



FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE - FANESE
CURSO DE DIREITO

TIAGO ENOS VASQUEZ PIMENTA

**RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADOTANTES MEDIANTE DESISTÊNCIA SEM
MOTIVAÇÃO DA ADOÇÃO DURANTE O ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA**

ARACAJU

2020

P644r

PIMENTA, Tiago Enos Vasquez

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADOTANTES MEDIANTE
DESISTÊNCIA SEM MOTIVAÇÃO DA ADOÇÃO DURANTE O
ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA / Tiago Enos Vasquez Pimenta;
Aracaju, 2020. 29p.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Faculdade de
Administração e Negócios de Sergipe. Coordenação de
Direito.

Orientador(a) : Prof. Me. Lucas Cardinali Pacheco..

1. Adoção 2. Desistência 3. Responsabilidade 4. Indenização.
347.447.5; 347.633(813.7)

TIAGO ENOS VASQUEZ PIMENTA

**RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADOTANTES MEDIANTE DESISTÊNCIA
SEM MOTIVAÇÃO DA ADOÇÃO DURANTE O ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA**

Monografia apresentada à Coordenação do curso de Direito da FANESE, como requisito parcial e elemento obrigatório para a obtenção do grau de bacharel em Direito, no período de 2020.1.

Aprovado (a) com média: 10,0



Lucas Cardinali Pacheco
1º Examinador (Orientador)

- dispensado -

Necéssio Adriano Santos
2º Examinador(a)

- dispensado -

Mauricio Ettinger Freitas
3º Examinador(a)

Aracaju (SE), 15 de junho de 2020.

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADOTANTES MEDIANTE DESISTÊNCIA SEM MOTIVAÇÃO DA ADOÇÃO DURANTE O ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA*

Tiago Enos Vasquez Pimenta

RESUMO

O presente artigo faz a análise da possibilidade de indenização por danos morais pelos adotantes que voluntariamente procuram o sistema de adoção e, durante o estágio de convivência desistem imotivadamente da adoção. Para verificar essa hipótese o estudo se baseia no direito ao convívio familiar protegido pela Constituição Federal e nos demais princípios do direito de família. Para isso, se conceituará o que é a família e quais laços a definem. Será discorrido sobre a prevalência do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, não somente durante a sentença que declara a adoção, mas em todo processo que a antecede. A partir disso, será conceituada a responsabilidade civil e seus elementos, para se examinar o conceito da modalidade de ato ilícito e do abuso de direito, e como eles podem se enquadrar nos casos de desistência da adoção desmotivada. A metodologia utilizada buscou o estudo da doutrina, com base em pesquisas feitas em artigos, livros, leis, e jurisprudências, em que se buscou analisar a responsabilidade civil dos adotantes mediante desistência sem motivação da adoção durante o estágio de convivência no ordenamento jurídico brasileiro. Com isso, o presente artigo trará a luz a possibilidade de indenização por danos morais, fundamentada no abuso de direito e no direito fundamental lesado, que é o direito da convivência familiar.

Palavras-chave: Adoção. Desistência. Responsabilidade. Indenização. Dano.

1 INTRODUÇÃO

O direito é uma área de estudo que acompanha, mesmo que de forma lenta, as modificações sociais. Isso porque as leis, muitas vezes, demoram para se adequar aos novos costumes de uma sociedade e a contemplar casos concretos que ela, de forma abstrata, não previu em sua formulação. E quando se fala de responsabilidade civil, percebe-se que por não haver um código específico sobre o assunto, torna por vezes mais difícil a responsabilização de alguém ao causar um dano. Nesse ponto, surge o tema-problema para verificar a responsabilidade civil por desistência da adoção na fase do estágio de convivência.

A lei permite que o adolescente ou a criança seja devolvida aos cuidados do Estado pelos adotantes. Para que seja constatada a responsabilidade, é preciso apurar se o ato de se devolver aquele menor se deu de forma fundada e, caso não, poderá ser caracterizada como

*Artigo apresentado à banca examinadora do curso de Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, em julho de 2020, como critério parcial e obrigatório para a obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientador: Prof. Me. Lucas Cardinali Pacheco.

um ato ilícito, verificando o dano e principalmente o nexo causal da conduta do agente em relação as consequências sofridas pelo menor.

O presente estudo terá como objetivo analisar de forma teórica se há a possibilidade de aplicação da responsabilização por danos morais aos postulantes à adoção que, por motivos fúteis e sem motivação jurídica plausível, desistem da adoção no período da convivência, etapa essa que é considerada pelos estudiosos do assunto como sendo a mais importante dentro do processo de adoção.

Para que se chegue a tal objetivo, far-se-á uma análise qualitativa e teórica do que é a responsabilidade civil, seus elementos e características. Tal estudo é imprescindível para determinar teoricamente se há a possibilidade de responsabilização civil na hipótese do estudo em comento. Será feito também um estudo sobre o dano, tendo uma importante visão doutrinária sobre o dano moral, quando há lesão a direito fundamental protegido pela Constituição Federal.

Posteriormente será feita uma análise sobre o conceito de família e seus princípios norteadores e sua importância dentro do contexto da adoção. A abordagem partirá do princípio da dignidade da pessoa humana, que na verdade é chamado de princípios dos princípios, em razão de sua importância hermenêutica constitucional que transcende a norma. A partir disso, será feita uma análise sobre os interesses subjetivos dentro do processo de adoção, por parte dos adotantes e dos adotandos. Tais interesses são importantes e interessantes de serem estudados e analisados para que se entenda a motivação de muitas crianças e adolescentes serem devolvidos ao Estado por aqueles que voluntariamente se propõem a adotar.

Por fim, será verificada a adequação dos elementos do abuso de direito dentro da devolução injustificada do infante à guarda do Estado, e a responsabilidade civil existente nesses casos.

2 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Para o presente estudo da responsabilização civil pela desistência da adoção no estágio de convivência, precisa-se compreender o que é responsabilidade civil, seu conceito e elementos essenciais para que se configure a responsabilização e a consequente indenização pelo dano causado. Para o renomado doutrinador Tartuce (2015), os elementos da responsabilidade civil são quatro, a saber, a conduta humana, a culpa genérica ou *lato sensu*, o nexo de causalidade, e o dano ou prejuízo.

Há, no entanto, alguma divergência doutrinária em relação aos elementos da responsabilidade civil. Para Gagliano (2012), são três os elementos que compõe a responsabilidade, sendo que ele exclui o elemento culpa, deixando somente a conduta do agente, podendo ela ser positiva ou negativa, além do dano e do nexo de causalidade. Sobre essas divergências, Tartuce (2015), dispõe da seguinte forma:

A primeira conclusão é que, tradicionalmente, a doutrina continua considerando a culpa genérica ou *latu sensu* como pressuposto do dever de indenizar, em regra. Todavia, há doutrinadores que deduzem ser a culpa genérica um elemento acidental da responsabilidade civil, como é o caso de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, que apresentam somente três elementos para o dever de indenizar: a) conduta humana (positiva ou negativa), b) dano ou prejuízo e C) nexo de causalidade. (TARTUCE, 2015, p. 464)

Outros doutrinadores também divergem em relação aos elementos da responsabilidade civil. Para Nader (2016), os pressupostos da responsabilidade civil são, a conduta do agente, a culpa ou risco, o nexo de causalidade e o dano provocado à pessoa física ou jurídica. Tartuce (2015), cita os autores que possuem divergências sobre o assunto, como Maria Helena Diniz e Sérgio Cavaliere Filho, que pontuam em três os elementos, sendo eles a conduta, o nexo de causalidade e o dano. Continua o autor, ainda, dizendo que para Carlos Roberto Gonçalves são quatro os elementos, a ação ou comissão, ou seja, a conduta do agente, a culpa ou dolo do agente, a relação de causalidade e por fim o dano.

No presente estudo adotou-se o conceito utilizado pelo renomado doutrinador Flávio Tartuce (2015), também seguido por Carlos Roberto Gonçalves (2016), em razão de sua notoriedade e por corresponderem a um conceito tido como mais abrangente, em que os elementos são quatro, a conduta do agente, a culpa, o nexo de causalidade e o dano ou prejuízo.

2.1 Conceito de Responsabilidade Civil

Para um maior entendimento do que é responsabilidade civil, é necessário fazer uma distinção entre obrigação e responsabilidade. Enquanto a primeira é um vínculo jurídico em que há um credor, e este possui o direito de cobrar uma prestação do seu devedor, havendo então a quitação da prestação, a obrigação é extinta. Já a responsabilidade nasce quando a obrigação não é cumprida espontaneamente, dessa forma, é tida como uma consequência jurídica patrimonial devido ao descumprimento da relação obrigacional, segundo Gonçalves (2016).

