cujo caso mais famoso no Egito é o de Moisés, retratado no livro de Êxodo. Moisés fora deixado dentro de um cesto às margens do rio Nilo, sendo encontrado pela filha do Faraó, que o criou como seu próprio filho.

Para que o Faraó adotasse um filho que viria a ser o seu sucessor no trono, era realizada uma espécie de seleção dos melhores alunos da “Escola da Vida” que eram submetidos a um intenso treinamento.

Silva Filho (2012) afirma que em Atenas também havia regras sobre a adoção, mas sua maior finalidade era, ainda, perpetuar o culto doméstico e evitar a extinção da família.

A adoção no Direito Romano teve um importante desenvolvimento, apesar de continuar possuindo a clássica finalidade religiosa em dar continuidade às cerimônias fúnebres. No entanto, surgiram também outras finalidades a esse instituto: a política e a econômica. Através da adoção, latinos podiam se transformar em cidadãos, plebeus em patrícios e vice-versa. Nesse período, surgiram dois tipos de adoção, conforme nos traz Venosa (2013, p. 282):

Duas eram as modalidades de adoção no Direito Romano: a *adoptio* e a *adrogatio*. A *adoptio* consistia na adoção de um *sui iuris*, uma pessoa capaz, por vezes um emancipado e até mesmo um *pater familias*, que abandonava publicamente o culto doméstico originário para assumir o culto do adotante, tornando-se seu herdeiro. A *adrogatio*, modalidade mais antiga, pertencente ao Direito Público, exigia formas solenes que se modificaram e se simplificaram no curso da história. Abrangia não só o próprio adotando, mas também sua família, filhos e mulher, não sendo permitida ao estrangeiro. Somente podia ser formalizada após aprovação pelos pontífices e em virtude de decisão perante os comícios (*populi auctoritate*).

Depreende-se das palavras de Venosa que a ad-rogação era uma modalidade mais complexa e com requisitos estabelecidos pelos pontífices, devendo

haver o consentimento de ambos. O ad-rogante deveria ser necessariamente do sexo masculino, não possuir filhos, ter, pelo menos, dezoito anos a mais que o ad-rogado e sessenta anos no total. Através dessa modalidade, toda a família do adotado era absorvida pela nova família.

Por seu turno, a *adoptio* era um meio mais simplificado, no qual se adotava uma pessoa capaz que renunciava toda a sua família de origem para fazer parte da família do adotante. Nesse sentido, é a modalidade que mais se assemelha à concepção atual de adoção. Não era exigido que o adotante não tivesse filhos e bastava apenas que fosse dezoito anos mais velho que o adotado, que deveria ser do sexo masculino.

Durante a Idade Média, a adoção perdeu sua força e entrou em declínio devido às novas influências religiosas – o surgimento do Cristianismo – e por ser contrário ao sistema feudal daquele período. O Direito Canônico manifestava oposição ao instituto da adoção, com exceção de que ela se realizasse somente para a transmissão da herança.

Posteriormente, na Idade Moderna, a adoção ressurgiu no Código de Napoleão de 1804. Silva Filho (2012, p. 29) afirma que a partir daí, ela ingressou em outros Códigos: o Romeno, de 1864; o Italiano, de 1865; e o Espanhol, de 1889. A finalidade da adoção tomou novos rumos, visando a proteção à infância e buscando garantir o interesse do adotado.

2.1.1 Evolução da Adoção no Brasil

No Brasil, a primeira Lei a tratar do instituto jurídico da adoção foi a Lei de 22 de setembro de 1828, sob o nome de perfilhamento. Porém, só ocorreu de fato a sistematização da adoção no Código Civil de 1916, que dedicou dez artigos (368 a 378) ao tema.

No revogado diploma legal, apenas os maiores de cinquenta anos sem prole legítima ou legitimada poderiam adotar e o adotante deveria, ainda, possuir dezoito anos a mais que o adotado. Além disso, diferentemente do que ocorre hoje, não havia um desligamento total com sua família biológica, permanecendo direitos e

deveres entre eles, podendo ser até revogada se o adotado assim desejasse ao atingir a maioridade, bem como se praticasse algum ato que justificasse a dissolução da adoção, como nos casos de deserdação.

Por possuir expressiva rigidez em seus requisitos, sucessivas alterações ocorreram para estimular a prática da adoção. Granato (2010, pp. 44-45) nos informa que com o advento da Lei nº 3.133 de 1957, o limite mínimo de idade reduziu de cinquenta para trinta anos e a diferença de idade entre o adotante e adotando passou de dezoito para dezesseis anos. A regra de que o adotante não deveria ter prole legítima ou legitimada também desapareceu.

Porém, foi o surgimento da legitimação adotiva pela Lei nº 4.665 de 1965 que trouxe acentuada inovação a esse instituto no Brasil. Essa legitimação adotiva estabeleceu um vínculo parental mais estreito e profundo entre pais e filhos adotivos, na tentativa de aproximar ao parentesco biológico.

Silva Filho (2012, p. 33) ensina que essa Lei estabelecia a adoção de menores abandonados até os sete anos de idade por casais que possuíssem mais de cinco anos de matrimônio, sem prole legítima, no qual um dos cônjuges tivesse mais de 30 anos e, em caso de esterilidade comprovada por perícia médica de um dos cônjuges, o requisito de cinco anos de casamento era dispensado.

Como efeito, o filho adotivo se equiparava ao biológico nos mesmos direitos e deveres, salvo no caso de sucessão, no qual o legitimado adotivo era excluído quando concorresse com o legítimo superveniente. No entanto, ainda permanecia os direitos e deveres com a família natural, com exceção do pátrio poder, bem como poderia ser anulada no prazo prescricional de vinte anos.

Posteriormente, o Código de Menores, instituído pela Lei nº 6.697 de 1979, revogou a legitimação adotiva substituindo-a em dois tipos: a adoção simples e a plena. A primeira era destinada aos menores em situação irregular, dependendo de autorização judicial para ser deferida, podendo ser revogada. O parentesco era limitado somente ao adotante e adotado. A plena possuía características semelhantes à legitimação adotiva, integrando totalmente o adotado na sua nova família, desligando-se de qualquer vínculo com a família sanguínea, com exceção dos impedimentos patrimoniais. Era irrevogável e assegurava os direitos sucessórios ao adotado.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, fundada no princípio da isonomia, filhos adotivos e biológicos foram equiparados e passaram a ter os mesmos direitos e deveres, inclusive os sucessórios. A respeito disso, preceitua o art. 227, § 6º da referida Carta Magna que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Dessa forma, não há mais nenhuma distinção entre eles, tendo abolido definitivamente do nosso direito a nomenclatura discriminatória de “filho ilegítimo”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – Lei 8.069/90 revogou o Código de Menores e trata logo em seu primeiro artigo a respeito da proteção integral à criança e ao adolescente, destacando-se o direito a convivência familiar.

A partir da vigência do atual Código Civil de 2002, extinguiram-se as duas espécies de adoção, passando a existir, hoje, apenas uma modalidade de adoção. Ademais, o vigente diploma civil não revogou o ECA.

O Projeto de Lei nº 1.756 de 2003 – sob o nome de Lei Nacional de Adoção – pretendeu inovar na tentativa de tratar do instituto da adoção em Lei própria. No entanto, serviu como base para a aprovação da Lei Federal nº 12.010 de 03 de agosto de 2009, alterando vários dispositivos do ECA que serão tratados nos próximos tópicos do presente trabalho.

2.2 PRINCÍPIOS QUE REGEM A ADOÇÃO

A evolução do instituto da adoção trouxe mudanças expressivas no que se refere ao interesse do menor. Se em seus primórdios a adoção existia somente para perpetuação do culto familiar, sem nenhuma finalidade que visasse a algum laço afetivo entre adotante e adotado, hoje a realidade é outra.

A criança é vista, atualmente, como sujeito de direitos e é amparada pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 100, parágrafo único, dispõe os inúmeros princípios que devem reger a aplicação das medidas de proteção do menor, dentre eles o da Prioridade Absoluta e o do Interesse Superior da Criança e do Adolescente.

2.2.1 Princípio da Prioridade Absoluta

O Princípio da Prioridade Absoluta está previsto na Constituição Federal de 1988, no Estatuto da Criança e do Adolescente e, ainda, na Convenção dos Direitos das Crianças.

Consta no art. 227 da CF que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar os direitos fundamentais à criança e ao adolescente com absoluta prioridade. O artigo 3º do ECA dispõe basicamente o mesmo, trazendo em seu parágrafo único as maneiras de assegurar o cumprimento deste princípio.

O referido princípio é derivado da doutrina da Proteção Integral, surgindo para substituir a antiga doutrina do Menor Irregular, que era destinada apenas ao menor abandonado ou que cometeu alguma infração penal.

Com esse avanço, a doutrina da Proteção Integral deriva-se da Convenção Internacional dos Direitos da Criança e está presente no artigo inaugural do Estatuto da Criança e do Adolescente, trazendo para as crianças e adolescentes diversos direitos até então quase que inexistentes, reconhecendo-os como sujeitos de direitos. Bochnia (2010, pp. 79-80) trata desse princípio ao afirmar que:

Os termos absoluta e prioridade inseridos na Constituição Federal desempenham forte significado a princípio constitucional consagrado, obrigando a primazia do atendimento contra todos. Vale ressaltar que não há desrespeito à igualdade de todos, muito pelo contrário, há sim o respeito pela diferença entre os sujeitos de direito, pois elas são a própria exigência da igualdade. A igualdade por sua vez, consiste em tratar, igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais, na proporção que se desiguam. No caso em tela, é notória a diferença de condições entre criança e adolescente e os demais sujeitos de direito. É neste sentido que a Constituição Federal tratou de “compensar” a desigualdade com busca na igualdade, não ferindo de forma alguma o princípio da igualdade, porque leva em consideração a condição especial – a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento. A condição peculiar da criança e do adolescente refere-se à fragilidade natural desses sujeitos de direito, por estarem em crescimento. Faticamente aparece a vulnerabilidade de crianças e adolescentes em relação aos adultos como geradora fundante de um sistema especial de proteção.

Nesse sentido, por serem as crianças e os adolescentes considerados hipossuficientes e pessoas em desenvolvimento, merecem tratamento especial e diferenciado, razão pela qual é destinado a esse grupo preferência no atendimento em detrimento dos adultos.

Dentre os direitos fundamentais garantidos à população infanto-juvenil, destaca-se o direito à convivência familiar, pois o art. 226 da CF instituiu que a família é a base da sociedade. Dessa forma, o art. 19 do ECA dispõe que toda criança deve ser criada e educada no seio da família biológica e, na sua impossibilidade, em família substituta, que pode ser realizada através da adoção.

Frise-se que por constituir um direito fundamental, o princípio em análise garante que a colocação da criança e do adolescente em família substituta deve ser feita priorizando precipuamente o interesse do menor e não mais dos adultos, como fora outrora.

2.2.2 Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente

O Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente é derivado da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, sendo ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 99.710/90.

As mudanças legislativas que ocorreram nas últimas décadas em relação aos direitos da criança e do adolescente significaram um marco evolutivo para o país, pois o revogado Código de Menores destinava-se apenas às crianças em situação irregular, com direitos bastante limitados.

