

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MARIANA CARNEIRO DEVÉSCOVI

**REABANDONO: A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA
DEVOLUÇÃO DO FILHO/A ADOTIVO/A DIANTE DOS PRINCÍPIOS DO MELHOR
INTERESSE E PROTEÇÃO INTEGRAL.**

**CRICIÚMA
2019**

MARIANA CARNEIRO DEVÉSCOVI

**REABANDONO: A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA
DEVOLUÇÃO DO FILHO/A ADOTIVO/A DIANTE DOS PRINCÍPIOS DO MELHOR
INTERESSE E PROTEÇÃO INTEGRAL.**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado
para obtenção do grau de Bacharel no curso de
Direito da Universidade do Extremo Sul
Catarinense, UNESC.

Orientador(a): Prof. (ª) Rosangela Del Moro

CRICIÚMA

2019

MARIANA CARNEIRO DEVÉSCOVI

REABANDONO: A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA DEVOLUÇÃO DO FILHO/A ADOTIVO COM BASE EM SUA OMISSÃO, DIANTE DOS PRINCÍPIOS DO MELHOR INTERESSE E PROTEÇÃO INTEGRAL.

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Criciúma, 04 de julho de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Rosangela Del Moro – Especialista - Orientadora

Prof. Marcus Vinicius Almada Fernandes - Especialista - UNESC

Prof. Jean Gilnei Custódio - Especialista - UNESC

Dedico este trabalho a todos os meus antepassados.

AGRADECIMENTOS

Agradeço todas as pessoas que estiveram ao meu lado durante a elaboração deste trabalho, em especial a minha mãe que me apoiou e me apoia invariavelmente, que proporcionou toda a minha formação escolar desde o berçário até a graduação, que fez e faz o possível e o impossível para que eu consiga realizar os meus sonhos.

As minhas amigas Julia Destro, Julia Porto e Luiza Almeida que me apoiaram durante os percalços da elaboração deste trabalho, aos meus colegas e amigos que me incentivaram e me lembraram da minha capacidade todas as vezes que pensei que não conseguiria, assim como me proporcionaram momentos muito felizes e divertidos durante essa caminhada.

A todos os professores que tive ao longo da vida que compartilharam seus conhecimentos dentro das salas de aula, em especial a professora Janete Trichês que foi essencial para a elaboração deste trabalho, proporcionando a mim e aos meus colegas de sala uma experiência inimaginável da realidade de crianças acolhidas em uma instituição de acolhimento aguardando a adoção, durante a elaboração do projeto solidariedade da primeira fase da graduação.

E por fim, a minha professora orientadora, Rosangela Del Moro, que me inspirou com suas aulas de sucessões, acreditou no meu tema, e sempre foi muito paciente e dedicada durante as orientações.

“No mundinho habitado pelas crianças, seja quem for a pessoa que as cria, não há nada que seja percebido com mais clareza, nem sentido com mais profundidade que uma injustiça. ”

Charles Dickens

RESUMO

O tema proposto tem como objetivo analisar a responsabilidade civil do Estado em face do reabandono do filho(a) adotivo(a), devolvendo-o ao acolhimento institucional. Assim, foram analisados os procedimentos legais do processo de adoção, a responsabilidade civil adotada pelo Estado brasileiro, os danos causados a criança/adolescente em decorrência da devolução ao acolhimento institucional, bem como a possível reparação estatal pelos danos sofridos, em consonância com os princípios do melhor interesse e da proteção integral da criança e adolescente. Para o presente estudo foi utilizado o método dedutivo, em pesquisa do tipo teórica, qualitativa com emprego de material bibliográfico diversificado em livros, artigos de periódicos, teses, dissertações. Com base nos estudos efetuados conclui-se que a prestação de serviços do Estado é indispensável para o processo de adoção, e relacionando esta prestação de serviços com a responsabilidade objetiva do Estado, havendo uma má execução estatal nas etapas que lhe são designadas pode haver a responsabilização do Estado pelo reabandono.