Dessa maneira a responsabilidade surge quando o dever de cumprir determinada obrigação não é realizado pelo devedor, dessa forma acarretando dano ao credor, podendo esse dano ser material ou moral. Dispõe sobre o assunto Gagliano (2012):

[...] conclui-se que a noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar). (GAGLIANO, 2012, p. 54)

Quando há um vínculo jurídico entre as partes, a responsabilidade nasce do inadimplemento da prestação que não foi quitada, a esse tipo de responsabilidade chama-se de contratual. Mas quando esse dever de indenizar nasce de uma lesão a um direito subjetivo sem que haja uma ligação ou vínculo jurídico entre as partes, a essa responsabilidade chama-se de extracontratual, Nader (2016).

O entendimento da diferença dessas duas classificações de responsabilidade civil fica evidente de acordo com o esclarecimento oferecido por Gagliano (2012), ao explicar que a responsabilidade contratual, deriva de uma aproximação anterior entre o autor e a vítima, através de um contrato para o adimplemento de uma ou mais prestações, e havendo o inadimplemento de uma das prestações a culpa é, portanto, contratual, ou seja, nesse caso se viola um dever positivo de fazer algo. Já na culpa aquiliana ou extracontratual o que é violado é um dever necessariamente negativo, ou seja, de não fazer ou causar dano a outrem. Dessa maneira percebe-se que uma classificação nasce de uma relação contratual, e a outra da lei. De uma maneira bem didática, Gonçalves (2016), dispõe sobre o tema:

Na responsabilidade extracontratual, o agente infringi um dever legal, e, na contratual, descumpre o avençado, tornando-se inadimplente. Nesta, existe uma convenção prévia entre as partes que não é cumprida. Na responsabilidade extracontratual, nenhum vínculo jurídico existe entre a vítima e o causador do dano, quando este pratica o ato ilícito. (GONÇALVES, 2016, p. 44)

Vale apenas ressaltar que na contratual o inadimplemento também surge de uma obrigação negativa e não somente de uma positiva, como por exemplo no caso em que o inadimplente tinha a obrigação de não fazer algo, como por exemplo um muro, e mesmo assim o faz, tornando-se responsável por sua conduta.

Outra classificação da responsabilidade é quanto à necessidade de ser comprovar a culpa. Chama-se aquela em que há a necessidade de se comprovar a culpa de responsabilidade

subjetiva, e a que a culpa é indiferente, ou seja, não há a necessidade de se analisar o elemento culpa, chama-se de responsabilidade objetiva, Nader (2016).

2.2 Conduta do Agente e Ato Ilícito

Quando se fala em conduta do agente, se refere a uma conduta comissiva ou omissiva, que irá produzir o dano, ao qual tal agente deverá ser responsabilizado. Uma questão importante em relação à conduta do agente é o que explica Gagliano (2012), quando ele menciona que o núcleo principal da conduta é a voluntariedade do agente, ou seja, a capacidade de escolher com total discernimento e com a consciência de seus atos; dessa forma não podendo se falar em responsabilidade civil se não houver o condão da voluntariedade, pois não há, portanto, a ação humana.

Importante ainda clarear o significado de voluntariedade no contexto da responsabilidade civil, que não se insere na consciência de causar o dano ou prejuízo, na busca pelo resultado danoso, mas tão somente na culpa em si pressuposta, que é a própria ação em si mesma, Gagliano (2012).

A conduta comissiva ou positiva é aquela em que o agente executa determinada ação que proporciona um dano a outrem, na qual o agente “atua determinadamente, consciente do significado de sua conduta”, Nader (2016, p. 235). A conduta omissiva ou negativa é aquela em que o agente deixa de fazer algo que lhe era imposto por lei a fazer, mas não o faz, e como consequência de sua omissão o resultado não é evitado. Percebe-se que na omissão existe um dever de agir para evitar o resultado que causa o prejuízo ou dano, a outrem. Ele se encontra diante de um dever jurídico comissivo. Sobre o assunto, Nader (2016), explica que somente por este motivo há a possibilidade de responsabilização civil devido a uma conduta omissiva, não sendo suficiente o dever geral de ajudar os outros.

O conceito de ato ilícito está descrito no Código Civil de 2002 em seus artigos 186 ao 188. Considerando que ilícito é tudo aquilo que se faz e que não poderia se fazer, como prática contrária ao ordenamento jurídico e aos atos negociais em que o agente se vincula. A doutrina, então, considera que ilicitude é o gênero e o ato ilícito contido no artigo 186 do Código Civil de 2002 como sendo espécie, dessa forma explica Nader (2016) ao citar Humberto Theodoro Júnior, que somente se configura como ato ilícito em estrito senso o delito contido no artigo 186 do Código Civil de 2002. Importante ressaltar que no caso de ato ilícito descrito no artigo 186 é o em estrito senso já que determina os pressupostos da responsabilidade civil, dano, culpa ou risco e o nexo de causalidade.

De acordo com Nader (2016), ato ilícito é fato jurídico em sentido amplo, pois modifica ou cria uma relação jurídica entre o agente e o detentor do direito a ser reparado, devendo ficar claro que nem toda violação de direito se configura em ato ilícito, pois para isso se faz necessário que exista uma conduta comissiva ou omissiva, que tenha sido praticada dolosamente ou por culpa, que haja em dano ou prejuízo patrimonial ou moral, e que se tenha o nexo de causalidade, que é o caminho que liga a conduta ao resultado.

2.3 Culpa Dentro da Responsabilidade Civil

A culpa é o segundo elemento subjetivo da responsabilidade civil extracontratual, tendo a conduta do agente como primeiro elemento subjetivo. A culpa classifica-se como sendo em lato sensu, em sentido amplo; ou em estricto sensu, em sentido restrito. A culpa ampla engloba o dolo, que é a intenção deliberada de se atingir o resultado que se procura ao praticar a ação ou omissão, na qual há uma manifesta intenção de causar o dano ou prejuízo a outrem. A culpa restrita é aquela em que o autor voluntariamente pratica a conduta, mas não há, de forma alguma, a intenção de prejudicar ou causar dano, mas suas ações ou omissões acabam por atingir um resultado que não é pretendido, Tartuce (2015).

A culpa em sentido amplo, é aquela que abrange tanto o dolo quanto a culpa em sentido estricto. Sobre isso dispõe Nader (2016):

A responsabilidade civil se caracteriza tanto por uma conduta dolosa quanto culposa. O dever de reparação pressupõe a culpa lato sensu, podendo esta se caracterizar por uma conduta dolosa ou culposa. No ordenamento francês, a responsabilidade civil pressupõe, igualmente, o dolo ou a culpa, como dispõe o art. 1.383: “Cada um é responsável pelos danos causados não somente por sua prática, mas ainda por sua negligência ou por sua imprudência. (NADER, 2016, p. 70)

Para que haja o dolo, Tartuce (2018), ao citar Sérgio Cavalieri Filho, determina que há a necessidade de dois elementos para sua caracterização na responsabilidade civil. Sendo a representação do resultado o primeiro, pois existe uma previsão, o agente antevê o que irá ocorrer, e determina que o dano é objeto de sua ação. O segundo elemento é a consciência de sua ilicitude, embora ele possa agir de forma diferente, o autor, sabendo que sua ação é contrária ao dever jurídico, continua em sua execução.

A culpa em sentido estricto é aquela em que há a imperícia, negligência e imprudência. Nela não há a intenção de causar o dano, de se obter o resultado, mas ele é suportado por outrem devido a uma conduta imprudente, negligente ou sem conhecimento técnico adequado,

que é o caso da imperícia. A negligência é a falta de cuidado somada a omissão. E por fim a imprudência, não há a observância da cautela necessária, causando assim o risco. Ainda se utilizando dos ensinamentos de Sérgio Cavalieri Filho, Tartuce (2018), são três os elementos que constituem a culpa, a conduta voluntária com resultado involuntário, a previsão ou previsibilidade, e a falta de cuidado, cautela, diligência e atenção.

2.4 Nexo de Causalidade

O nexos de causalidade é o elemento imaterial da responsabilidade civil, ele é o caminho pelo qual a conduta do agente percorre para que se tenha o resultado danoso, ou seja, deve haver entre a ação e o resultado uma relação de causa e efeito, de forma que a conduta necessariamente precisa ser o que causou o dano (TARTUCE, 2015).