Conforme já analisado, após a edição da Constituição Federal de 1988, a criança passou a ser vista como sujeito de direitos por possuir a particular condição de pessoa em desenvolvimento, sendo amparada pelo princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Isto significa dizer que crianças e adolescentes se tornaram titulares de direitos juridicamente tutelados, dentre eles o direito à convivência familiar.

Dessa forma, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente serviu de base para os inúmeros direitos fundamentais que são garantidos para a população infanto-juvenil, tais como o direito à vida, à educação, à saúde, à alimentação, à dignidade, ao lazer, à convivência familiar, dentre outros. Tal princípio, apesar de não constar explicitamente na Constituição, visa a garantir que qualquer decisão deve, primordialmente, ser tomada objetivando o melhor interesse

dos infantes, inclusive em relação ao instituto da adoção, como expõe Bochnia (2010, p. 85):

Hoje, tanto o ordenamento pátrio como as legislações europeias e demais convenções internacionais sobre adoção de crianças e adolescentes buscam o interesse do adotando como fundamento principal. Este postulado do princípio do superior interesse da criança é importantíssimo, considerando que a adoção só se justifica partindo do interesse maior das crianças a serem adotadas.

O artigo 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que “a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”. Sendo assim, diante de qualquer conflito de interesses que houver durante o procedimento de adoção, o juiz deverá fundamentar sua decisão no que for mais vantajoso ao infante-juvenil. Este artigo, portanto, é um claro exemplo da aplicação do referido princípio ao instituto em análise, devendo ser assegurado pelo Estado, família e sociedade.

2.3 O PROCESSO DE ADOÇÃO: SEUS REQUISITOS E EFEITOS

Conforme já exposto, o Estatuto da Criança e do Adolescente trouxe mudanças significativas no que tange aos direitos da população infanto-juvenil, mas falhou ao tratar do procedimento da adoção. A Lei nº 12.010/09 surge, então, para sanar essas falhas e simplificar o procedimento, alterando inúmeros dispositivos do ECA.

Como é sabido, a adoção é realizada por meio de ação judicial. Aqueles que pretendem se habilitar à adoção devem apresentar petição inicial através de advogado constando a qualificação completa e os dados familiares além dos seguintes documentos: cópias autenticadas de certidão de nascimento ou casamento; cédulas de identidade e CPF; comprovante de renda e domicílio; atestados de sanidade física e mental; certidão de antecedentes criminais e de distribuição cível.

O art. 50, § 3º do ECA nos traz que a inscrição dos interessados se submeterá a um período de preparação psicossocial e jurídica através de um curso

obrigatório preparado pela equipe técnica interprofissional a serviço da Vara da Infância e Juventude. Somente após ter participado do curso, o candidato sujeitar-se-á a uma avaliação psicossocial, através de entrevistas e visitas de profissionais ao seu domicílio, objetivando melhor conhecê-lo, podendo o candidato, inclusive, descrever o perfil da criança que deseja adotar. Posteriormente, é elaborado um relatório deste estudo, o qual será encaminhado ao Ministério Público e ao Juiz da Vara da Infância.

Com base no laudo do estudo psicossocial emitido pela equipe da Vara da Infância e no parecer do Ministério Público, o juiz proferirá a sentença de habilitação. Se aprovado, o nome do candidato constará nos cadastros estadual e nacional de adoção pelo período de dois anos, obedecida a ordem cronológica, estando oficialmente na fila de adoção.

Ao surgir uma criança em conformidade com o perfil traçado pelo candidato, a equipe interprofissional irá contatá-lo e se houver interesse de ambas as partes – adulto e criança –, será iniciado o estágio de convivência até que a adoção seja deferida de fato através de sentença judicial, oportunidade em que o juiz determinará a lavratura do novo registro de nascimento constando o sobrenome da nova família. A partir daí, a adoção se torna irrevogável, não havendo nenhuma distinção de direitos e deveres entre filhos adotivos e filhos biológicos. Ademais, é necessário que pretendentes e adotandos obedeçam obrigatoriamente a alguns requisitos pessoais e formais para que todo esse processo seja concluído sem maiores transtornos.

2.3.1 Requisitos Pessoais e Formais

Em relação aos requisitos pessoais, a Lei nº 12.010/09 trouxe significativas mudanças tanto para o adotante quanto para o adotando.

Para que alguém possa adotar, a referida Lei alterou o art. 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente, passando a dispor que o adotante seja maior de dezoito anos, independentemente do estado civil, salvo se a adoção for conjunta, na qual é imprescindível comprovar a estabilidade familiar. Essa alteração se deu porque o

Código Civil de 1916 previa que a maioria se iniciava aos 21 anos, tendo decaído para 18 anos após o advento do Código Civil de 2002.

Quanto ao adotando, o art. 40 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que este deve possuir, no máximo, dezoito anos à data do pedido, ressalvada a hipótese de já se encontrar sob a guarda ou tutela dos adotantes.

Ainda no que se refere à idade, há a necessidade de existir uma diferença de, no mínimo, 16 anos de idade entre adotante e adotado a fim de se assemelhar à filiação natural. Se a adoção for conjunta, apenas um dos cônjuges deve obedecer a esse requisito. Não há, porém, limite máximo de idade para aqueles que pretendem adotar.

Cumprido salientar, ainda, que o § 1º do art. 42 do ECA proíbe a adoção por ascendentes e irmãos do adotando, também com o intuito de seguir a ordem natural da filiação, pois não teria sentido admitir outro vínculo de parentesco naqueles que já existem. Também não se pode adotar por procuração.

Os requisitos formais encontram-se elencados no ECA. A primeira formalidade a ser seguida é a necessidade de intervenção judicial, com a intervenção do Ministério Público, pois a adoção se efetiva somente após sentença judicial, conforme dispõe o art. 47, *caput*, da Lei nº 8.069/90.

O art. 50 do Estatuto determina o cadastramento daqueles que desejam adotar. Assim, serão mantidos cadastros em cada comarca e um nacional tanto de crianças disponíveis para adoção quanto de pretendentes, havendo cadastros distintos para os que residem fora do país. A finalidade desse cadastro é, tão somente, estabelecer uma ordem cronológica dos postulantes à adoção, a fim de agilizar o procedimento.

No entanto, o referido artigo estabelece, em seu § 13º, algumas hipóteses em que a adoção será deferida àquele não cadastrado previamente, conforme se vê *ipsis litteris*:

Art. 50 [...]

§ 13. Somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente nos termos desta Lei quando: (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

I - se tratar de pedido de adoção unilateral; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

II - for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

III - oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos arts. 237 ou 238 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009).

Somente nessas hipóteses é permitido adotar sem estar registrado no Cadastro Nacional de Adoção, havendo a necessidade de se demonstrar que esse tipo de adoção atende ao melhor interesse do adotando.

Outra formalidade a ser obedecida é o consentimento dos pais ou do representante legal do adotando, salvo quando os pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar. O consentimento dos pais será colhido na audiência, na presença do representante do Ministério Público, sendo retratável até a data da publicação da sentença.

O Estatuto aduz, em seu art. 45, § 2º, que o adotando também deverá consentir sobre a adoção, caso seja maior de 12 anos. Pode-se dizer que tal dispositivo é um avanço na legislação brasileira ao tornar relevante o real interesse do adotando. No entanto, alguns doutrinadores, a exemplo de Kauss (1993, p. 54), adotam o posicionamento de que o não consentimento do menor não constitui obstáculo para o deferimento da adoção:

Entretanto, esse consentimento deve ter um valor relativo na apreciação a ser feita pelo juiz na sentença. A sua concordância ou discordância, por si só, não deve representar o deferimento ou indeferimento da adoção. O § 2º do art. 45 não pode ter uma interpretação divorciada daquela que se deve dar ao art. 43 que representa o ideal do sistema. Portanto, a concordância ou discordância do menor deve ser confrontada com as vantagens ou desvantagens para si, da adoção. Pode concordar e a adoção merecer indeferida e, ao contrário, pode discordar, e ser ela deferida. Não se pode esquecer a cautela com que sempre se houve a Justiça, nas causas de família, com relação a depoimentos de menores, nem se deve considerá-los isoladamente, mas em conjunto com as outras provas ou elementos formadores de convicção. A adoção moderna é sempre conferida de acordo com os altos interesses dos menores, que eles nem sempre sabem aquilatar.

Dessa forma, para alguns doutrinadores, caso a discordância do adotando não tenha nenhum motivo legítimo e o juiz analisar que a adoção constitui reais vantagens para o menor, esta poderá ser deferida, pois o melhor interesse do infante é princípio norteador da adoção.

O estágio de convivência é outro requisito essencial que precede a adoção. A Lei nº 12.010/09 trouxe significativas mudanças no que tange a essa formalidade.

Consiste em um período de tempo fixado pelo juiz, no qual o adotando ficará sob a guarda do adotante, consoante o art. 46 do ECA:

Art. 46. A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso.

§ 1º O estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando já estiver sob a tutela ou guarda legal do adotante durante tempo suficiente para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009).

§ 2º A simples guarda de fato não autoriza, por si só, a dispensa da realização do estágio de convivência. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009).

§ 3º Em caso de adoção por pessoa ou casal residente ou domiciliado fora do País, o estágio de convivência, cumprido no território nacional, será de, no mínimo, 30 (trinta) dias. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009).

§ 4º O estágio de convivência será acompanhado pela equipe Inter profissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política de garantia do direito à convivência familiar, que apresentarão relatório minucioso acerca da conveniência do deferimento da medida. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009).

Esse estágio é um dos requisitos mais importantes em todo o processo de adoção, pois possui como finalidade avaliar a adaptação do menor à nova família e a criação de laços afetivos entre ambos. Dessa forma, evita-se que ocorram adoções impensadas que, muitas vezes, acabam por ocasionar na devolução do adotado ao Estado.

2.3.2 Efeitos Pessoais e Patrimoniais

Após o juiz sentenciar a favor do deferimento da adoção, esta se torna irrevogável, produzindo seus efeitos pessoais e patrimoniais a partir do trânsito em julgado.

Como efeitos de ordem pessoal, tem-se o total desligamento dos vínculos de parentesco entre o adotado e sua família natural, salvo os impedimentos matrimoniais, conforme dispõe o art. 41, *caput*, do ECA. Isto ocorre devido ao princípio constitucional da isonomia entre os filhos constante no art. 227, §6º da Constituição Federal de 1988, no qual filhos biológicos e adotivos são equiparados, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios. Com isso, o adotado

passa a integrar, de forma plena, na sua nova família substituta, cancelando o registro de nascimento anterior e criando um novo, inclusive, com o nome patronímico da família do adotante.

A partir do desligamento dos vínculos de parentesco do adotado com a família biológica, conseqüentemente o poder familiar, que consiste no dever de sustento, guarda e educação, é transferido para a nova família. Ambos os pais deverão, igualmente, exercer o poder familiar visando a proteção do menor que se encontra em pleno desenvolvimento. Silva Filho (2012, p.183) argumenta que, tendo em vista a incompatibilidade de existência de um duplo poder familiar, retira-se este da família anterior e o atribui ao adotante, gerando um duplo efeito.