Palavras-chave: Responsabilidade civil; adoção; danos; reabandono; princípio do melhor interesse e proteção integral

ABSTRACT

The proposed subject aims to analyze the civil liability of the State in face of the re-abandonment of the foster child, returning them to the institutional sheltering. Thus, the legal procedures of the adoption process have been analyzed, along with the civil liability adopted by the Brazilian State, the damages caused to the child/adolescent as a result of the returning to the institutional sheltering, and the possible governmental reparation for the damages suffered, in accordance with the principles of the best interest and of the integral protection of the child and adolescent. For the present study, the deductive method was used, in theoretical and qualitative research using bibliographical material diversified in books, periodicals, theses and dissertations. Based on the studies carried out, it is concluded that the provision of State services is indispensable for the adoption process, and linking this services provision with the objective responsibility of the State, if there are poorly executed actions of the government in the steps assigned to it, the accountability of the State for re-abandonment might exist.

Key words: Civil liability; adoption; damage; abandonment; best interest principle and integral protection

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	12
2.1 O CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL E O DANO MORAL	12
2.2 A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO ESTADO E O ART. 37, §6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	15
2.3 DANOS MORAIS E EXTRAPATRIMONIAIS.....	18
2.4 O DANO MORAL NO CONTEXTO DO DIREITO DE FAMÍLIA	21
3 A ADOÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	25
3.1 A HISTÓRIA DO PROCESSO DE ADOÇÃO	25
3.2 OS PROCEDIMENTOS LEGAIS PARA A ADOÇÃO	29
3.3 DA PREPARAÇÃO DOS PRETENDENTES A ADOÇÃO	34
3.4 A POSSIBILIDADE LEGAL DA DEVOLUÇÃO DO ADOTADO AO ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL.....	38
4 (IM)POSSIBILIDADE DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO ESTADO NO REABANDONO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES.....	41
4.1 PRINCÍPIOS DO MELHOR INTERESSE, PRIORIDADE ABSOLUTA E TRIPLICE RESPONSABILIDADE	41
4.2 O PAPEL DO ESTADO NO PROCESSO DE ADOÇÃO	45
4.3 OS DANOS CAUSADOS PELO REABANDONO.....	48
4.4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM CASOS DE REABANDONO	53
5 CONCLUSÃO.....	60

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui como objetivo analisar o reabandono do/a filho/a adotivo/a e a possibilidade de responsabilização do Estado em decorrência do reabandono, em face do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, bem como o da proteção integral, analisando os danos causados aquele que é reabandonado.

Existem diversos pré-requisitos para uma pessoa se habilitar para a adoção, como cursos preparatórios informando a importância da adoção, análise psicológica, entre outros procedimentos. Observa-se então que o Estado possui um papel importante nesta preparação, devendo disponibilizar referidos cursos, uma equipe multidisciplinar capacitada para atender, analisar e orientar o/os pretendente/s a adoção.

Quando uma pessoa/família decide adotar uma criança ou adolescente, ela deve estar preparada e ciente das dificuldades que a maternidade/paternidade enfrentam, e inclusive, por esta razão a Lei da Adoção impõe diversos procedimentos para preparar os pretendentes a adoção. Quando uma criança é devolvida a instituição estatal e passa novamente pelo trauma de sair de um lar para instituição de acolhimento, não é possível avaliar os danos causados à criança e/ou adolescente, mas é evidente que o dano é existente, dano este que deve ser reparado mediante indenização.

Neste sentido, verifica-se a função do Estado e o dever de proteger a criança ou adolescente, sob a égide do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e da prioridade absoluta, e que por alguma razão fora devolvida ao acolhimento institucional. Em conformidade com o Estatuto da Criança e do Adolescente, é necessária a verificação do cumprimento dos procedimentos estabelecidos em lei.