Para o estudo do nexos de causalidade far-se-á uma breve conceituação das teorias do nexos de causalidade que são três: a teoria da equivalência das condições, a teoria da causalidade adequada, e por último a teoria do dano direto ou imediato, ou teoria da interrupção do nexos causal, Tartuce (2015).

A teoria da equivalência das condições ou *conditio sine qua non*, considera todos os fatos que participaram da cadeia e que deram causa ao dano. Dessa forma se diz que essa teoria é de espectro amplo, se tornando, portanto, inconveniente. Gagliano (2012, p. 152-153) explica:

Imagine, pois, um sujeito que arremessa, bêbado, uma garrafa contra um transeunte, causando-lhe a morte. Se nós abstrairmos a conduta antecedente (arremesso da garrafa), a morte desaparecerá. (...). Esta teoria, entretanto, apresenta um grave inconveniente. Por considerar causa todo o antecedente que contribua para o desfecho danoso, a cadeia causal, seguindo essa linha de inteligência, poderia levar a sua investigação ao infinito.

Outro exemplo dito por Gagliano (2012), é o de alguém que saca uma arma e atira o projétil, matando alguém, se a teoria da equivalência for usada, não somente o disparo será considerado causa do dano, mas também, a compra da arma, sua fabricação, a aquisição do ferro e da pólvora e assim por diante. Percebe-se que com esse entendimento, teríamos um número ilimitado de agentes na situação de ilicitude. Esta teoria da equivalência, por sua amplitude na investigação de todas as causas que concorrem para o resultado danoso, não é aceita pelo direito brasileiro. Esta teoria é recheada de severas críticas, porque pode levar a resultados equivocados, e sobre isso dispõe Nader (2016, p. 80):

A teoria é objeto de severas críticas, especialmente porque pode levar a resultados inteiramente equivocados. A *conditio sine qua non* deve ser considerada em termos, pois em sentido amplo autoriza conclusões verdadeiramente absurdas. Em se tratando de um desastre aéreo, por exemplo, Santos Dumont teria uma parcela de responsabilidade, pois, se não houvesse inventado o mais pesado do que o ar, os danos ocasionados por aeronaves não se materializariam ao longo do tempo.

A próxima teoria é a da casualidade adequada, que não considera como causa todos os eventos que contribuíram para o evento danoso, mas somente aquele que, de forma necessária e adequada, contribuiu para o evento danoso, gerando assim a responsabilidade civil. O ponto central dessa teoria, é que ela consiste no fato de que somente o antecedente abstratamente apto à determinação do resultado, depois de um juízo razoável de probabilidade e da experiência do julgador, poderá ser considerado causa do evento danoso, Gagliano (2012). O autor também diz que essa teoria aponta um acentuado grau de discricionariedade do julgador, sendo mais restrita na investigação do que a primeira teoria, possibilitando que haja um afastamento enorme do caso em concreto. Para Tartuce (2018), essa teoria da casualidade adequada, recebe uma crítica devido a ela levar em conta uma probabilidade do dano, e por isso não se constituindo uma certeza, o que traz sobre o nexo de causalidade dúvidas e dificuldades.

A terceira teoria é a do dano direto e imediato ou teoria da interrupção do nexo causal. Essa teoria explica que apenas o antecedente fático que está vinculado ao resultado danoso, de forma que o dano foi causado direta e imediatamente por ele, é o que será responsabilizado civilmente. Gagliano (2012). Para um maior entendimento sobre essa teoria, podemos usar um exemplo sobre o assunto. Suponha que dois rapazes estejam discutindo, e em consequência da discussão o rapaz “A” bate como uma vassoura na cabeça do rapaz “B”, que desmaia. Um terceiro que viu a briga socorre o rapaz “B” e o coloca no carro para levá-lo ao hospital. No caminho o carro bate em um poste causando a morte imediata de “B”. Nesse caso hipotético o fato que levou “B” à morte foi o carro que bateu, e não a lesão corporal que ocorreu anteriormente. Houve, portanto uma interrupção do nexo causal por uma causa superveniente a batida do carro, assim o rapaz “A”, não responde pelo resultado, que foi a morte de “B”, mas sim o terceiro que o levava ao hospital, isso se não houver nenhuma excludente em seu favor. Sobre o tema dispõe Nader (2016, p. 81):

Também denominada teoria da causa próxima, os adeptos desta concepção indicam por responsável pelos danos o último agente da cadeia causal. Das várias condições que atuaram, sucessivamente, para a realização do prejuízo, a causa deste seria a última, da qual dependeu diretamente.

No Brasil a jurisprudência hesita sobre as duas últimas teorias. Também não é unânime entre os doutrinadores, como Cavalieri Filho e Tartuce que explicam que no Código Civil prevalece a teoria da causalidade adequada, ao passo que Pablo Stolze e Carlos Roberto Gonçalves são adeptos da teoria do dano direto e imediato.

2.5 Dano Patrimonial e Dano Moral

O dano é um elemento essencial para que haja a responsabilidade civil, ele é indispensável, ou seja, mesmo que o agente tenha o desejo de que o resultado danoso aconteça, se este não ocorrer não há o que se indenizar, não havendo a responsabilidade. Gagliano (2012), conceitua o dano como sendo a lesão a um interesse jurídico tutelado, que pode ser patrimonial ou não, devido a ação ou a falta dela realizada por outra pessoa.

O dano é tão importante que não se pode haver o dever de indenizar se não houver a comprovação do dano, mas pode haver a responsabilização civil sem a culpa, como é o caso da responsabilidade civil objetiva. Nader (2016), deixa claro a condição *sine qua non* do dano dentro da responsabilidade civil, não importando se o agente agiu com culpa ou dolo, ou se está positivado o nexo de causalidade. Assim, o postulante necessita comprovar o dano, tanto na relação contratual ou extracontratual, sem tal comprovação não haverá condenação e nem indenização.

O dano pode ser patrimonial ou moral. No âmbito do dano patrimonial ou material, fala-se de uma lesão a algum bem ou direito economicamente apreciável pelo seu titular. Dois aspectos necessitam ser analisados quanto ao dano material, quais sejam, o dano emergente e os lucros cessantes. O dano emergente corresponde ao que a vítima perdeu, ou seja, ao prejuízo efetivo que ela sofreu. Os lucros cessantes correspondem àquilo que a vítima deixou de lucrar devido ao dano sofrido. (GAGLIANO, 2012).

O seguinte exemplo ajuda a entender melhor essa questão de danos emergentes e lucros cessantes. Imagine um motorista de aplicativo que sofre uma batida em seu veículo ocasionado por culpa de um outro motorista. O carro dele amassou o porta-malas inteiro, quebrou as lanternas traseiras e destruiu o para-choque traseiro. O dano emergente é exatamente o efetivo prejuízo, ou seja, o porta-malas amassado, as lanternas quebradas e o para-choque destruído. Os lucros cessantes são tudo aquilo que ele deixaria de lucrar, ou seja, as corridas que ele daria nos dias em que o carro ficou no conserto na oficina, Gagliano (2012).

Visto o dano material, Tartuce (2015, p. 485), conceitua o que seria o dano moral:

A melhor corrente categórica é aquela que conceitua os danos morais como lesão a direitos da personalidade, sendo essa a visão que prevalece na doutrina brasileira. Alerta-se que para a sua reparação não se requer a determinação de um preço para a dor ou o sofrimento, mas sim um meio para atenuar, em parte, as consequências do prejuízo imaterial, o que traz o conceito de lenitivo, derivativo ou sucedâneo. Por isso é que se utiliza a expressão reparação e não ressarcimento para os danos morais.

Em outras palavras o dano moral é uma lesão aos direitos de personalidade, uma violação, por exemplo, ao direito a honra, intimidade, imagem, dentre outros bens tutelados pela Constituição Federal. Tartuce (2015), discorre sobre a caracterização de dano moral que não há a obrigatoriedade de se ter a presença de sentimentos negativos como dor e sofrimento. Nesse mesmo sentido, de acordo com o enunciado da V Jornada de Direito Civil, o dano moral indenizável não necessita a verificação de sentimentos humanos desagradáveis tais como a dor e o sofrimento. Dispõe Tartuce (2015, p. 486):

Em complemento, quanto à pessoa natural, tem entendido o Superior Tribunal de Justiça que, nos casos de lesão a valores fundamentais protegidos pela Constituição Federal, o dano moral dispensa a prova dos citados sentimentos humanos desagradáveis, presumindo-se o prejuízo. Nesse contexto, “sempre que demonstrada a ocorrência de ofensa injusta à dignidade da pessoa humana, dispensa-se a comprovação de dor e sofrimento para configuração de dano moral. Segundo doutrina e jurisprudência do STJ, onde se vislumbra a violação de um direito fundamental, assim eleito pela CF, também se alcançará, por consequência, uma inevitável violação da dignidade do ser humano. A compensação nesse caso independe da demonstração da dor, traduzindo-se, pois, em consequência *in re ipsa*, intrínseca à própria conduta que injustamente atinja a dignidade do ser humano. Aliás, cumpre ressaltar que essas sensações (dor e sofrimento), que costumeiramente estão atreladas à experiência das vítimas de danos morais, não se traduzem no próprio dano, mas têm nele sua causa direta”. (REsp 1.292.141/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04.12.2012, publicado no seu informativo n. 513).