No âmbito patrimonial, os efeitos também são diversos. Como é sabido, a Magna Carta equiparou os filhos naturais e adotivos, surgindo a obrigação de prestar-lhes alimentos. Nesse sentido, deve haver reciprocidade entre adotante e adotado no que se refere aos alimentos, no mesmo grau de obrigatoriedade.

Outro relevante efeito patrimonial decorrente da adoção diz respeito aos direitos sucessórios. O art. 41 do ECA prescreve que o adotado possui todos os direitos sucessórios, pois passa a ser herdeiro legítimo concorrendo com o cônjuge e os demais descendentes.

O atual Código Civil, em seu art. 1.689, incisos I e II, dispõe “o pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar são usufrutuários dos bens dos filhos e têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade”. Destarte, com a transferência do poder familiar aos adotantes, a administração dos bens do adotado é mais um efeito de ordem patrimonial. Segundo ensinamentos de Diniz (2010, pp. 542/543), o direito do adotante de administração e usufruto dos bens do adotado menor serve “para fazer frente às despesas com sua educação e manutenção, perdendo esse direito o pai, ou mãe, natural, por ter perdido o poder familiar”.

Além dos já mencionados, destaca-se ainda a responsabilidade civil do adotante pelos atos cometidos pelo adotado menor de idade. Percebe-se, portanto, que todos os efeitos decorrentes da filiação adotiva advêm da mudança do poder familiar, que passa a ser da família substituta.

2.4 O PERFIL DOS ADOTANTES E DOS ADOTANDOS

No Brasil, infelizmente, não se tem um estudo antigo e aprofundado a respeito das características e pretensões daqueles que desejam adotar e das crianças e adolescentes disponíveis para a adoção. Sabe-se que a finalidade do instituto foi mudando, paulatinamente, ao longo dos anos juntamente com o avanço da sociedade e das leis.

Na tentativa de traçar um perfil acerca dos adotantes e adotandos, o Conselho Nacional de Justiça instituiu, pela Resolução nº 54 de 29 de abril de 2008, o Cadastro Nacional de Adoção, a fim de estabelecer todos os dados relativos à adoção em todas as comarcas do Brasil, como forma de favorecer a troca de informações e de tornar um meio menos árduo para que as crianças e adolescentes possam serem adotados.

Dessa maneira, com base nos dados fornecidos pelo Cadastro Nacional de Adoção, por meio de relatório¹ gerado na data de 19 de janeiro de 2015, têm-se, atualmente, 33.307 pretendentes à adoção cadastrados, em detrimento de 5.679 crianças cadastradas disponíveis para adoção. Dos pretendentes, 29.752 são casais que desejam adotar conjuntamente.

A preferência por adotandos que tenham idade entre 0 a 5 anos se mostra esmagadora, chegando a um total de 93,05%, ficando o restante – cerca de apenas 6% – dispostos a adotar crianças acima de 5 anos de idade.

A pesquisa aponta, ainda, que 61,29% dos pretendentes cadastrados não têm preferência quanto ao sexo da criança. Dos que preferem, 31,13% optam pelo sexo feminino e 9,68% querem crianças de sexo masculino. Por fim, é relevante destacar, ainda, que 79,03% dos interessados cadastrados não aceitam adotar irmãos, apesar de haver 2.137 crianças e adolescentes que possuem irmãos cadastrados no Cadastro Nacional de Adoção.

Por sua vez, em relação ao perfil das crianças e adolescentes aptos a serem adotados, constam nos dados que há um total 5.679 menores disponíveis no Cadastro Nacional de Adoção, no qual 3.210 são do sexo masculino e 2.496 são do sexo feminino.

¹ Conselho Nacional de Justiça (CNJ). In: **Cadastro Nacional de Adoção**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/cna/publico/relatorioEstatistico.php>> Acesso em: 19 jan. 2015.

Ao analisar a idade dos menores, percebe-se que das quase 6 mil crianças disponíveis à adoção, apenas 407 têm idade entre 0 a 5 anos. O restante corresponde à idade menos desejada pelos adotantes.

A partir de então, diante dos dados obtidos no Cadastro Nacional de Adoção, conclui-se que, apesar de existirem muito mais candidatos a adotar do que crianças disponíveis para adoção, é quase impossível conseguir colocar todos os menores em família substituta porque as expectativas dos adotantes não correspondem à realidade dos adotandos, dificultando cada vez mais o deferimento da adoção.

3 A DEVOLUÇÃO DO FILHO ADOTIVO

Toda criança e adolescente têm direito à convivência familiar, ainda que seus pais biológicos sejam destituídos do poder familiar. Para assegurar esse direito, eles são inseridos em família substituta, sendo a adoção o meio mais efetivo. A partir daí, cria-se um vínculo de filiação, no qual os pais adotivos devem cuidar, educar e amar, tal qual ocorre naturalmente com seus filhos biológicos.

Em tese, a adoção deveria ter como finalidade primordial garantir a proteção integral à criança e ao adolescente, assegurando-os uma nova chance de crescer no seio de uma família e garantir-lhes um desenvolvimento saudável. Porém, vem se tornando frequente a divulgação de um lado sombrio desse instituto jurídico: a devolução do filho adotivo.

O debate a respeito da prática de devolver o filho adotado ainda é bastante tímido na sociedade, pois não há dados concretos em relação ao número de casos existentes no país. Alguns especialistas em adoção estão, cada vez mais, interessados no tema devido ao crescimento dos casos de devolução e na tentativa de demonstrar o quanto esses casos podem afetar a sociedade, como o Poder Público lida com o problema e qual a melhor maneira de evitá-lo.

3.1 DA IRREVOGABILIDADE DA ADOÇÃO

Após o trânsito em julgado da sentença constitutiva de adoção, esta se torna irrevogável, produzindo seus efeitos desde então. Significa dizer, portanto, que a adoção não pode ser desfeita por vontade das partes, salvo se constituir algum vício que justifique sua anulação. Sobre o tema, Gama (2003, p. 577) aduz que:

Verifica-se, inclusive, que a irrevogabilidade gera duas consequências que atendem aos interesses das pessoas envolvidas em relação à segurança jurídica e especialmente relacionada aos vínculos jurídico-familiares: a) a **impossibilidade de o adotante desfazer, por vontade e iniciativas próprias, a adoção que ele mesmo desejou que fosse constituída**; b) a mesma impossibilidade de o adotado também revogar a adoção, ainda que tenha sido adotado quando era criança ou adolescente, o que também preserva os direitos dos adotantes. (grifos acrescentados)

Ao prever a irrevogabilidade da adoção no art. 39, § 1º do ECA, o legislador quis resguardar os interesses da população infante-junvenil, já que uma das finalidades da adoção é a total integração do menor na família substituta, garantindo-lhe o direito constitucional à convivência familiar. Nesse sentido, Gama (2003, p. 578) acrescenta ainda:

A adoção se destina a proteger e a integrar a pessoa do adotado no novo lar familiar que ele passa a fazer parte, motivo pelo qual é necessária a estabilidade dessa nova situação jurídica, o que é alcançada por intermédio da irrevogabilidade da adoção, impedindo a dissolução do vínculo pela vontade dos interessados diretos, ou seja, adotante e adotado. (grifos acrescentados)

Em que pese a sua imutabilidade, a adoção busca, de certa forma, imitar a filiação natural, razão pela qual equiparou os filhos biológicos e adotivos. Sendo assim, há uma hipótese legal que permite a desconstituição da filiação adotiva: uma nova adoção após a perda do poder familiar. Já que os pais biológicos podem ser destituídos do poder familiar, nada mais lógico e natural que os adotivos também estejam sujeitos a essa sanção. Silva Filho (2012, p. 221) ensina:

Constituída a adoção, a sua desconstituição, isto é, a ruptura do vínculo que se estabeleceu, só poderá ocorrer por meio de outra adoção [...]. O tratamento jurídico não sofre diferença, esteja a criança em sua família natural ou em família substituta. Assim como podem os pais naturais ser suspensos ou destituídos do poder familiar, nas hipóteses dos arts. 1.635, V, e 1.638 do CC/2002 e do art. 22 c/c o art. 24 do ECA, porém, também, os adotantes experimentar igual tratamento. O procedimento nos casos de suspensão ou perda do poder familiar é regulado pelos arts. 155 a 163 do ECA e pelos arts. 1.635 a 1.638 do Código Civil. Pode ser iniciado por provocação do Ministério público ou por qualquer pessoa que tenha legítimo interesse. O juiz, em face das circunstâncias do caso concreto, poderá suspender o poder familiar, liminar ou incidentalmente, até o julgamento final, confiando a criança ou o adolescente à pessoa idônea. Concomitantemente, o guardião poderá requerer a adoção. A precedente adoção não restabelecerá o poder familiar, podendo vir a constituir novo vínculo adotivo, em tudo semelhante à própria natureza, sempre resguardando os interesses superiores da criança ou adolescente.

Dessa maneira, ainda que os adotantes devolvam o filho adotivo à instituição de acolhimento, eles continuam registrados como pais em razão da irrevogabilidade, podendo, inclusive, pagar pensão alimentícia. Com a posterior destituição do poder

familiar, a relação filial existente entre eles permanece até que uma nova adoção seja deferida. Nesse contexto, argumenta Rocha (2007)²:

Por isso, **apesar de “devolvida” a criança, deverá subsistir direito de alimentos, pois é ainda filho, enquanto não se fizer uma adoção com êxito que gere a filiação substituta.** A propósito, defendo que mesmo o pai que perde o poder familiar não fica exonerado de pagar alimentos, enquanto não se constituir nova paternidade por adoção, até porque o dever de alimentos não está exclusivamente atrelado ao poder familiar, mas ao dever de assistência entre familiares. (grifos acrescentados)

Pode ocorrer também a devolução durante o estágio de convivência, no qual o adotante obtém a guarda provisória do menor durante um período fixado pelo juiz, antes da sentença de adoção. Esse estágio tem como objetivo maior estabelecer laços afetivos entre adotante e adotando, a fim de que seja analisada a afinidade entre ambos para evitar devoluções posteriores à adoção.

Porém, ainda que os adotantes tenham ciência da irrevogabilidade do instituto, muitos deles procuram o Poder Judiciário objetivando reverter a adoção que eles mesmo sonharam em conseguir, sem, no entanto, apresentarem motivações plausíveis que justifiquem tal ato.

A palavra “devolver” nos remete à ideia de rejeição, de não aceitação. Embora seja o termo mais usual nos casos de desistência da adoção, este sugere, ainda, a noção de rejeitar uma “mercadoria” que constitui algum vício ou até mesmo mandar de volta algo que não lhe pertence, embora se trate de vidas humanas. Diante disso, há divergências quanto ao seu uso por alguns estudiosos, que preferem substituí-lo por “interrupção”, conforme expõe Frassão (2000, p. 29):

Nos Estados Unidos, onde existem as agências de adoção, agências essas que fazem o encaminhamento das crianças para as famílias pretendentes à adoção bem como o treinamento desses referidos casais, as pesquisas Steinhauer (1991), Barth e Berry (1990), McDonald, Lieberman, Partridge e Hornby (1991), retratam os procedimentos que os pesquisadores têm observado como necessários na prevenção da devolução ou fracasso na adoção. Observa-se, porém, que nestas pesquisas não aparece a palavra devolução, mas sim interrupção (*disruption*). Um termo pode ser diferenciado do outro considerando que nem todas as situações relatadas configurar-se-iam como devolução, ou seja, um retorno a uma situação anterior, mas uma interrupção no relacionamento criança ou adolescente e a família substituta. Esta seria, porém, apenas uma discussão sobre a diferenciação dos procedimentos que acompanham este processo, pois o componente interno é o mesmo, a separação.