No primeiro capítulo será abordada a responsabilidade civil, em especial a do Estado, desde a sua não responsabilização até as teorias de responsabilização subjetiva e objetiva do Estado diante dos danos causados a terceiros oriundos de ações de seus representantes legais, abordando os tipos de dano, e por fim o dano moral contextualizado junto ao direito de família.

No segundo capítulo se abordará o processo de adoção no ordenamento jurídico brasileiro, assim como os procedimentos adotados atualmente na adoção

incluindo a preparação do/s pretense/s adotante/s, assim como da criança ou adolescente que será incluída no seio de uma nova família, dentro deste capítulo será abordada ainda a possibilidade legal da devolução do/a adotado/a ao acolhimento institucional e quais as consequências de referida ação.

E por fim, no último capítulo se discutirá a (im)possibilidade de uma responsabilização civil do Estado pelo reabandono, analisando os procedimentos presentes no Estatuto da Criança e do Adolescente para a adoção, o papel do Estado nestes procedimentos, assim como serão alvo deste estudo os danos causados a criança ou adolescente devolvida ao acolhimento institucional e a forma de responsabilização estatal adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, com o intuito de buscar uma solução para esta situação tão delicada que é o reabandono, buscando o cumprimento dos princípios do melhor interesse da criança e do adolescente e da proteção integral.

Para o presente estudo foi utilizado o método dedutivo, em pesquisa do tipo teórica, qualitativa com emprego de material bibliográfico diversificado em livros, artigos de periódicos, teses, dissertações.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

O Estado é responsável por reparar os danos causados a terceiros, entretanto existem diversas classificações e teorias a respeito da responsabilização civil do Estado, historicamente, a possibilidade de responsabilizar civilmente o Estado foi crescendo, nos tempos antigos não havia esta possibilidade, após passou-se a adotar a responsabilidade civil subjetiva, até os dias atuais onde a responsabilidade civil é objetiva, no ordenamento jurídico brasileiro. Este capítulo possui o objetivo de demonstrar as espécies existentes de responsabilidade civil, bem como seus desdobramentos relacionados ao tipo de dano causado, em especial o dano moral.

2.1 O CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL E O DANO MORAL

A responsabilidade civil é proveniente das relações que possam acarretar prejuízo a qualquer uma das partes envolvidas, gerando assim o dever de indenizar ao causador do dano. A expressão responsabilidade é utilizada nas situações em que o agente é incumbido de reparar os danos e consequências por ele causados, reparação essa que possui o intuito reestabelecer o equilíbrio patrimonial e moral violado. A indenização em pecúnia é capaz de reparar os danos causados ao patrimônio, bem como para indenizar um sofrimento, no dano moral por exemplo não é possível quantificar o valor do dano, mas uma indenização pecuniária é utilizada como um contrapeso ao prejuízo emocional, e por esta razão fala-se em equilíbrio. (VENOSA, 2017, p. 03)

[...] 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).
Trazendo esse conceito para o âmbito do Direito Privado, e seguindo essa mesma linha de raciocínio, diríamos que a *responsabilidade civil* deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior de coisas. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 54)

A principal função da responsabilidade civil é penalizar aquele que causou danos a alguém, bem como responder o anseio social de justiça motivado

pela ação ou omissão que acarretou prejuízos ao lesado, no caso da responsabilidade reparatória. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 06) A Responsabilidade Civil pode ser tanto objetiva quanto subjetiva, o que difere uma da outra é o elemento culpa, que precisa estar presente na subjetiva, já na objetiva, adota-se a teoria do risco, ou seja, a atividade desempenhada necessita ser precisa, caso algum dano seja causado, a culpa não será analisada, independente dela, haverá a responsabilização daquele que causar o dano.