Quanto a classificação do dano moral, ainda Tartuce (2015) classifica quanto ao sentido da categoria, quanto à necessidade ou não de prova, e quanto à pessoa atingida. Quanto ao sentido, o dano pode ser em sentido próprio, ou seja, constitui aquilo que a pessoa sente, que pode ser dor, tristeza, depressão, sofrimento, angústia, humilhação. O dano em sentido impróprio ou amplo, que constitui qualquer lesão aos direitos de personalidade.

Quanto à necessidade ou não de prova, o dano pode ser provado ou dano moral subjetivo, que é a regra geral, precisando que o autor da demanda comprove o dano. Pode ser também dano moral objetivo ou presumido (*in re ipsa*), que não necessita de prova, como no caso de lesão a direito fundamental protegido pela Constituição. (TARTUCE, 2015).

Quanto à pessoa atingida, o dano pode ser direto, que é o que atinge a própria pessoa em sua honra subjetiva ou objetiva. Pode ser também indireto ou em ricochete, que é o que

atinge a pessoa de forma reflexa, ou seja, como nos casos da morte de uma pessoa da família, tendo lesão à personalidade do morto (TARTUCE, 2015).

Conclui-se que o dano, com tudo que foi exposto é indispensável para a caracterização da responsabilidade civil, e conseqüentemente da reparação do dano. Percebe-se que os direitos fundamentais, quando lesados, não necessitam da comprovação dos sentimentos humanos desagradáveis, tais como dor e sofrimento.

2.6 Abuso de Direito

O abuso de direito não é um elemento da responsabilidade, mas ele é importante para o estudo sobre a possibilidade de responsabilização civil pela desistência desmotivada da adoção pelos adotantes durante o estágio de convivência (FELIPE, 2016).

O abuso de direito se caracteriza quando o titular de um direito subjetivo excede os limites econômicos, sociais, dos bons costumes ou da boa-fé. Tal descrição encontra-se no artigo 187 do Código Civil de 2002, dizendo que quem excede tais limites comete ato ilícito. Sobre a questão Nader (2016, p. 87), explica:

Outrora, discutia-se a possibilidade da conjugação dos termos abuso e direito, para constituir uma categoria jurídica própria. Para alguns autores antigos, os dois termos seriam antitéticos, inconciliáveis. A conduta do titular de um direito subjetivo, ao exercitá-lo, não poderia ser enquadrada como ato ilícito. Realmente, quem tira proveito de seus direitos regularmente não responde por eventuais prejuízos causados a terceiros; hoje, porém, constitui matéria pacífica, tanto na doutrina e jurisprudência quanto na legislação, o reconhecimento do abuso de direito como espécie de ato ilícito. Tal abuso se caracteriza quando o agente não se limita a tirar o proveito necessário do seu direito, utilizando-o de uma forma antissocial, nociva a terceiros.

No abuso do direito, o agente agindo dentro de seu direito, excede de forma anormal esse direito, acabando por atingir e causar dano a terceiro, devido estar ultrapassando os limites estabelecidos no artigo 187 do Código Civil. O abuso de direito não necessita do elemento culpa para ser caracterizado como ato ilícito. Mesmo que o agente, ao exceder seu direito, o tenha feito sem a intenção de causar dano, ou por culpa e negligência, ainda assim o abuso de direito é caracterizado. Para consolidar essa lógica a I Jornada de Direito Civil, no enunciado número 37, define que independente da culpa o abuso de direito fundamenta-se no critério objetivo-finalístico.

Tartuce (2018), externa que apesar de alguns autores como Pereira (2018) explicarem que tal malefício do abuso de direito acontece com a intenção de fazer mal a outrem em

benefício próprio, o Autor entende que a culpa é irrelevante para que seja configurado o ato ilícito do abuso do direito. Com isso há duas teorias a respeito do abuso de direito, sendo que há que prevalece é a objetiva, em detrimento da subjetiva, pois a culpa é deixada de lado para a configuração dessa modalidade de ato ilícito. Com isso se tem que a culpa não faz parte do abuso de direito, e que seus elementos são, na verdade, o exercício de um direito legítimo e subjetivo exercido pelo seu titular, e a violação de limites objetivos descritos no artigo 187 do Código Civil, o fim econômico e social do direito, a boa-fé e os bons costumes.

Como um conceito extremamente apropriado do que é o abuso de direito, Tartuce (2018), citando a definição de Rubens Limongi França, diz que o abuso de direito possui conteúdo próprio que está entre o ato lícito e o ilícito, sendo o ato que se considera abusivo de direito lícito quanto ao seu conteúdo, e ilícito por suas consequências. Contudo, por questões didáticas, o estudo do assunto continuará no capítulo quatro desse artigo, que irá tratar sobre a responsabilidade civil por dano moral no caso de desistência da adoção no estágio de convivência.

3 A ADOÇÃO COMO MEIO DE GARANTIR OS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E NÃO COMO FORMA DE PREENCHER O VAZIO DOS ADOTANTES

3.1 Conceito de Família e Princípios do Direito de Família

A família, pode-se dizer, é a instituição mais antiga da humanidade e, para Nader (2016), a família é uma organização de mais de uma pessoa física que descendem um do outro, ou de um mesmo tronco comum e que possuem como objetivo a solidariedade, a convivência e a assistência. Sobre o conceito de família o grande doutrinador Carlos Roberto Gonçalves (2017), conceitua que família, no sentido lato sensu, abrange todas as pessoas que são ligadas pelo sangue, que procedem de um mesmo tronco ancestral, e também aquelas por afinidade e adoção. Sabe-se que família realmente é muito mais do que somente um elo de sangue existente entre duas pessoas, precisa-se ter também um elo emocional, psíquico, como dito por Pereira (2018) que a família é uma relação psíquica onde cada um ocupa uma função, sem estarem necessariamente ligados biologicamente, podendo ocupar, por exemplo, o lugar de pai sem ser o progenitor.

Como tudo no ramo jurídico, o direito de família também é norteado através de princípios e, sobre essa área, vale muito ressaltar três importantes faróis que iluminam o

entendimento a respeito da adoção como forma de garantir os direitos da criança e do adolescente. Chamado de princípio dos princípios por Tartuce (2015), a proteção da dignidade da pessoa humana está inclusa dentro do direito da família, a própria Constituição Federal em seu artigo 1º, III, proclama que o Estado democrático de direito tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. A pessoa possui direitos que lhe são inerentes pelo simples fato de ser humano, como o direito à vida, à educação, à cultura, dentre outros, e no caso dos adolescentes e crianças, a Constituição Federal (BRASIL, 1988) em seu artigo 227 caput relaciona que não somente a família tem o dever de proporcionar aos infantes direitos básicos do ser humano, mas também a sociedade e o Estado.

A proteção da dignidade da pessoa humana em relação aos adotados também é visível no § 6º do artigo 227 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) que declara que os adotados possuem os mesmos direitos em relação aos filhos que tenham surgido do casamento, e ainda proíbe qualquer tipo de distinção que tenha a ver com a filiação. Esse artigo constitucional e parágrafo demonstram outro princípio importante, que é o da igualdade entre os filhos. O princípio da solidariedade, significa que existe uma preocupação com a outra pessoa, e que a família é o melhor lugar para a aplicação desse princípio, pois pressupõe-se que na família todos os seus integrantes preocupam-se uns com os outros de forma solidaria, respondendo um pelo outro solidariamente. Por causa da solidariedade existente no âmbito familiar, a lei impõe aos pais o dever de assistência aos filhos, e coloca o Estado como o último responsável, após os pais e a sociedade, de garantir os direitos dos cidadãos em formação, (DIAS, 2016).