² ROCHA, Maria Isabel de Matos. In: **Crianças “devolvidas”**: Os “filhos de fato” também têm direito? Disponível em: <http://www.coad.com.br/busca/detalhe_42/1109/Doutrina>. Acesso em: 03 jan. 2015.

A devolução, portanto, compreende a reprovável prática de restituir os adotados às casas de acolhimento, constituindo uma reedição do abandono muitas vezes sem motivações concretas. Não deveria ocorrer em razão da irrevogabilidade da adoção, mas a lei permite lacunas nos casos já mencionados ou quando a situação é insustentável. A criança ou adolescente se vê ainda mais fragilizada e o Poder Judiciário não tem outra saída a não ser aceitá-la, mesmo que não esteja previsto em lei, pois mantê-la em um ambiente de rejeição e maus tratos a causaria ainda mais danos psicológicos. Rocha³ confirma essa triste realidade:

“Devolvida”? Porque usar esta palavra? Usamos esta palavra porque é a palavra usada pela família insatisfeita que “devolve”. E a quem se “devolve” uma criança? Pretendem “devolver” para a Justiça da Infância, (mesmo que não tenha sido o Juiz da infância que tenha lhes “entregado” a criança). E conseguem “devolver”? A resposta, infelizmente, é positiva: “devolvem”, sim. O Juízo da Infância recebe sim esta criança e procura lhe dar a proteção que a família está lhe negando (ainda que esta “proteção” seja sob o duvidoso teto dum abrigo de crianças). Porque a alternativa, para a criança, se o Juízo da Infância não a acolher, pode ser suportar maus tratos, abusos, humilhações, indiferença, descaso, no seio dessa família. Manter a criança nessa família, à espera do fatal abandono, expulsão de casa, ou tratamento discriminatório, descuidado, negligente, indiferente, humilhante ou até agressivo, violento e hostil, constitui, a meu ver, a mais cruel violação dos direitos humanos.

Dessa forma, levando em consideração que o melhor interesse da criança e do adolescente deve sempre prevalecer, é de aceitar que, nesses casos, a irrevogabilidade da adoção seja “violada”, tendo em vista que o menor é um ser em desenvolvimento carente de proteção e amparo, no qual não encontrará tais cuidados se permanecer num ambiente familiar hostil e insustentável. É preferível que a criança volte para o abrigo a continuar vivendo no lugar onde é diariamente rejeitada.

3.2 MOTIVOS DA DEVOLUÇÃO

Os pretendentes à adoção são, na maioria dos casos, inférteis que, na ânsia de se tornar pai/mãe, optam por adotar um filho. Estão dispostos a percorrer todo o

³ ROCHA. *op. cit.* Acesso em: 03 jan. 2015.

longo processo de adoção, passando por um curso de preparação e pelo crivo do Judiciário. A maioria desses candidatos, conforme já analisado, almeja adotar crianças com idade entre 0 a 5 anos, demonstrando que a preferência é por bebês ou crianças menores.

Quando ocorre a devolução de algum filho adotivo, geralmente a criança já é um pouco mais crescida e tem ciência de que sua história é marcada por abandono e rejeição. Nesse diapasão, Ladvoat (2005, p. 03) demonstra, no 10º Encontro Nacional de Apoio a Adoção, que:

Geralmente a devolução ocorre nas adoções tardias, muito mais pelas dificuldades dos pais no período de adaptação, dificuldades essas embasadas nas crenças e mitos sobre a vida pré-adotiva das crianças e pelo peso da genética herdada. (...) A família geralmente atribui determinados comportamentos às histórias de vida difíceis de serem esquecidas. Nestes casos a passagem do abrigo à casa da família deve ser acompanhada mais de perto pelos profissionais da Vara da Infância. (...) As motivações dos pais não foram devidamente conscientizadas na época da opção pela adoção e encontram barreiras na aceitação.

A criança maior ou adolescente vai para a nova família cheia de inseguranças, frustrações e rebeldias devido a sua condição de abandono. Costumam questionar e provocar os adultos na tentativa de chamar atenção já que são carentes de afeto. Todas essas imperfeições são usadas como justificativas da devolução, sem levar em consideração que todos possuem defeitos e que esses quase sempre são aceitos quando o filho é biológico. Rocha⁴ confirma esse argumento ao prever que:

O fio condutor destas histórias passa por pontos comuns, sendo constantes: a) A motivação inadequada que leva as pessoas a acolher crianças; b) A falta de preparo e maturidade psicológica dessas famílias para assumir a responsabilidade de uma criança; c) O preconceito cultural que desmerece estas crianças, e desacredita de sua capacidade de serem seres humanos completos e iguais em direitos. Revela-se isso nas justificativas para devolução uma constante é a culpabilização do outro, da criança ou seus pais biológicos, raramente há a admissão da própria falta de capacidade, tolerância ou paciência perante a individualidade da criança. É justamente quando a criança mostra sua individualidade que vem à tona a rejeição pelo “diferente”, pelo “outro”. O que no filho biológico é visto e aceito como afirmação de uma personalidade própria, no “filho emprestado” ou “de criação” passa a ser visto como mostra de más tendências ou traços psicológicos ruins oriundos da família biológica.

⁴ ROCHA. *op. cit.* Acesso em: 03 jan. 2015.

A criança crescida já possui parte da sua personalidade formada, demonstrando diversos defeitos e qualidades. Essa individualidade faz parte de qualquer pessoa, mas nos casos de adoção ela se mostra determinante para que uma devolução ocorra, juntamente com a motivação inadequada para adotar.

Souza (2012, p. 37) aponta outros motivos que os pais adotivos alegam na devolução, a exemplo da desobediência, vocabulário errado, aparência, o ato de vasculhar a casa e pegar objetos, grosserias, comer fora de hora, não saber usar garfo e faca, chorar na hora do banho. E acrescenta ainda que há casais que costumam falar que os filhos adotivos lhes trazem a lembrança da impossibilidade de gerar uma criança, afirmando se tratar do luto da infertilidade.

Apesar de a regra ser o sucesso da adoção, os casos de devolução crescem a cada dia e merecem ser debatidos pela sociedade. Não se pode negar que a adoção ainda é revestida de muitos preconceitos, principalmente pela sociedade, que costuma dar uma valoração maior à filiação biológica. O preconceito está presente até mesmo na nomenclatura usada para distinguir o “filho verdadeiro” do “filho adotivo”.

Weber (2011, p. 100) realizou uma pesquisa com 400 pessoas a fim de constatar quais são os maiores preconceitos que a população tem relacionados com a adoção, onde verificou-se que 15% dos entrevistados acham que “crianças adotadas devem ser devolvidas ao Juizado (ao orfanato ou aos pais biológicos) quando surgirem problemas como desobediência ou rebeldia”.

O cerne do problema é, sem dúvidas, as fantasias e expectativas que os adotantes depositam nos filhos. O tempo de espera gera uma expectativa pelo filho “ideal”, mas o que chega à nova família é o filho “real”. A idealização faz com que eles enxerguem a adoção de maneira fantasiosa e não tolerem qualquer desobediência. A herança genética é também mais um fator motivador de preconceitos por parte dos adotantes, que passam a achar que os defeitos da criança advêm da sua família natural, conforme a análise de Levy *et. al.* (2009, pp. 59-60):

Algumas famílias que adotam crianças já com 7/8 anos, muitas vezes sem qualquer conversa prévia, acabam por devolvê-las, alegando, defensivamente, que dela cuidaram, alimentaram, trataram, e esta não soube corresponder a tal dedicação, possivelmente pelas tendências agressivas herdadas dos genitores. [...] **A imagem da criança ideal (aquela que o casal imagina para si antes de adotar uma de fato) deve**

ser desvinculada da criança real, pois se isso não ocorrer, os pais adotivos não poderão suportar os conflitos que esta criança irá trazer que seriam considerados normais se estes fossem vistos como filhos de fato, pois se a criança for integrada como filho, qualquer crise não será diferente daquelas vividas em famílias com filhos biológicos. **As devoluções apontam para um fracasso que atinge a todos os envolvidos no processo, principalmente às crianças que, na maior parte das vezes acabam sendo responsabilizadas pela decisão tomada pelos adultos.** (grifos acrescentados)

A motivação inadequada para adotar agrava ainda mais o problema. Os pretendentes à adoção, durante o processo de habilitação, passam por um curso preparatório elaborado pela equipe técnica interprofissional da Vara da Infância e Juventude, no qual suas motivações são analisadas. Em algumas Varas do país, as equipes interprofissionais estão usando o referido curso de preparação como tentativa de evitar que o número de devoluções cresça. Nesse sentido, Motta (2005, p. 77) pondera:

Antes de tudo é, pois, importante que enfatizemos que a “devolução” deveria ser tema prioritário na preparação dos pais pretendentes à adoção, pois se trata de experiência traumatizante que atinge diretamente a autoestima da criança, sua crença em ser alguém de quem se possa gostar e a quem se possa amar, como mina toda e qualquer forma de confiança da criança em outro, bem como sua esperança no futuro e sua possibilidade de entregar-se para novas relações afetivas.

Cumprе salientar que o art. 29 do ECA estabelece que “não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado”. Assim, procura-se saber a real intenção que os adotantes têm perante o menor, quais seus medos e receios relacionados à adoção. Analisam se o adotando irá ocupar o lugar de filho na vida desses candidatos ou se a adoção está sendo apenas uma forma de suprir a frustração da infertilidade dos pretendentes, com base nos seus discursos. Quando a equipe do Judiciário constata essa motivação incorreta muitas vezes a adoção não é deferida, pois já há algum fator de risco que indique que a criança venha a ser devolvida. Sem dúvidas, essa prevenção é a melhor solução para o problema.

O acompanhamento da equipe interprofissional se faz indispensável também no momento em que os adotantes demonstrem o desejo de devolver, devendo ser realizado um tratamento mais profundo, principalmente com os pais, na tentativa de

reverter a situação e fazê-los entender que toda relação possui conflitos que podem ser superados no dia-a-dia. A psicanalista e professora da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP) Edilene Queiroz, ao conceder uma entrevista para a revista Aurora⁵, demonstra que o acompanhamento psicológico pode ser eficaz:

[...] Ela conta que já esbarrou em situações parecidas como as registradas em Minas Gerais e em Santa Catarina ao longo dos oito anos em que coordena o Serviço de Filiação Adotiva (Sofia), vinculado à clínica de psicologia da Unicap. O núcleo foi criado depois que uma mãe procurou a clínica querendo devolver a filha adotiva após 15 anos de convivência. **“Ela chegou desesperada, dizendo que não queria mais ficar com a garota porque ela estava dando problemas”, recorda Edilene. A equipe providenciou acompanhamento psicológico para a mãe por seis meses, para ajudá-la a lidar com as dificuldades de relacionamento. O final foi menos drástico: a jovem continuou com a família.** (grifos acrescidos)

Dessa forma, com o atendimento adequado, há a possibilidade de se recuperar o vínculo afetivo de filiação entre adotante e adotado, evitando-se que o número de devoluções cresça.