De acordo com Venosa (2017, p.11) na responsabilidade civil objetiva é desnecessária a prova da culpa do agente para que haja a responsabilização, tendo em vista que a teoria do risco é projetada através da potencialidade da atividade em gerar danos, existe a exposição a um perigo, perigo este que caso venha a gerar um dano a alguém, este dano deve ser reparado.

O Código de Defesa do Consumidor, que também trabalha com a questão da responsabilidade civil objetiva e Diniz (2012, p. 314) explica que a responsabilidade civil objetiva é aquela que deve reparar os danos ocasionados pela má prestação de um serviço, que ocasionam danos físicos ou psíquicos aos consumidores.

Já na responsabilidade civil subjetiva a culpa deve ser comprovada, acontece que a comprovação de tal elemento é algo complexo para ser descrito, em amplo sentido é algo em que o agente deveria conhecer e observar, não observando deve haver a responsabilização. (VENOSA, 2017, p. 13)

Adentrando ao Dano moral, é necessário que haja uma definição do que é, para que então se parta para a discussão da indenização. Segundo Cavalieri Filho (2012, p. 88), o dano moral seria um dano extrapatrimonial, ou seja, todo aquele que não é material, podendo ser uma dor, vexame, sofrimento, desconforto, humilhação, ou qualquer dor da alma.

Pode-se dizer que o dever de reparar um dano nasce na ação ou omissão do agente, Gonçalves (2012, p. 21) descreve a fonte geradora da responsabilidade civil:

Toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. **Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano.** Exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano **constitui a fonte geradora da responsabilidade civil.** (grifo nosso)

Pode-se dizer, que a responsabilidade civil trata de uma ideia de equilíbrio, de uma espécie de compensação que repara o dano, por esta razão existem inúmeras espécies de responsabilidade, abrangendo todos os ramos do direito e extrapolando os limites jurídicos, alcançando a vida social. (GONÇALVES, 2012, p. 21)

Nader (2016, p. 41), traz três funções da responsabilidade civil na sociedade, sendo elas a Reparação do dano causado, se possível retomando o *status quo ante*, diante da impossibilidade deve haver uma indenização a ser determinada pelo juízo, a prevenção de danos futuros, tendo em vista que cria-se uma ideia de não lesar um terceiro onde o agente possui plena consciência que caso venha a causar danos a alguém deverá ser punido por este fato, e por fim a punição, citada na função anterior, que no âmbito civil costuma ser pecuniária.

Entende-se que o ser humano necessita de afeto para sua sobrevivência, que este sentimento é o gerador dos vínculos familiares, inclusive é possível que haja responsabilização civil pela ausência de afeto dos pais. (MADALENO, 2018, p. 145)

Retomando ao conceito estabelecido pela doutrina do que é o dano moral, tais emoções vivenciadas por aquele que é prejudicado por ação ou omissão de terceiro possuem um valor muito maior do que pecúnia, devendo ser mensurado pelo judiciário com grande cautela. (CAVALIERI FILHO, 2012, p 76).

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., como se infere dos arts. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação. (GONÇALVES, 2012, p.353)

O dano moral ultrapassa os limites de um mero dano patrimonial, haja vista que não é possível medir o sofrimento de um ser humano, como é possível medir uma perda material indenizável. A perda material é medida com o valor dispendido para comprar uma peça nova, consertar um veículo, entre outros danos patrimoniais, o dano extrapatrimonial envolve os sentimentos de uma pessoa, sensação única experimentada por cada um, vale lembrar que todas as pessoas lidam de forma diferente com as experiências negativas.