3.2 O direito ao Convívio Familiar

Toda a criança e adolescente merece ter uma vida familiar digna, estar e sentir-se protegido dentro de um lar onde tenha amor, carinho, e possua uma convivência saudável. Infelizmente essa não é a realidade de muitas crianças e adolescentes em nosso país e no mundo. Há uma necessidade no ser humano de ser amado e cuidado, de amar e cuidar; e esse direito de se ter uma convivência familiar deve proporcionar e realizar esse anseio. Tanto a Constituição Federal em seu artigo 227, quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente (lei nº 8.069/1990), em seu artigo 4º, estendem à criança e ao adolescente vários direitos, sendo um deles o do convívio familiar e comunitário.

Esse direito tutelado concede à criança e ao adolescente a proteção de se ter uma estabilidade emocional durante seu crescimento e aprendizado, principalmente em sua

infância quando sua personalidade e valores estão em formação, quando sua capacidade de absorver as coisas está bem aguçada, e como uma esponja absorve tudo que lhe é ensinado, gravando no “coração” (leia-se, no seu subconsciente) muito do que lhe acontece, o que, por vezes, podem ser traumas, medos, maus hábitos, ou podem ser experiências agradáveis; todas essas que irão influenciar na formação de sua estima, e de como o mesmo enxerga a si próprio e o mundo (FELIPE, 2016).

Não é por acaso que se tem a seguinte frase muito conhecida por todos, “a família é a base da sociedade”. Tão correta e exata é essa frase que a própria Constituição Federal protegeu o convívio familiar ao adolescente e à criança, e o Estatuto da Criança e do Adolescente fez o mesmo.

Quando um menor é retirado do convívio de sua família natural, por qualquer motivo que seja, e é inserido em programa de acolhimento, ele não é colocado diretamente em uma família substituta. Conforme diz o § 3º do artigo 19 da lei 8.069/1990, a prioridade é o da manutenção ou reintegração da criança ou adolescente à sua família antes de qualquer outra providência. Esse dispositivo por si só evidencia que o convívio familiar, de preferência com a família natural daquele menor é a prioridade. Do mesmo modo diz o artigo 39 do Estatuto da Criança e do Adolescente em seu § 1º:

Art. 39, § 1º A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 da lei. (BRASIL, 1990).

Não sendo possível que a criança ou adolescente seja reintegrado em sua família natural, o menor poderá ser colocado em família substituta mediante guarda, tutela ou adoção. Lembrando que essas medidas visam o interesse da criança, que ela possa ter seus direitos resguardados e protegidos. Segundo Dias (2016), o direito à convivência familiar não se baseia em laços biológicos, mas sim no afeto. Sendo assim:

Em face da garantia à convivência familiar, há toda uma tendência de buscar o fortalecimento dos vínculos familiares e a manutenção de crianças e adolescentes no seio da família natural. Porém, no mais das vezes, melhor atende aos seus interesses a destituição do poder familiar e sua entrega à adoção. Deve prevalecer o direito à dignidade e ao desenvolvimento integral. Mas infelizmente tais valores nem sempre são preservados pela família biológica ou extensa. Daí a necessidade de intervenção do Estado, colocando-as a salvo junto a famílias substitutas. Afinal, o direito à convivência familiar não está ligado à origem biológica da filiação. Não é um dado, é uma relação construída no afeto, não derivando nos laços de sangue. (DIAS, 2016, p.82).

Sendo assim, não sendo possível reinserir crianças e adolescentes no seio da família natural, verificadas as hipóteses de destituição do poder familiar e sua entrega à adoção em razão da dignidade e do desenvolvimento integral daquele menor, surgem as famílias substitutas, com as quais se espera haver convivência familiar a partir do afeto que será criado.

3.3 O Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente

Esse princípio constitui a base para que o julgador tome as decisões que sejam melhores para a criança e ao adolescente. Sempre tendo em mente que como representante do Estado, já que a família falhou, a sociedade também, tem o dever de buscar a garantia dos direitos descritos no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, e do artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, lei nº 8.069/1990, dessa maneira tendo a capacidade de atingir a proteção integral descrita no artigo 3º do Estatuto. O melhor interesse da criança e do adolescente, precisa possibilitar a eles acesso ao desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Este princípio é tão importante que ele foi reconhecido na convenção internacional de Haia, e que ele estabelece a busca pelo melhor interesse da criança e do adolescente nos casos concretos, além da prioridade absoluta que coloca o melhor interesse da criança e do adolescente acima de qualquer bem tutelado ou outro interesse, segundo Carvalho (2017).

3.4 Os Interesses dos Adotantes e dos Adotados no Processo de Adoção

Muitas são as razões que podem levar alguém a ter o desejo de adotar uma criança ou um adolescente. Muitos casais optam por adotar devido a esterilidade que pode tanto ser da mulher ou do marido, e esses casais buscam então a realização de seu desejo de ter filhos através da adoção. Outras pessoas perderam um filho, ou simplesmente buscam um outro filho para fazer companhia a um filho único. Outras pessoas, de forma altruísta, querem dar sua contribuição para ajudar uma criança, com a qual passará a ter amor e cuidado. Os motivos que levam à adoção são inúmeros, e junto com esses motivos nascem as expectativas que, por muitas vezes, são romantizadas, e quando a expectativa é frustrada, acontece a devolução. A esse respeito, dispõe Felipe (2016, p. 53):

De modo geral, pode -se dizer que uma das principais causa para essas “devoluções imotivadas” consistem na fantasia ou romantização criadas pelos futuros pais em relação ao adotando. O que se observa, é que muitos idealizam uma criança ou adolescente que não existe, acreditando que não haverá dificuldades de relacionamento, o que acaba resultando numa frustração.

Essa idealização e desejo de preencher um vazio que há nas vidas daqueles que buscam a adoção, leva muitos a devolverem as crianças ou adolescentes para as instituições de acolhimento, ao poder do Estado. E geralmente a criança é responsabilizada por essas desistências da adoção. Tais armadilhas criadas pelas expectativas, criam um mundo de fantasia, uma idealização do futuro filho, que na realidade não se concretiza, pois as dificuldades de relacionamento, a adaptação às regras familiares, e costumes da nova família são por muitas vezes subestimados pelos adotantes, por esquecerem que a criança ou o adolescente que estão adotando, tem sua própria história de vida, e ao entrarem em processo de adoção e serem ingressados em família substituta, muitas vezes entram em modo defensivo, como uma forma de se protegerem de decepções, pois inclusive já podem ter passado pelo processo do estágio de convivência outras vezes. Sobre isso Riede e Sartore (2013), explicam que o significado de lar, família e afeto não são iguais para todos, e por isso muitas vezes essas expectativas acabam sendo grandes armadilhas e terminam por causar decepções e frustrações nas pessoas envolvidas. Por fim, a nova família acaba não sendo formada e a criança ou o adolescente sendo devolvida sendo essa uma triste realidade que acontece muito no sistema de adoção brasileiro.

A questão é tão séria que os motivos dados por alguns adotantes para justificar a devolução dos adotandos são, por vezes, incompreensíveis e anormais. O que não se entende é que, com um filho natural não há um comportamento excessivo por parte dos pais, se exigindo da criança adotada ou do adolescente que se comporte de forma a concretizar as expectativas dos adotantes e preencher suas necessidades. Sobre isso dispõe Speck e Queiroz (2014):

Alguns relatos de famílias adotivas se caracterizam por um discurso que atribui o fracasso da adoção unicamente à criança. A esse respeito, destacaremos alguns fragmentos que justificam, segundo a família a devolução da criança: “ela só queria brincar com os brinquedos da irmã, meu marido ficou aperreado e eu resolvi devolver” – na ocasião a criança contava com apenas um ano e nove meses. [...] Em outro caso, segundo o relato da equipe da instituição, uma única família chegou a devolver três crianças, alegando as seguintes razões: para a primeira criança, a queixa foi que ela estava incomodando seus filhos, “chega à porta do quarto deles e fica gritando o nome deles sem parar” – os filhos a que se referia, tinham na época 18 e 21 anos de idade-; a segunda criança devolvida por essa família teve por queixa que “a menina ficou pulando no colchão e derramou todo o Toddyinho que estava tomando” – esta criança permaneceu cerca de 20 dias com essa família-, e, por fim a

última devolução foi acarretada pelos motivos “eu disse que ela não levasse o celular para a escola e ela levou; ela estava gripada e não era para abrir a porta da geladeira e ela desobedeceu; e, por fim, a empregada estava passando o pano na casa e ela ficava passando, e eu já perdi empregada uma vez, eu não vou perder outra vez. Essa criança ia fazer 5 anos e estava sendo deixada na calçada da instituição quando a mãe foi flagrada pela assistente social. Speck e Queiroz (2014, *apud*, GARCIA 2018, p.15).