3.3 O SEGUNDO ABANDONO E OS DANOS PSICOLÓGICOS CAUSADOS NA CRIANÇA

É extremamente delicada a situação das crianças e adolescentes que se encontram em instituições de acolhimento aguardando uma adoção. Estão ali porque já sofreram algum tipo de trauma em suas vidas: foram vítimas de maus tratos, violência, abandono, rejeição etc. Essas marcas traumáticas já são, por si só, suficientes para que essas crianças tenham uma autoestima baixa e demasiada carência de afeto.

O ECA estabelece, em seu art. 101, § 1º que “o acolhimento institucional e o acolhimento familiar são medidas provisórias e excepcionais, utilizáveis como forma de transição [...] para colocação em família substituta”. Assim sendo, a lei estatutária consagrou os princípios da excepcionalidade e brevidade do acolhimento

⁵ ENQUANTO dure que se queria eterno. In: **Revista Aurora**. Disponível em: <<http://aurora.diariodepernambuco.com.br/2012/06/o-enquanto-dure-que-se-queria-eterno/>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

institucional. No entanto, a realidade se distancia da disposição legal, pois há inúmeras crianças que permanecem toda sua infância e adolescência em abrigos, totalmente privadas de seu direito constitucional à convivência familiar e sem referências paternas/maternas, ficando, muitas vezes, condenadas a permanecer na instituição devido a seu histórico de “devolução”.

Sabe-se que conviver em um ambiente familiar sadio e estruturado contribui de maneira significativa para o desenvolvimento psíquico da criança e do adolescente que se encontram na fase mais importante de suas vidas, pois a maneira como vivencia esse período repercutirá futuramente na formação de sua personalidade.

Insta salientar que não é só a criança crescida, ciente da sua situação, que apresenta danos psicológicos com a rejeição. Os bebês e crianças pequenas também ficam com o psicológico afetado quando são privadas de contatos maternos. Silva e Silva (2012, p. 4) afirmam que nessa fase, as primeiras relações são de enorme importância para o desenvolvimento psíquico da criança e a falta de um ambiente familiar gera sofrimento, atraso em seu desenvolvimento e incapacidade de interação.

Conforme já demonstrado, ao serem adotados, os menores costumam testar os pais adotivos objetivando chamar-lhes a atenção e verificar se a família o aceitará incondicionalmente, gerando conflitos nessa nova relação filial. Se os adotantes não estiverem realmente preparados para a adoção, preferem desistir alegando culpa do infante.

Ao retornar para a instituição de acolhimento, o adotado traz consigo feridas ainda maiores como culpa, rejeição, desenvolvimento tardio, incapacidade de demonstrar afeto e de socializar. Souza (2012, p. 41) afirma que os danos são extremos:

Desenvolve comportamento hostil como um meio de defesa, fica indiferente, preguiçosa, fria, dura, pois estará revivendo o trauma inicial de separação dos seus pais consanguíneos. Não confia no adulto e apresenta baixo desenvolvimento físico e cognitivo. Aprende a “fingir” para disfarçar seus verdadeiros sentimentos. A devolução é um dano inesquecível. Algumas crianças devolvidas apresentam quadros depressivos, ficam sem dormir e se alimentar, se castigando, chorando, se culpando. A criança é o lado mais fraco da história, é vulnerável. Se devolvido, haverá revolta e a esperança será assassinada.

A criança/adolescente que está em pleno desenvolvimento, formando ainda sua personalidade, sente-se incapacitada de ser amada, sendo afetada de tal maneira que adquirem até mesmo patologias. Souza (2012, p. 40-41) narra relatos de alguns casos de devolução, onde diz:

[...] O devolvido se enfiou embaixo da cama e só saía para o banheiro e voltava, até comendo um pouco do que lhe ofertavam. [...] Um caso de devolução em que o jovem desenvolveu “cegueira emocional”. Seus olhos clinicamente perfeitos se negavam a ver o mundo. Tornou-se um cego devido ao trauma que passou.

Apesar de cada caso ter sua peculiaridade, dificilmente não haverá dano algum para a criança e adolescente devolvido, bem como para o próprio adotante que se sente frustrado pelo insucesso da adoção, pois anseios que não se concretizaram, sonhos e situações que jamais se tornarão reais, causam abalos emocionais, psicológicos, pessoais.

Não há dúvidas que a prevenção é o melhor caminho para combater a reedição do abandono de fato da criança, mas é necessária a participação do Poder Público. A falta de investimentos em programas de apoio bem como em profissionais adequados em diversas Varas de Infância e Juventude no País, que proporcionem um conhecimento mais apurado e concreto acerca deste segundo abandono e das circunstâncias a ele inerentes que interferirão no desenvolvimento da criança e do adolescente, acarretam em uma preparação de adoção com inúmeras falhas e, muitas vezes, ineficaz

3.4 CASOS DIVULGADOS NO BRASIL

Apesar de haver muitos casos de devolução no país, poucos são divulgados. Os que se têm conhecimento são aqueles em que especialistas usam como base de estudo ou os que a mídia raramente publica.

Exemplificando todo o exposto no presente trabalho, alguns casos reais merecem destaque a fim de analisar as motivações das devoluções, bem como o contexto em que ocorreram e suas consequências.

Um dos casos mais divulgados pela mídia brasileira ocorreu em 2010, no estado de Santa Catarina, no qual um casal adotou dois irmãos biológicos, um menino e uma menina e foi divulgado pelo jornal online Estadão.

De acordo com o jornal O Estadão⁶, seis anos após a adoção, o garoto, que na época tinha 12 anos, foi devolvido sob a alegação de que possuíam problemas de relacionamento. Após a devolução, constatou-se que o casal só tinha interesse na menina, apesar de ter aceitado a condição de adotá-la com o irmão já que a Nova Lei de Adoção assim exige. Nesse tempo em que permaneceu com a família substituta, os adotantes o tratavam de maneira discriminatória em relação à irmã e ao filho biológico e o maltratavam por diversas vezes. Com isso, os adotantes foram destituídos do poder familiar de ambos os filhos adotivos e condenados a pagar indenização por danos morais no valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), a ser dividido entre os irmãos.

O Promotor de Justiça de Minas Gerais, Epaminondas da Costa (2009, p. 02), em sua tese sobre o tema, narra outro caso de devolução que se deu ainda no estágio de convivência:

Na situação noticiada mais amplamente pela mídia, uma criança de 08 (oito) anos de idade, após ficar sob a guarda judicial do casal requerente por 08 (oito) meses, no processo de adoção, **foi “devolvida” injustificadamente à Vara da Infância e da Juventude, não obstante os laudos da equipe técnica do Juízo indicassem a total adaptação da criança ao novo lar e do casal em relação a ela.** A rigor, a criança foi notoriamente iludida pelos adotantes, a tal ponto de ter aceitado a “mudança” de seu prenome no meio social antes mesmo do encerramento do processo de adoção. [...] Pois bem, com o retorno da criança à instituição de acolhimento (abrigo), a equipe técnica do Juízo (Psicóloga e Assistente Social) constatou que ela se mostrava muito confusa em relação a sua identidade, por causa da mudança indevida de seu prenome pelos requeridos, ou seja, ora ela referia a si mesma pelo nome de registro (certidão de nascimento), ora pelo nome dado pelo casal adotante (sem autorização judicial). **Os laudos evidenciaram ainda que a adotanda estava bastante abalada emocional e psicologicamente, especialmente diante da atitude injustificada dos requeridos em devolvê-la ao “abrigo”, fazendo com que, portanto, ela se culpasse pelo ocorrido, agravando ainda mais o seu sofrimento.** [...] Advirta-se, por oportuno, que o agravamento do sofrimento da criança não está fundado apenas nesse segundo abandono (“devolução” pelos requeridos), mas também, na conduta desumana levada a efeito em relação à adotanda. O casal induziu-a à mudança de prenome, para a sua aceitação pelos requeridos. Enganou-a com a promessa de que o casal a tinha, verdadeiramente, como filha, pedindo-lhe, pois, que chamasse um e outro de pai e de mãe, e os seus ascendentes, de avós etc. Contudo,

⁶ CASAL é condenado por tentar devolver filho 6 anos após adoção em SC. In: **O Estadão**. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,casal-e-condenado-por-tentar-devolver-filho-6-anos-apos-adocao-emsc,773390>>. Acesso em: 15 jan 2015.

repentinamente, sem qualquer explicação para a criança ou para a Justiça, os requeridos devolveram-na à instituição de acolhimento, fazendo com que a adotanda, depois de vários meses de convívio diário com o casal, na condição socioafetiva de filha, passasse a se perguntar onde estaria a sua culpa pelo ocorrido.

Diante desses relatos, pode-se analisar no primeiro caso que os adotantes não constituíram um vínculo afetivo de filiação com o menor. Por imenso desejo em adotar a menina, acabaram aceitando o “ônus” de adotar o irmão, mas não deram a ele o papel de filho. A Constituição Federal não aceita tratamento discriminatório entre os filhos, seja qual for a origem de filiação, embora ocorresse constantemente com a criança devolvida, que se sentia rejeitada dentro do seio familiar.

No segundo caso, apesar de a adoção não ter sido deferida por sentença judicial, o tempo em que a criança permaneceu com a família adotiva foi suficiente para haver danos psicológicos decorrentes da devolução, como a culpabilização e a perda de identidade. Ademais, a devolução ocorreu sem nenhuma justificativa plausível, demonstrando a total falta de responsabilidade dos candidatos à adoção, talvez gerada por uma motivação inadequada.

Portanto, conclui-se, em ambos os casos, que a devolução acarreta, inevitavelmente, consequências negativas no psicológico do menor e se dá, na maioria das vezes, por motivação fútil. A prática da devolução, infelizmente, está se tornando algo banal e a irrevogabilidade da adoção imposta pela lei estatutária é desrespeitada quase que diariamente, cabendo ao Poder Judiciário reprimir tais práticas responsabilizando civilmente os infratores.

4 A REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS EM FACE DA DEVOLUÇÃO DO FILHO ADOTIVO

Para que se estude instituto do dano moral, imperioso se faz analisar, de forma sucinta, seu surgimento e evolução. Historicamente, encontram-se sinais de sua existência até mesmo antes do nascimento de Cristo, no Código de *Ur-Mammu*, uma das codificações mais antigas que se tem notícia, na qual previa pagamento pecuniário para indenizar o dano.

Posteriormente, o Código de Hamurabi também apresenta alguns casos em que cabe reparação por danos, apesar de as penas possuírem um caráter físico e não pecuniário. A Lei das XII Tábuas e o Código de Manu trouxeram de volta a reparação do dano por meio de pagamento pecuniário, sem extinguir a sanção de caráter corporal. Reis (2001, p. 12), nesse sentido, afirma:

Suprimiu-se a violência física, que estimulava nova reprimenda igualmente física, gerando daí um ciclo vicioso, por um valor pecuniário. Ora, a alusão jocosa, mas que retrata uma realidade na história do homem, onde o bolso é a parte mais sensível do corpo humano, produz o efeito de obstar eficazmente o animus do delinquente.

Na Bíblia também constam passagens que tratam da reparação por danos morais, onde a honra se constituía um dos bens mais tutelados. Na Grécia Antiga, o castigo físico foi afastado de vez, prevalecendo o caráter pecuniário da reparação por prejuízos morais.

Por conseguinte, no Direito Romano a reparação do dano moral por meio de um pagamento cujo valor é fixado pelo Juiz se estabeleceu e ganhou definitivamente o seu lugar. Os Romanos protegiam precipuamente a honra e as vítimas de injúria eram ressarcidas pecuniariamente, cujo valor dependia da gravidade de cada caso.

Já no Brasil, o instituto do dano moral pode ser dividido em duas fases distintas: antes e após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Na fase que antecede a Carta Magna, havia aqueles que defendiam a impossibilidade de indenização por danos morais sob a alegação de que a dor não se compensa com dinheiro e que seu valor é de difícil fixação. De um lado, os que defendiam sua possibilidade argumentavam que o dano moral só seria aceito se houvesse,

concomitantemente, condenação por danos patrimoniais ao passo que, contrariamente, outros só o aceitavam na ausência de qualquer dano material.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 a discussão a respeito do seu cabimento ou não, chega ao fim. A reparação por danos morais é aceita amplamente pela doutrina e jurisprudência, posto que o legislador conferiu explicitamente sua autonomia em detrimento aos danos patrimoniais, dando-lhe a condição de cláusula pétrea por se tratar de um direito individual fundamental, nos seguintes incisos do art. 5º da Lei Maior:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Há também a previsão do dano moral no Código Civil de 2002, que estabelece em seu art. 186 que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Dessa maneira, qualquer pessoa que sofra dano de caráter moral pode exigir a sua reparação, pois se trata de um direito subjetivo. Nesse aspecto, o presente capítulo tem por foco primordial analisar o cabimento da reparação por danos morais à criança ou adolescente devolvido após a adoção.

4.1 O DANO MORAL: CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS

Superados os questionamentos acerca da admissibilidade do dano moral, necessária se faz a sua conceituação na doutrina pátria. Sem grande rigor, a palavra dano deriva do latim *damnum* e significa todo e qualquer prejuízo sofrido ou causado por alguém, ocasionando ofensa a um bem jurídico que pode ser de caráter patrimonial ou moral.

O dano moral é, portanto, a lesão a um direito subjetivo, de caráter não patrimonial, atingindo a seara personalíssima da pessoa que sofre o constrangimento. Assim, Cardin (2012, p. 16) defende:

Este provoca no ser humano uma lesão em seus valores mais íntimos, tais como o sentimento, a honra, a boa fama, a dignidade, o nome, a liberdade etc. O dano moral, embora não seja suscetível de aferição econômica, é ressarcido para compensar a injustiça sofrida pela vítima, atenuando em parte o sofrimento.

Destarte, para se entender melhor o dano moral, é necessário adentrar na esfera dos direitos da personalidade, direitos esses que são inerentes ao próprio ser humano e garantidos na Constituição Federal desde o seu nascimento com vida por constituírem espécie dos direitos humanos fundamentais.

Os direitos de personalidade caracterizam a pessoa como ser individual, tripartindo-se nos direitos inerentes à: integridade física, que consiste no direito à vida, a alimentos, ao corpo (vivo ou morto) e suas partes; integridade intelectual, que se refere à liberdade de pensamento; e integridade moral e psíquica, relacionada à honra, sentimentos, dignidade, identidade familiar, pessoal e social. São, portanto, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis, vitalícios e constituem a mais expressiva garantia do princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse diapasão, Cavalieri Filho (2012, p. 88) demonstra:

São os direitos da personalidade, que ocupam posição supraestatal, dos quais são titulares todos os seres humanos a partir do nascimento com vida (Código Civil, arts. 12 e 22). São direitos inatos, reconhecidos pela ordem jurídica e não outorgados, atributos inerentes à personalidade, tais como o direito à vida, à liberdade, à saúde, à honra, ao nome, à imagem, à intimidade, à privacidade, enfim, à própria dignidade da pessoa humana. Pois bem, logo no seu primeiro artigo, inciso III, a Constituição Federal consagrou **a dignidade humana como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito**. Temos hoje o que pode ser chamado de direito subjetivo constitucional à dignidade. Ao assim fazer, **a Constituição deu ao dano moral uma nova feição e maior dimensão, porque a dignidade humana nada mais é do que a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos**. Os direitos à honra, ao nome, à intimidade, à privacidade e à liberdade estão englobados no direito à dignidade, verdadeiro fundamento e essência de cada preceito constitucional relativo aos direitos da pessoa humana. (grifos acrescidos)

Frise-se que os direitos de personalidade não constituem um rol taxativo, pois ele abrange todos os mínimos direitos necessários para que o indivíduo possa viver com dignidade e a violação de algum desses direitos pode ensejar dano moral.

O dano moral não integra qualquer lesão ao patrimônio, posto que diz respeito somente à pessoa que tem sua dignidade violada. Ressalte-se que a dor é mera consequência do dano moral e não a sua causa, pois o prejuízo deve incidir em um dos direitos de personalidade e possuir a dor como efeito da lesão ao direito. Dessa forma, é muito tênue a diferenciação do mero desagrado ou aborrecimento e a configuração do dano moral. Assim ensina Cavalieri Filho (2012, p. 93):

Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos.

A reparação por danos morais consiste em um valor pecuniário arbitrado pelo Juiz e possui como natureza jurídica a compensação do dano, ainda que de maneira ínfima, pelo sofrimento causado ao ofendido. Essa compensação possui o propósito de amenizar a lesão do dano, mas jamais irá restituir o ofendido ao *status quo*, tendo em vista que o sofrimento não é passível de valoração pecuniária.

Ademais, há quem entenda que a indenização por danos morais compreende dupla natureza jurídica. Além da compensatória, ela tem por objetivo desencorajar a prática do dano, configurando-se uma penalização pedagógica. É esse, portanto, o entendimento de Pereira (1992, p. 55):

Quando se cuida do dano moral, o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: caráter punitivo, para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o caráter compensatório para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido.

No que se refere à prova do dano moral, Cardin (2012) elucida que ocorre em dois momentos diversos, no qual inicialmente se comprova o fato através de provas objetivas, para posteriormente avaliar o dano moral em seu caráter subjetivo, que envolve o íntimo do ofendido.

Dessa forma, quando se prova a existência do fato que originou o dano moral, este conseqüentemente será presumido, não necessitando de elementos probatórios, pois o dano deriva do próprio fato. A prova, nesses casos, é *in re ipsa*, conforme justifica Cavalieri Filho (2012, p. 97):

Entendemos, todavia, que por se tratar de algo imaterial ou ideal, a prova do dano moral não pode ser feita através dos mesmos meios utilizados para a comprovação do dano material. Seria uma demasia, algo até impossível, exigir que a vítima comprove a dor, a tristeza ou a humilhação através de depoimentos, documentos ou perícia; não teria ela como demonstrar o descrédito, o repúdio ou o desprestígio através dos meios probatórios tradicionais, o que acabaria por ensejar o retorno à fase da irreparabilidade do dano moral em razão de fatores instrumentais. Neste ponto a razão se coloca ao lado daqueles que entendem que **o dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado.** Em outras palavras, o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis oufacti*, que decorre das regras da experiência comum. (grifos acrescentados)

Ressalte-se que não é em todos os casos que a prova do dano moral é presumida. Para haver a presunção do dano é necessário que o sofrimento da vítima tenha nexos de causalidade com o fato, ou seja, este deve ser plenamente capaz de causar dano.

4.2 A CRIANÇA E ADOLESCENTE COMO SUJEITOS DE DIREITOS

Durante muitos séculos a população infanto-juvenil foi vista em todo o mundo como pessoas sem importância e indignas de serem titulares de quaisquer direitos. A criança e o adolescente eram tidos como meros objetos da família e do Poder Estatal, que podiam sacrificá-los, caso nascessem com alguma deformidade, vendê-los e excluí-los da família. Barbosa e Souza (2013, p. 24) descrevem o que acontecia nessa época:

Houve um tempo em que crianças e adolescentes eram vistos como coisas, objeto da propriedade de seus pais ou responsáveis legais. Houve um tempo em que crianças e adolescentes indesejados eram simplesmente jogados no lixo, largados em instituições religiosas ou abandonados à

própria sorte mediante um simples ato visto à época como aceitável e natural. Houve um tempo em que esses indivíduos, independentemente da prática de um crime, eram arbitrariamente esquecidos em cárceres, por período indeterminado, sob o argumento de que se encontravam na subversiva situação irregular:

Alberton (2005, p. 41) ensina que em meados dos séculos XVI e XVII iniciou-se um sutil “sentimento da infância”, sobretudo em crianças pequenas que possuíam um cuidado especial. No entanto, por volta dos sete anos de idade, os pais tratavam as crianças de maneira mais rígida, exigindo-lhes comportamentos e responsabilidades de adultos. Nessa época surgiram os castigos e maus tratos direcionados ao infante, resultando no aumento do índice de mortalidade de crianças.

No Direito Brasileiro, inexistia legislação garantindo direitos aos menores até o século XX. O 1º Código de Menores entrou em vigor em 1927, consistindo na primeira codificação que regulava os direitos das crianças e adolescentes em “situação irregular”, tratando a respeito do menor abandonado e infrator, conforme já explicado no presente trabalho.

Durante a ditadura militar surgiram duas leis que tratam do infante: a Lei nº 4.513/64, que trata da Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor e a Lei nº 6.697/79, o novo Código de Menores. Tais legislações, porém, nada acrescentaram no que se refere a garantir direitos às crianças e adolescentes.

Após, o Estado Brasileiro mostrou avanço com o surgimento da Constituição Federal de 1988 e ratificou a Declaração Universal dos Direitos da Criança, assegurando, pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro, direitos fundamentais à criança e ao adolescente, superando de vez a “situação irregular” dos menores.

Posteriormente, houve a ratificação da Convenção sobre os Direitos da Criança e a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, revogando do Código de Menores e a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor.

Destarte, o ECA surgiu junto à revolta e apelo da sociedade em favor dos direitos das crianças e adolescente, que passaram a ser tratados como sujeitos de direitos, razão pela qual o Estado garantiu-lhes todos os direitos já destinados à população, consoante dispõe os seguintes artigos da lei estatutária:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.
[...]

Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.
[...]

Art. 100. Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:

I - condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos: crianças e adolescentes são os titulares dos direitos previstos nesta e em outras Leis, bem como na Constituição Federal;

Dessa forma, a população infanto-juvenil é distinguida por possuírem a peculiar característica de pessoas em desenvolvimento, fazendo jus a um tratamento especial e privilegiado em detrimento dos adultos, sob o manto da Proteção Integral e o Melhor Interesse da criança e do adolescente.

São, portanto, conferidos a essa parcela da sociedade, desde a mais tenra idade, os direitos fundamentais inerentes ao próprio homem, tais como a dignidade da pessoa humana, o direito à vida, à integridade física e psíquica, à convivência familiar, à saúde, às políticas sociais públicas, dentre outros, sempre visando o melhor interesse da criança em quaisquer circunstâncias.