Decidir adotar uma criança é um ato sério e complexo, que requer muita ponderação, sacrifícios e abnegação, da mesma forma que os pais o fazem com seus filhos naturais. Porém, infelizmente, há adotantes que ao contrário dos princípios relacionados anteriormente, buscam a adoção colocando seus interesses e expectativas acima dos da criança e do adolescente. A adoção precisa ser feita seguindo os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da convivência familiar, do melhor interesse da criança e do adolescente. E por isso a medida de torna tão complexa, já que é preciso, também, ser ensinado aos futuros pais esses princípios, devendo o Estado garantir que a adoção esteja sendo feita de acordo com tais princípios. Assim, da mesma forma que os adotantes possuem suas expectativas, os adotandos também possuem as suas. (FELIPE, 2016).

Contudo, a esperança de uma criança ou um adolescente que está privado do convívio familiar, é, basicamente, o de ter uma família que possa o amparar e lhe dar o sentimento de que é querido e protegido. Toda criança tem o direito de nascer em uma família onde os pais se amem e que haja respeito, onde eles sejam protegidos e seus genitores os amem e cuidem de suas necessidades físicas, emocionais, educacionais, espirituais, para citar algumas. E nesse ponto, os pais têm a grande responsabilidade de ensinar valores que permitam seus filhos a serem bons cidadãos, cumpridores de seus deveres, pois como dito anteriormente, os pais são os primeiros responsáveis pela garantia dos direitos que seus filhos possuem e que foram determinados pela Constituição Federal (FELIPE, 2016).

Na adoção, as expectativas do menor também precisam ser alcançadas, pois, como dito, o que ele quer é ter um lar onde lhe seja proporcionada proteção e amor. Apesar da criança querer somente o convívio familiar, por muitas vezes nesses casos, ela já vem de experiências de abandono, e até de maus tratos, sejam verbais, físicos, emocionais, e até mesmo sexuais, que fazem com que ela, naquele momento, se feche para outros relacionamentos, diante do seu medo e desconfiança daquela nova situação. Assim, há casos que a criança ou o adolescente já foi devolvido durante o estágio de convivência em uma outra tentativa de adoção e, quando ela entra em um novo processo de adoção, já chega com um tipo de pensamento que ela não será adotada, e o pior, muitas vezes acreditando que a culpa é dela (FELIPE, 2016).

Essa delicada situação é mais comum do que se pode parecer. Devido a todo o histórico, os infantes podem por acabar relutando em estabelecer um relacionamento com os pais adotivos, fazendo-se de difíceis, mas na verdade o que eles mais querem é fazer parte de uma família e sentir-se seguros, dentro de um convívio saudável dentro de seu novo lar, mas com seus medos e traumas, não sabem como concretizar isso (FELIPE, 2016).

Muitas dessas crianças chegam no seio da família substituta sem a noção de como é uma família sólida, com regras e com rotinas por elas ainda incompreendidas de imediato, cabendo aos pais ter paciência, didática e técnica para ajudá-las a se integrar na nova família. Mesmo sendo também difícil para os adultos, que também sofrem com a mudança de rotina devido a chegada de um novo membro em sua casa, cabem a eles, pelo simples fato de serem os adultos, a promover um ambiente adequado para os novos membros da família conseguirem sentir-se bem e aceitos, não cabendo ao adotado essa missão, lembrando que são incapazes e são a parte vulnerável dessa relação, e por isso necessitam de maior proteção (FELIPE, 2016).

O que mais preocupa, de certa forma, é quando essa expectativa do adotado não é alcançada pela falta de empatia, paciência e pode-se dizer amor, pois os adotantes adotaram pelas razões erradas, como as citadas anteriormente nesse estudo, e por isso muitas delas são devolvidas precocemente às instituições de acolhimento, ou seja, sem que se tenha dado o devido tempo e adotado as devidas medidas para que àquela situação de adaptação possa ser efetivada e superada (FELIPE, 2016).

Deve prevalecer nesses momentos em que os direitos das crianças e adolescentes estejam sendo cerceados, por alguma ação ou omissão, a proteção integral dos direitos da criança e do adolescente, quando o Estado não pode se omitir de responsabilizar àqueles que deveriam ser um alento para esses jovens e que, de forma inconsequente e sem motivos plausíveis, optam por devolver o menor ao poder Estatal, causando de forma reflexa mais traumas naquelas crianças e, quando isso restar caracterizado, devem, portanto, ser responsabilizados (Felipe, 2016).

4 RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO MORAL NO CASO DE DESISTÊNCIA DESMOTIVADA DA ADOÇÃO NO ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA

Depois de tudo que foi exposto, este capítulo tratará de forma objetiva sobre a possibilidade de indenização por danos morais no caso de desistência desmotivada da adoção. Ressalta-se que o ato de se devolver um menor ao poder público depois de se iniciar o estágio

de convivência, não é por si só um ato ilícito, pois não é proibido por lei; e, por isso, deve ser analisado o caso específico para verificar os motivos que levaram àquela situação que deve ser, na forma da lei, medida excepcional.

O estágio de convivência é uma etapa que antecede a sentença do juiz que declara a adoção. Nesse momento, como explanado no capítulo anterior há um conflito de expectativas e sentimentos entre os futuros pais e seus prováveis filhos. Na criança ou adolescente há o sentimento de que “finalmente terei uma família”, mesmo que em certos momentos eles se mostrem relutantes, por medo de serem novamente rejeitados. Os adotantes por sua vez, criam em sua mente a idealização do filho que irá preencher o vazio que há em suas vidas e a ela dar sentido.

O artigo 46 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe sobre o estágio de convivência e, em seu parágrafo 4º, explica que durante o estágio de convivência uma equipe interdisciplinar que estará a serviço da justiça da infância e da juventude, deverá acompanhar sempre com o apoio de técnicos que possuem a capacidade e a responsabilidade de executar a política da garantia da convivência familiar e, o mais importante, no final devem elaborar um relatório minucioso atestando ou não o deferimento da medida.

Percebe-se que esse momento é de extrema importância para que o juízo, com base no relatório elaborado por àquela equipe interdisciplinar, verifique se estão preservados a segurança e garantidos os direitos familiares e constitucionais dos menores, para que possa decidir de forma a garantir os princípios da proteção integral, e o do melhor interesse da criança e do adolescente.

Esse estágio que antecede à adoção propriamente dita, serve para consolidar a intenção inicial de adoção, quando o juízo irá averiguar se o ambiente familiar será adequado e seguro para o adotando. Essa concepção visa buscar o melhor interesse para as crianças e adolescentes que estão no processo de adoção, pois eles são a parte vulnerável da relação, colocando em segundo plano as necessidades particulares dos adotantes.

Mesmo com a Lei e os princípios do direito de família, tendo ainda todos os princípios constitucionais e o direito fundamental do convívio familiar que visam fazer com que as devoluções sejam exceção, há contudo, muitos casos constatados de devoluções de adotandos, ainda mais porque o ato de se desistir e devolver sem motivação plausível a criança ou adolescente durante o período de convivência familiar que antecede a adoção, não é por lei considerado ato ilícito.

Ao exercer seu direito de devolver a criança de forma desmotivada, os adotantes podem estar cometendo ato ilícito na modalidade de abuso de direito, pois excedem seus

limites objetivos definidos pelo artigo 187 do Código Civil. Ressalta-se que os adotantes buscaram de forma voluntária à adoção, ninguém impôs a eles a necessidade ou o dever de fazê-lo e, a partir do momento que se submetem, passam a ter responsabilidades. Sobre o assunto dispõe Felipe (2016, 61):

Tal situação é exatamente o que se vislumbra na prática, pois conforme já narrado nos tópicos anteriores, o estágio de convivência, embora seja anterior à sentença, proporciona aos adotandos um sentimento de confiança de que a adoção se concretizará, já que este só aconteceu por vontade dos adotantes. Assim, é crível que os futuros pais têm frente ao infante um dever de lealdade, ao passo que a desistência da medida acaba violando a confiança anteriormente transmitida..

Tal violação de confiança por parte do adotante ao devolver sem motivação o infante, destrói a boa-fé descrita no artigo 187 do Código Civil de 2002. Sendo um parâmetro para a configuração do abuso de direito, a boa-fé relaciona-se com a lealdade, a se ter uma conduta honesta, a privar-se de desejos egoísticos, a se importar com os interesses do outro. Tal falta de boa-fé é o que se vê nos casos de devolução imotivada desses jovens e crianças, que são descartados como se fossem objetos, ou uma mercadoria que não cumpriu o que era esperado, ou um animalzinho que não correspondeu às suas expectativas de filho ideal, ou de um brinquedo defeituoso que não serve mais para ser usado.