A lesão ao direito da criança, seja este material ou moral, possui como resultado o dever de ser reparado pelo autor do dano. Nas palavras de Lisboa (1993, p. 471):

O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente contém inúmeros dispositivos de proteção ao menor por danos morais. **O desenvolvimento moral, físico e social vem de expressa disposição legal, punindo-se, na forma da lei, qualquer ameaça ou ato comissivo ou omissivo contra seus direitos fundamentais, que são, em verdade, personalíssimos** (arts. 3º e 5º). (grifos acrescentados)

Todos esses direitos de personalidade são inatos aos infantes por serem sujeitos de direitos e a violação de qualquer um deles enseja a sua indenização. Nesse sentido, não há qualquer impedimento que dificulte a criança e adolescente de pleitear seus direitos, inclusive os imateriais.

4.3 DO CABIMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

Atualmente, entende-se que a expressão “pátrio poder” foi alterada por “poder familiar” a partir do advento do Código Civil de 2002. No entanto, as modificações não se restringem apenas à escrita da expressão, pois o seu significado também foi alterado. Dessa maneira, o poder familiar se constitui um instituto que representa, principalmente, ônus por parte dos titulares, que devem não apenas sustentar, alimentar e educar os filhos, mas também garantir-lhes uma convivência familiar saudável, amá-los, respeitá-los, protegê-los de toda e qualquer violência, negligência, discriminação, exploração, *etc.*

Sabe-se que quando os pretendentes manifestam seu desejo em adotar uma criança ou adolescente, estão cientes de que devem cumprir com todos os deveres inerentes ao poder familiar, pois o adotado se torna filho sem qualquer ressalva discriminatória.

A adoção, inclusive, é um direito da criança e do adolescente como forma de inseri-los em família substituta e deve ser deferida pelo magistrado apenas quando garante efetivas vantagens ao menor, segundo aduz o art. 43 do ECA.

No entanto, conforme já demonstrado no presente trabalho, crescem o número de casos em que, após o trânsito em julgado da sentença de adoção, os adotantes desistem daquilo que pela lei é irrevogável, causando, inevitavelmente, sequelas no âmbito psíquico da criança difíceis de serem superadas.

O ato de devolver o filho que se adotou às casas de acolhimento constitui na lesão a vários direitos personalíssimos do infante, que perde a chance de conviver em um ambiente familiar, tem sua confiança com os pais adotivos quebrada e tem seu desenvolvimento psíquico prejudicado devido aos traumas decorrentes do abandono.

Na maioria dos casos, os adotantes sequer buscam meios para evitar a devolução do filho junto às equipes interprofissionais da Vara da Infância, agravando ainda mais o ato ilícito por eles praticado, pois demonstra a falta de vontade de persistir para que a relação filial venha a dar certo.

Privar a criança de vivenciar tais direitos, devolvendo-a como uma mercadoria defeituosa, constitui uma das maiores ofensas ao princípio da dignidade

da pessoa humana, Portanto, ante a existência plausível do dano moral, é justa sua reparação, consoante entendimento de Rocha⁷:

A criança, revoltada e muito sensibilizada, tem de enfrentar pela segunda (ou terceira, quarta) vez a situação de abandono e rejeição. [...] O dano mais apreciável é o moral, psicológico, afetivo, difícil de reverter pela vida afora. A doutrina proclama que a criança e o adolescente podem ser vitimadas pelo malefício de ordem puramente moral, dano esse que deve ser reparado.

Além disso, o profundo trauma vivenciado pela criança e adolescente devolvidos não é a única consequência da devolução. O infante passa a ser tachado como alguém problemático, com dificuldades de adaptação e convívio, prejudicando até mesmo uma nova adoção por acreditar que a “culpa” está na criança. MACIEL (2010, p. 186) corrobora desse pensamento:

O retorno da criança à entidade de acolhimento institucional impede ou dificulta sobremaneira uma nova colocação em família substituta, pois as consequências traumáticas do ato ilícito podem gerar a possível frustração de outra possibilidade de adoção da criança, seja pela resistência nos demais casais habilitados, seja por uma provável dificuldade de adaptação da criança a uma nova adoção, caso venha a apresentar problema psicológico temporário ou permanente.

Assim sendo, nota-se que a criança, já estigmatizada, perde a chance de concretizar seu direito de conviver em um ambiente familiar estável, correndo o risco, ainda, de permanecer durante toda a sua adolescência na instituição de acolhimento devido aos preconceitos que sua situação lhe impõe.

Isto posto, a ação de reparação por danos morais à criança em decorrência da sua devolução é defendida por Rocha⁸, que elucida:

No que tange às crianças, não precisaríamos mais do que o primeiro artigo da Constituição Federal, para sustentarmos nossa tese da reparabilidade do dano meramente moral, pois o artigo consagra que o Estado Democrático de Direito tem como fundamento a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Mas também poderemos citar o ECA inteiro, e sobretudo seus artigos 3º, 4º, 5º e 6º. **É evidente que com a rejeição familiar e abrigo fica destruído e inviabilizado o direito à convivência familiar (artigo 19 do ECA) e fica prejudicada fatalmente a possibilidade de assegurar à criança o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.** (grifos acrescentados)

⁷ ROCHA. *op. cit.* Acesso em: 03 jan. 2015.

⁸ ROCHA. *op. cit.* Acesso em: 03 jan. 2015.

O Ministério Público tem o importante papel de zelar pela efetivação dos direitos e garantias que são assegurados ao infante, isto porque cabe ao *Parquet* a proteção dos direitos sociais e individuais indisponíveis, difusos e coletivos.

O órgão Ministerial possui legitimidade ativa para propor a ação civil pública em favor da população infante-juvenil. Tal ação é, portanto, o meio pelo qual o Ministério Público irá garantir a proteção aos direitos e da criança e do adolescente, inclusive no que se refere aos danos morais.

Atualmente, em decorrência a tantos casos de devoluções que vêm ocorrendo no Brasil, o Ministério Público tem demonstrado preocupação com esta triste realidade destinada a muitas crianças e adolescentes abrigados, ingressando em (poucas) ações civis públicas a fim de buscar a reparação por danos morais, como pode ser demonstrado através do julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, *in verbis*:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. PODER FAMILIAR. DESTITUIÇÃO. PAIS ADOTIVOS. AÇÃO AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. ADOÇÃO DE CASAL DE IRMÃOS BIOLÓGICOS. **IRRENUNCIABILIDADE E IRREVOGABILIDADE DA ADOÇÃO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA.** [...] PERDA DO PODER FAMILIAR EM RELAÇÃO AO CASAL DE IRMÃOS ADOTADOS. DESCONSTITUIÇÃO EM FACE DA PRÁTICA DE MAUS TRATOS FÍSICOS, MORAIS. CASTIGOS IMODERADOS, ABUSO DE AUTORIDADE REITERADA E CONFERIÇÃO DE TRATAMENTO DESIGUAL E DISCRIMINATÓRIO ENTRE OS FILHOS ADOTIVOS E ENTRE ESTES E O FILHO BIOLÓGICO DOS ADOTANTES. [...] **DANO MORAL CAUSADO AOS MENORES. ILÍCITO CIVIL EVIDENCIADO. OBRIGAÇÃO DE COMPENSAR PECUNIARIAMENTE OS INFANTES.** APLICAÇÃO DO ART. 186 C/C ART. 944, AMBOS DO CÓDIGO CIVIL. JUROS MORATÓRIOS. MARÇO INICIAL. DATA EM QUE A SEQUÊNCIA DE ILICITUDES ATINGE O SEU ÁPICE, MATIZADA, NO CASO, PELO ABANDONO DO FILHO ADOTADO EM JUÍZO E SUBSCRIÇÃO DE TERMO DE RENÚNCIA DO PODER FAMILIAR. [...] VÍTIMAS QUE, NA QUALIDADE DE IRMÃOS BIOLÓGICOS E FILHOS ADOTIVOS DOS RÉUS MERECEM RECEBER, EQUITATIVAMENTE, A COMPENSAÇÃO PECUNIÁRIA PELOS DANOS IMATERIAIS SOFRIDOS [...]. I - A adoção é medida irrevogável e irrenunciável, assim como o é a filiação biológica, sendo impossível juridicamente a prática de qualquer ato dos pais buscando atingir tal desiderato. [...] Assinala-se, por oportuno, a tomada de vulto em todo o território nacional da infeliz prática de situações idênticas ou semelhantes a que se examina neste processo, atos irresponsáveis e de puro desamor de pais adotivos que comparecem aos fóruns ou gabinetes de Promotores de Justiça para, com frieza e desumanidade, "devolver" ao Poder Público seus filhos, conferindo-lhes a vil desqualificação de seres humanos para equipará-los a bens de consumo, como se fossem produtos suscetíveis de devolução ao fornecedor, por vício, defeito ou simples rejeição por arrependimento. E, o que é mais grave e reprovável, a desprezível prática da "devolução" de crianças começa a assumir contornos de normalidade, juridicidade, legitimidade e moralidade, em prol do pseudo benefício dos infantes. O Poder Judiciário há de coibir essas práticas ignóbeis e bani-las do nosso contexto sócio-jurídico de uma vez por todas.

Para tanto, há de, exemplarmente, punir os infratores das lei civis, destituindo-os do poder familiar e condenando-os pecuniariamente pelo ilícito causador de danos imateriais a crianças e adolescentes, vítimas já marcadas pela própria existência desafortunada que se agrava com os atos irresponsáveis de seus adotantes, sem prejuízo da responsabilidade criminal de seus agentes. Frisa-se, ainda, que a inserção de crianças e adolescentes em famílias substitutivas objetiva atender primordialmente os interesses dos menores (art. 1.625, CC) e não as pretensões dos pais, mesmo que altruísticas, em que pese não raramente egoísticas [...]. (TJ-SC, Relator: Joel Figueira Júnior, Data de Julgamento: 20/09/2011, Primeira Câmara de Direito Civil) (grifos acrescidos).

Este julgado se trata do primeiro caso analisado no item 3.4 do presente trabalho, no qual um garoto foi adotado conjuntamente com a irmã biológica e, após seis anos de convívio, os adotantes procuraram a instituição de acolhimento para devolver apenas o menino e desfazer a adoção alegando problemas de relacionamento.

No curso desse processo foi constatado que o menor era maltratado e discriminado na família, tendo adquirido graves problemas psicológicos em decorrência da rejeição. O Tribunal destituiu o poder familiar e condenou os pais adotivos a pagar R\$ 80.000,00 a ser repartido entre ambos os filhos adotivos.

Caso semelhante ocorreu em Minas Gerais, no qual houve a adoção de um casal de irmãos biológicos e, após um ano de convívio, ocorreu a devolução apenas do irmão. Os pais adotivos foram, dessa forma, condenados a indenizá-lo no valor de R\$ 15.000,00, conforme julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS E MATERIAIS - ADOÇÃO - DEVOLUÇÃO DO MENOR - RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS ADOTIVOS CONFIGURADA. Tendo os pais adotivos abandonado o menor, devolvendo-o ao abrigo, não tendo demonstrado sequer um mínimo de esforço para reaproximarem da criança, patente o dever de indenizar, não só porque o filho foi privado do convívio de seus pais mas, primordialmente, de sua irmã de sangue de quem sente muita saudade. Negligenciando os requeridos na criação e educação do adotado, mormente, por terem ciência de que a adoção somente foi concedida, para possibilitar o convívio irmãos, ferindo, assim, o princípio constitucionalmente assegurado, da dignidade da pessoa humana, cabe-lhes indenizar a criança pelos danos sofridos. (Apelação Cível 1.0702.09.568648-2/002, Relator (a): Des.(a) Teresa Cristina da Cunha Peixoto, 8ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 10/11/2011, publicação da súmula em 16/12/2011).

Não se deve olvidar que o direito à indenização por danos morais constitui um direito fundamental de primeira geração, pois diz respeito às liberdades individuais do indivíduo, que está positivado na Constituição Federal. Da mesma

forma, os direitos da criança e do adolescente também constituem direitos fundamentais de terceira geração já positivados, tratando-se dos direitos coletivos.

Têm-se, portanto, direitos fundamentais compatíveis, não se justificando a existência de dúvida quanto ao cabimento de indenização por danos morais ao filho que teve sua dignidade desrespeitada e, conseqüentemente, sua integridade psíquica prejudicada, em decorrência da devolução. Logo, está nítida a violação aos direitos personalíssimos da população infanto-juvenil.

Seria um contrassenso a Carta Maior positivar inúmeros direitos e garantias fundamentais, principalmente à criança e ao adolescente, sem que haja seu efetivo exercício. Havendo violação ao direito de personalidade, gerando dano moral, permitindo a lei sua reparação, não há por que negar sua efetivação.

Rocha⁹ defende que, além do cabimento de indenização por danos morais, é possível a exigência de reparação por danos patrimoniais, tendo em vista que as crianças adotadas e posteriormente devolvidas perdem o conforto material que a família substituta lhes proporcionava, dentre eles a chance de frequentar escolas de qualidade que as preparem para um futuro profissional digno.

Infelizmente, ainda que a lei estatutária garanta a irrevogabilidade da adoção, esta é desrespeitada por não haver tratamento legal específico sobre o tema. Percebe-se que o assunto ainda é tímido no meio social e a doutrina pouco trata a respeito, não havendo análise aprofundada sobre a temática em análise que permita atribuir tratamento jurídico diverso.

Conforme demonstrado, alguns Tribunais brasileiros têm se inclinado a favor da reparação por danos morais por constituir clara violação aos direitos personalíssimos da criança e do adolescente, especialmente quanto à sua dignidade, corroborando com o entendimento exposto neste trabalho.

Ainda que a indenização por danos morais não venha eliminar o dano causado nos infantes, é útil para, pelo menos, amenizá-lo e impedir a prática de futuras devoluções, pois a Justiça brasileira não pode ser indiferente aos direitos fundamentais da criança e do adolescente, que são primordiais.

⁹ ROCHA. *op. cit.* Acesso em: 03 jan. 2015.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A criança e o adolescente são seres vulneráveis que se encontram em pleno desenvolvimento. Por essa razão, a Constituição assegurou que todos os direitos inerentes a essa parcela da sociedade devem ser garantidos com absoluta prioridade, demonstrando a importância que o infante passou a ter para no ordenamento jurídico brasileiro. Tais garantias foram conquistadas após longos anos de luta em prol desses seres, que passaram muito tempo sem uma normatização que assegurasse, de forma concreta, os seus direitos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente trouxe avanços significativos atinentes aos direitos dos menores, direitos esses que são regidos por dois princípios de extrema importância: o da prioridade absoluta e o do melhor interesse da criança e do adolescente. Tais princípios se encontram pautados no instituto da adoção, que se constitui um meio de efetivar ao menor o direito de se desenvolver em um ambiente familiar sadio e estável.

O legislador conferiu natureza irrevogável à adoção, a fim de imitar a filiação natural e garantir os mesmos direitos aos filhos biológicos e adotivos, sendo proibido qualquer tipo de discriminação. Contudo, a irrevogabilidade deste instituto jurídico vem sendo constantemente violada em decorrência do surgimento de devoluções dos filhos adotivos ao Estado, que “aceita” a devolução visando o melhor interesse da criança, demonstrando, assim, a complexidade do tema.

Buscando compreender a razão de tantas devoluções, pôde-se constatar que o estopim delas se dá por motivações inadequadas para adotar. Os adotantes estão, muitas vezes, buscando filhos adotivos idealizados e qualquer tipo de defeito por parte dos adotados pode virar motivo para devolvê-los, pois não conseguiram constituir um vínculo de filiação com eles.

A criança ou adolescente devolvido se sente fragilizado, pois sua dignidade foi irresponsavelmente desrespeitada por aqueles que demonstraram desejo de cuidá-los. Muitos menores são culpabilizados, não só pelos adotantes, mas por eles próprios, adquirindo danos psíquicos que interferem negativamente em seu desenvolvimento.

Durante o processo de adoção, se a equipe técnica do Judiciário verificar que o adotante não possui uma motivação compatível com o instituto ou até mesmo não se mostrar idônea para assumir o dever de adotar um filho, o Juiz deve proferir sentença indeferindo a adoção. Não se pode olvidar que o referido instituto jurídico deve ser um direito em favor da criança e do adolescente e não do adotante.

Por tais razões, é extrema a importância do tema abordado neste trabalho, pois se faz necessário analisar maneiras de prevenção dessas reedições de abandono, onde se constatou que a participação da equipe interprofissional das Varas da Infância e Juventude pode se mostrar bastante eficaz. É preciso constatar as reais expectativas dos adotantes para evitar a motivação inadequada e garantir acompanhamento psicológico aos adotantes e adotados mesmo após a adoção efetivada.

No entanto, quando frustrados todos os meios de prevenção e, mesmo assim, a devolução venha a ocorrer, é necessário que os adotantes reparem moralmente o infante pela violação à sua dignidade, como forma de amenizar a dor causada e coibir que futuras devoluções ocorram.

Os direitos fundamentais da criança e do adolescente só foram conquistados após árdua luta e anseio social. Vivemos na era da efetivação dos direitos já conquistados, qualquer obstáculo ao efetivo exercício dos direitos fundamentais deve, de pronto, ser rechaçado.

Dessa forma, embora a Doutrina ainda seja bastante silente quanto ao cabimento de indenização por danos morais nos casos específicos de devoluções, alguns Tribunais brasileiros estão proferindo decisões no sentido de reconhecer o direito ao menor de exigir a reparação pelos danos morais causados.

De fato, essa temática abre espaço para muitas discussões e necessita de um estudo aprofundado, por não se limitar ao exposto no presente trabalho em razão da grande complexidade que se traduz no mundo jurídico.

REFERÊNCIAS

ALBERTON, Maria Silveira. **Violação da infância:** crimes abomináveis: humilham, machucam, torturam e matam! Porto Alegre, RS: AGE, 2005.

BARBOSA, Danielle Rinaldi; SOUZA, Thiago Santos de. **Direito da criança e do adolescente:** proteção, punição e garantismo: com análise da çei que regulamenta o SINASE. Curitiba: Juruá Editora, 2013.

BOCHNIA, Simone Franzoni. **Da adoção:** categorias, paradigmas e práticas do direito de família. Curitiba: Juruá, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** Organizado por Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil.** Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 04 dez. 2014.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível n. 1.0702.09.568648-2/002**, Relatora: Desa. Teresa Cristina da Cunha Peixoto. Sessão de 10/11/2011. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/infanciahome_c/adocao/Jurisprudencia_a_docao/convivencia_familiar_adocao/TJMG%20-%20Apela%C3%A7%C3%A3o%20C%C3%ADvel%20n%C2%BA%201.0702.09.568648-2%20-%20Ac%C3%B3rd%C3%A3o.pdf> Acesso em: 10 fev. 2015.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 2011.020805-7.** Relator: Des. Joel Dias Figueira Júnior. Sessão de 20/09/2011. Disponível em: <<http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20441959/apelacao-civel-ac-208057-sc-2011020805-7/inteiro-teor-20441960>> Acesso em: 10 fev. 2015.

CASAL é condenado por tentar devolver filho 6 anos após adoção em SC. **Estadão online.** São Paulo, 16 set 2011. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,casal-e-condenado-por-tentar-devolver-filho-6-anos-apos-adocao-emsc,773390>>. Acesso em: 15 jan 2015.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COSTA, Epaminondas da. **Estágio de convivência, “devolução” imotivada em processo de adoção de criança e de adolescente e reparação por dano moral e/ou material**. Uberlândia, 2009. Tese. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/infanciahome_c/adocao/Doutrina_adocao/Tese%20-%20Devolu%C3%A7%C3%A3o%20Imotivada.pdf>. Acesso em: 16 jan 2015.

COULANGES, Numa-Denys Fustel de. Trad. Frederico Ozanam Pessoa de Barros. **A cidade antiga**. São Paulo: Edameris, 1961.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 5: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ENQUANTO dure que se queria eterno. **Revista Aurora**. Recife, 17 jun 2012. Disponível em: <<http://aurora.diariodepernambuco.com.br/2012/06/o-enquanto-dure-que-se-queria-eterno/>>. Acesso em: 12 jan 2015.

FRASSÃO, Márcia Cristina Gonçalves de Oliveira. **Devolução de crianças colocadas em famílias substitutas: uma compreensão dos aspectos psicológicos, através dos procedimentos legais**. 2000. Dissertação (Mestrado em psicologia) Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000.

GAMA, G. C. N. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática com comentários à Nova Lei de Adoção (Lei 12.010/09)**. 2 ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Juruá, 2010.

KAUSS, Osmar Gama Ben. **Adoção no código civil e no estatuto da criança e do adolescente**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1993.

LADVOCAT, Cynthia. **Devolução e reintegração da criança adotiva ao abrigo**. In: Resumos de apresentações do 10º encontro nacional de apoio à adoção. Goiânia, 2005.

LEVY, Lidia; PINHO, Patrícia Glycerio R; FARIA, Márcia Moscon de. **Família é muito sofrimento**: um estudo de casos de devolução de crianças. 2009. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/revistapsico/article/viewFile/3730/4142>>. Acesso em: 05 jan. 2015.

LISBOA, Roberto Senise. **O dano moral e os direitos da criança e do adolescente**. Revista de informação legislativa, v. 30, nº 118, p. 451-472, jun. 1993.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 4 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MOTTA, Maria Atonieta Pisano. **Mães abandonadas**: a entrega de um filho em adoção. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1992.

REIS, Clayton. **Avaliação do Dano Moral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ROCHA, Maria Isabel de Matos. **Crianças "devolvidas"**: Os "filhos de fato" também têm direito?. 2007. Disponível em: <http://www.coad.com.br/busca/detalhe_42/1109/Doutrina>. Acesso em 03 jan 2015.

SILVA, Juliana Castelo Branco; SILVA, Eduardo Castelo Branco. **Adoção**: da idealização ao fracasso. 2012. Disponível em: <<http://www.aninter.com.br/ANAIS%20%20CONITER/GT17%20Estudos%20de%20fam%EDlia%20e%20gera%E7%F5es/ADO%C7%C3O%20DA%20IDEALIZA%C7%C3O%20AO%20FRACASSO%20-%20Trabalho%20completo.pdf>> Acesso em: 10 jan. 2015.

SILVA FILHO, Artur Marques da. **Adoção**: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência e anulação. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

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

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: responsabilidade civil. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

WEBER, Lidia Natalia Dobrianskyj. **Laços de ternura**: pesquisas e histórias de adoção. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2012.