Os outros parâmetros para a configuração do abuso de direito são os limites impostos pelo seu fim econômico e social, e pelos bons costumes. Entende-se por fim econômico, o proveito material ou vantagem que se pode levar pelo exercício do direito, ou o que se pode perder pelo não exercício de tal direito. O fim social se refere à sociedade em geral, com o bem comum, em se manter a ordem social e a paz. Os bons costumes correspondem aos conjuntos de regras e hábitos aprovados pela sociedade. Nesses casos ocorrerá o abuso quando o ato contrariar algum dos limites estabelecidos.

Com tudo o que foi exposto, quando há a devolução desmotivada, acontece um abuso de direito, que precisa ser reparado em favorecimento da criança ou adolescente. O menor tem seu direito constitucional ao convívio familiar negado e, em alguns casos, mais de uma vez, pois não são raros os casos de crianças e adolescentes que passam por processos frustrados de adoção, marcados mais uma vez pela desistência imotivada (FELIPE, 2016).

É nesses casos que deve ser analisada a responsabilidade civil dos adotantes. Como estudado no capítulo dois, o dano é imprescindível para a configuração da responsabilização civil, até que os menores atinjam a maioridade, quando passa a correr o prazo prescricional. Também foi fundamentado com base em doutrina, amplamente reconhecida no direito brasileiro que, para se concretizar o dano moral, principalmente quando esse dano for contra a

direitos fundamentais que são protegidos pela Constituição Federal de 1988, não há a necessidade de se comprovar que existam sentimentos humanos desagradáveis, tais como dor e sofrimento. Com isso a negação sem motivação justa ou plausível por parte dos adotantes, ao desistirem do processo de adoção no estágio de convivência, ofende ao direito constitucional do convívio familiar e por isso deverá ser considerado como abuso de direito, sendo portanto uma modalidade de ato ilícito, devendo então serem reparados os danos morais causados àqueles que foram abandonados nesse processo sem nenhuma justificativa.

Nesse sentido há julgados em tribunais de justiça:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM OCORRENTE. GUARDA PROVISÓRIA. DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO DURANTE O ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA. NEGLIGÊNCIA E IMPRUDÊNCIA DOS ADOTANTES CARACTERIZADA. DANO MORAL CONFIGURADO. DEVER DE INDENIZAR PRESENTE. VALOR DA INDENIZAÇÃO MANTIDO. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. O art. 201, IX, da Lei nº 8.069, de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente confere legitimidade ativa extraordinária ao Ministério Público para ingressar em juízo na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis afetos à criança e ao adolescente. 2. Assim, o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública, cujo objetivo é responsabilizar aqueles que supostamente teriam violado direito indisponível do adolescente. 3. Embora seja possível desistir da adoção durante o estágio de convivência, se ficar evidenciado que o insucesso da adoção está relacionado à negligência e à imprudência dos adotantes e que desta atitude resultou em comprovado dano moral para o adotando, este deve ser indenizado. 4. O arbitramento da indenização pelo dano moral levará em conta as consequências da lesão, a condição socioeconômica do ofendido e a capacidade do devedor. Observados esses elementos, o arbitramento deve ser mantido. 5. Apelação cível conhecida e não provida, mantida a sentença que acolheu em parte a pretensão inicial, rejeitada uma preliminar. (TJ-MG - AC: 10702140596124001 MG, Relator: Caetano Levi Lopes, Data de Julgamento: 27/03/2018, Data de Publicação: 06/04/2018).

A jurisprudência tem se manifestado em vários casos a favor da indenização por danos morais pela desistência da adoção. Tem considerado a capacidade financeira dos adotantes para fixar o quantum indenizatório. Um julgado recente do Tribunal de Justiça da Paraíba determinou o quantum indenizatório em cem salários mínimos, como segue descrito:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ADOÇÃO DE DUAS IRMÃS, DE 03 (TRÊS) E 06 (SEIS) ANOS DE IDADE. DESISTÊNCIA DA GUARDA PROVISÓRIA DE FORMA IMPRUDENTE PELOS PAIS ADOTIVOS. CONVIVÊNCIA DURANTE 03 (TRÊS) ANOS. CRIAÇÃO DE VÍNCULO AFETIVO. PREJUÍZO PSÍQUICO COMPROVADO POR LAUDO JUDICIAL EMITIDO POR PSICÓLOGA DESTA CORTE. SENSÇÃO DE ABANDONO, ANGÚSTIA, ANSIEDADE E TRISTEZA POR PARTE DAS INFANTES. ABALO MORAL CONFIGURADO. PRECEDENTES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 186 E 927 DA LEI SUBSTANTIVA CIVIL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. 100 (CEM) SALÁRIOS MÍNIMOS. FIXAÇÃO PELO MAGISTRADO EM VALOR RAZOÁVEL. OFENSORES QUE GOZAM

DE EXCELENTE SITUAÇÃO FINANCEIRA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. RECURSO APELATÓRIO DESPROVIDO. - A adoção tem de ser vista com mais seriedade pelas pessoas que se dispõem a tal ato, devendo estas ter consciência e atitude de verdadeiros "pais", que pressupõe a vontade de enfrentar as dificuldades e condições adversas que aparecerem em prol da criança adotada, assumindo-a de forma incondicional como filho, a fim de que seja construído e fortalecido o vínculo filial - Inexiste vedação legal para que os futuros pais desistam da adoção quando estiverem com a guarda da criança. Contudo, cada caso deverá ser analisado com as suas particularidades, com vistas a não se promover a "coisificação" do processo de guarda - O at (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00013783720188150011, 1ª Câmara Especializada Cível, Relator DES. JOSÉ RICARDO PORTO , j. em 03-03-2020). (TJ-PB 00013783720188150011 PB, Relator: DES. JOSÉ RICARDO PORTO, Data de Julgamento: 03/03/2020, 1ª Câmara Especializada Cível).

O Superior Tribunal de Justiça também decide pelo dano moral da seguinte forma:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.513.284 - MG (2015/0025535-5) RELATOR : MINISTRO RAUL ARAÚJO RECORRENTE : D A DA S RECORRENTE : M DO C B S ADVOGADOS : ÂNGELA PARREIRA DE OLIVEIRA BOTELHO MARCIA RODRIGUES CORREIRA RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS DECISÃO Trata-se de recurso especial interposto por D. A. DA S. e M. DO C. B. S., com fundamento nas alíneas a e c do permissivo constitucional, em face de acórdão proferido pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado: "AÇÃO CIVIL PÚBLICA - I. ADOÇÃO - GUARDA PROVISÓRIA - DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO DE FORMA IMPRUDENTE - DESCUMPRIMENTO DAS DISPOSIÇÕES DO ART. 33 DO ECA - REVITIMIZAÇÃO DA CRIANÇA - REJEIÇÃO - SEGREGAÇÃO - DANOS MORAIS CONSTATADOS - ART. 186 C/C ART. 927 DO CÓDIGO CIVIL - REPARAÇÃO DEVIDA - AÇÃO PROCEDENTE - II. QUANTUM INDENIZATÓRIO - RECURSOS PARCOS DOS REQUERIDOS - CONDENAÇÃO INEXEQUÍVEL - MINORAÇÃO - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. - A inovadora pretensão do Ministério Público, de buscar o ressarcimento civil com a condenação por danos morais daqueles que desistiram do processo de adoção, que estava em fase de guarda, de forma abrupta e causando sérios prejuízos à criança, encontra guarida em nosso direito pátrio, precisamente nos art. 186 c/c arts. 187 e 927 do Código Civil. - O ilícito que gerou a reparação não foi o ato em si de desistir da adoção da criança, mas o modus operandi, a forma irresponsável com que os requeridos realizaram o ato, em clara afronta aos direitos fundamentais da criança, bem como ao que está disposto no art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente. [...] O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS ajuizou, em favor da menor N. G. DOS S., ação civil pública contra D. A. DA S. e M. DO C. B. S., alegando que estes formularam, em 31 de janeiro de 2008, pedido de adoção de tal criança, tendo sido deferida a guarda provisória em 1º de fevereiro de 2008, mas em audiência realizada no dia 29 de setembro de 2008, os requeridos "devolveram" a criança ao Juízo, sem nenhuma justificativa que pudesse explicar o inesperado desprezo, bem como o abandono material, moral, emocional e psicológico da infante. Pediu a condenação dos réus ao pagamento de danos morais e materiais, estes consubstanciados em prestação alimentícia mensal até que a criança complete a idade de 24 (vinte e quatro) anos. O Juízo da Vara da Infância e da Juventude de Uberlândia, MG, julgou parcialmente procedente o pedido, condenando os demandados ao pagamento de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), a título de danos morais, com acréscimo de juros de mora de 1% ao mês, a partir do evento danoso, e correção monetária, a partir da publicação da decisão. [...] Ademais, destaque-se que ainda que não conste nos autos um relatório escrito anterior a guarda, o depoimento do Sr. D.J.S, que era o coordenador da instituição de acolhimento missão esperança à época, na audiência de instrução e julgamento à fl. 424, relata que os ora requeridos faziam parte do programa de apadrinhamento e freqüentavam a instituição, que eram padrinhos da criança N. e a

levavam para passar alguns finais de semana com eles, bem como o fim de ano. O depoente coloca que havia afeto recíproco entre a criança e os pretensos pais e que ela recebeu com muita alegria o pedido de adoção. [...] Destacou, no entanto, que no caso dos autos "esta devolução ocorreu de forma irresponsável, violando os direitos da menor e causando-lhe dano" (e-STJ, fl. 610/611). [...] Como visto, as instâncias ordinárias - soberanas na apreciação dos fatos e das provas - concluíram que a devolução da criança configurou ato ilícito indenizável, diante dos elementos concretos do caso: (i) antes do pedido de adoção, os demandados mantiveram convívio com a menor, por alguns meses, demonstrando que havia forte vínculo afetivo entre o casal e a criança, a qual já era esperada por aqueles e demonstrava alegria em conviver com os futuros pais adotivos; (ii) a criança já havia construído uma identidade em relação ao casal e estava adaptada ao ambiente familiar, inclusive passou a ser chamada por outro prenome, dado pelos requeridos, e, portanto, tinha a legítima expectativa de que não haveria ruptura da convivência familiar; (iii) a "devolução" da menor causou-lhe intenso sofrimento emocional e conflito de identidade. No âmbito estreito do recurso especial, não há como desconstituir as fortes premissas fáticas assentadas pelas instâncias ordinárias, no sentido de que houve irresponsabilidade, negligência, imprudência ou, no mínimo, abuso de direito no ato de "devolução" da criança que causou dano moral à menor envolvida, consistente em grave prejuízo à sua auto-estima e identidade, a qual passou novamente por um processo doloroso de rejeição, perda da convivência familiar e confusão quanto à sua identidade. [...] Publique-se. Brasília, 22 de agosto de 2016. MINISTRO RAUL ARAÚJO Relator (STJ - REsp: 1513284 MG 2015/0025535-5, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Publicação: DJ 08/09/2016)

O caso acima citado refere-se a uma criança que foi acolhida por um casal como parte de sua família. Antes da formalização oficial do pedido de adoção, a criança conviveu por alguns meses com o casal. Ela criou laços afetivos com a nova família, até mesmo seu prenome havia sido mudado pelos adotantes. Mas após o pedido oficial de adoção, onde eles receberam a guarda da criança, exatamente 7 meses depois eles devolvem a criança à instituição de acolhimento. O STJ ao julgar o recurso especial cita os elementos concretos do caso, sendo o abuso de direito um dos elementos. Percebe-se que o direito ao convívio familiar foi negado ao infante sem justificativa nenhuma.

O princípio da boa fé nesse caso é evidente que foi lesado, pois como elemento objetivo do caso concreto, o relator declara que a criança possuía legítima expectativa da concretização da adoção, o que acabou não acontecendo, terminando com sua devolução injustificada.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A família é a base da sociedade, sendo esse conceito protegido pela Constituição Federal. As relações familiares vão além de laços biológicos, pois os laços afetivos são vínculos mais fortes e resistentes. É através desse laço afetivo que se baseia a adoção, quando desconhecidos se unem e formam uma família.

Os adotandos são jovens que sofreram o abandono por parte de seus pais biológicos, ou foram retirados de seu convívio pelo poder Estatal devido a negligência ou maus tratos de seus genitores, quando o Estado não conseguiu reinseri-los em suas famílias naturais, acabando como último recurso encaminhá-los para a adoção.

O convívio familiar, como descrito na Constituição Federal, é um direito fundamental de todos, principalmente para as crianças. Cabe à família, à sociedade e ao Estado garantirem que esses jovens tenham esse direito assegurado.

Percebe-se que, ao se devolver a criança durante o estágio de convivência de forma desmotivada, pode estar caracterizado o ato ilícito na modalidade de abuso de direito. O abuso de direito ocorre quando o titular de um direito legítimo, excede os limites objetivos descritos no artigo 187 do Código Civil, ao exercer seu direito, trazendo um dano a outrem. Para tal caracterização de dano não se faz necessário a comprovação da culpa, de forma que o abuso de direito entra na modalidade de responsabilidade civil objetiva. Sendo o dano imprescindível para a caracterização da responsabilidade civil, ele precisa ser demonstrado, embora, quando a lesão atinge a direitos fundamentais protegidos pela Constituição Federal, não há a necessidade de que seja comprovado que existem sentimentos humanos desagradáveis, tais como dor e sofrimento.

Na hipótese estudada, o que se ataca é o direito ao convívio familiar e o abuso do direito ao se desistir da adoção por motivos fúteis, como os exemplos citados no capítulo 3 desse estudo, que demonstram que o titular do direito excede, em muito, os limites da boa-fé, que está relacionada com a relação entre os adotantes e os adotandos, ao colocar seus interesses acima dos interesses dos menores. Com isso, ferem o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e, com isso, passam a ser sujeitos de indenizar pelos prejuízos morais causados às crianças envolvidas.

Conclui-se que os casos em que há a desistência desmotivada da adoção durante o estágio de convivência são passível de responsabilização civil por danos morais, pois o direito fundamental da convivência familiar assegurado no artigo 227 da Constituição Federal é lesado por aqueles que voluntariamente se colocam na posição de adotar uma criança ou adolescente, e posteriormente desistem da medida sem nenhum tipo de justificativa legalmente aceitável, devendo, nesses casos, serem responsabilizados civilmente pelo abuso de direito.

REFERÊNCIAS

- TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: Volume Único.** In TARTUCE, Flávio. 5. ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 463-486.
- TARTUCE, Flávio. **Manual de Responsabilidade Civil: Volume Único.** TARTUCE, Flávio. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias** {livro eletrônico}. DIAS, Maria Berenice. 4. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família.** 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Volume 6: Direito de Família.** In GONÇALVES, Carlos Roberto. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Volume 4: Responsabilidade Civil.** In GONÇALVES, Carlos Roberto. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016
- NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, v. 7: Responsabilidade Civil.** 6. Ed. rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil, v. 3: Responsabilidade Civil.** GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. 10. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FELIPE, Luiza. **A Responsabilidade civil dos pretendentes à adoção nos casos de desistência da medida durante o Estágio de Convivência.** Florianópolis, 2016. 83p. Monografia (Graduação). Universidade Federal de Santa Catarina.
- RIEDE, Jane Elisabete. e SARTORI, Giana Lisa Zanardo Sartori. Adoção e os fatores de risco: do afeto à devolução das crianças e adolescentes. *Perspectiva*, Erechim. v. 37, n. 138. p. 143-154, 2013. Disponível em: < http://www.uricer.edu.br/site/pdfs/perspectiva/138_354.pdf > Acesso em 08/04/2020.
- GARCIA, Kamyla Silva. **A Responsabilidade civil por Desistência no Processo de Adoção.** Juiz de Fora, 2018. 30p. Artigo Científico (Graduação). Universidade Federal de Juiz de Fora.
- SANTOS, Laura. **Responsabilidade civil em caso de Desistência de Adoção.** Aracaju, 2019. 58p. Monografia (Graduação). Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe.
- CARVALHO, Larissa Grouiou de. **Responsabilidade civil dos adotantes pela devolução da criança ou do adolescente adotado.** Maceió, 2017. 93p. Monografia (Graduação). Faculdade de Direito de Alagoas.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. In: **Vade Mecum acadêmico de direito.** 25. ed. Atual. e ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. In: **Vade Mecum acadêmico de direito.** 25. ed. Atual. e ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente. In: **Vade Mecum acadêmico de direito**. 25. ed. Atual. e ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

TJ-MG - AC: 10702140596124001 MG, Relator: Caetano Levi Lopes, Data de Julgamento: 27/03/2018, Data de Publicação: 06/04/2018

TJ-PB 00013783720188150011 PB, Relator: DES. JOSÉ RICARDO PORTO, Data de Julgamento: 03/03/2020, 1ª Câmara Especializada Cível

STJ - REsp: 1513284 MG 2015/0025535-5, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Publicação: DJ 08/09/2016