2.2 A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO ESTADO E O ART. 37, §6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A responsabilidade civil do Estado, atualmente é tratada como matéria de direito Constitucional e de Direito Administrativo, entretanto houve uma época em que o princípio da Irresponsabilidade absoluta do Estado prevalecia, conhecido como *the king can do no Wrong*, em uma tradução livre, o rei não erra. (GONÇALVES, 2012, p. 131)

The king can do no wrong (“O Rei nada faz de errado”). Esse brocardo inglês é a máxima que regeu longo período do percurso histórico das sociedades políticas estatais, recusando-se a possibilidade de responsabilização do Estado como reflexo do predomínio da teoria divina e sobrenatural do Poder. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 276)

A responsabilidade do Estado, também pode ser chamada de Responsabilidade da Administração pública, por esta razão é matéria de direito constitucional e administrativo, e reconhece-se a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público e não da administração pública em si. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 163)

A responsabilização do Estado por suas ações e/ou omissões, é uma evolução do direito, o código civil de 1916 trazia a responsabilização apenas para os atos que fossem cometidos em desconformidade com a legislação vigente, a Constituição Federal de 1946 alterou em parte este entendimento, trazendo a possibilidade de ação de regresso contra o funcionário público que tivesse praticado o ato que gerou dano a terceiro. (GONÇALVES, 2012, p. 131)

Atualmente o Estado pode ser responsabilizado pelos atos das pessoas jurídicas de direito público, que agem em seu nome, e esta responsabilidade se dá de forma objetiva, sem a necessidade de comprovação de culpa. (GONÇALVES, 2012, p. 139)

O artigo 37 da Constituição Federal, traz em seu parágrafo sexto a possibilidade de responsabilização do Estado.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

§ 6º **As pessoas jurídicas de direito público** e as de direito privado prestadoras de serviços públicos **responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.** [...] (BRASIL, 1988, grifo nosso)

O Código Civil de 2002 traz em seu artigo 43, a possibilidade de responsabilizar civilmente o Estado pelos danos causados a terceiros.

Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo. (BRASIL, 2002)

Em conformidade com os artigos acima descritos, não se exige culpa do funcionário público para a reparação do dano, por esta razão a responsabilidade civil do estado é objetiva, basta que o dano tenha sido causado por agente público, no exercício de suas funções públicas, para que haja o dever de reparar tal dano, entretanto existem possibilidades em que o Estado não será responsabilizado como em casos de culpa as vítimas ou de força maior. (GONÇALVES, 2012, p. 140)

De acordo com Gagliano e Pamplona Filho (2017, p. 274) a responsabilidade civil do estado é objetiva, em decorrência do artigo supramencionado, bem como que existem diversas teorias para explicar a responsabilidade civil estatal.

Dentre elas, existe a Teoria da Irresponsabilidade, já mencionada, que traz o Estado como isento de qualquer responsabilidade, *the king can do no wrong*, esta teoria prevaleceu por muitos anos, enquanto acreditava-se que o Rei era uma criatura divina, enviada dos céus, portanto o Estado era o conhecedor da Lei e do Direito, sendo inadmissível a ideia de tê-lo como violador das leis. Referida teoria deixou de existir com a queda do absolutismo, influenciada pelo liberalismo, que fez com que o estado perdesse sua imunidade. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 274)

Com o decorrer do tempo, a ideia de que o rei fosse uma pessoa sagrada foi enfraquecendo, até que se chegasse as demais teorias de responsabilidade subjetiva do estado, que totalizam cinco, sendo a primeira a Teoria da Culpa Civilística, que trazia os funcionários públicos como prepostos do Estado, e por esta razão a responsabilidade dependia da culpa do agente. A

segunda é a Teoria da Culpa Administrativa, que a responsabilização civil do Estado ocorre quando demonstrado o comportamento do funcionário, o dano e o nexo de causalidade entre os dois. A terceira teoria, chamada de Teoria da Culpa Anônima, assemelha-se com a teoria anterior, tendo em vista que nem sempre aquele que sofreu o dano sabe indicar com precisão qual funcionário público agiu e lhe causou danos. Já a quarta teoria, é tida como a falsa teoria objetiva, sendo denominada Teoria da Culpa Presumida, aqui há a presunção de culpa do Estado, ocorrendo a inversão do ônus da prova, sendo então o Estado responsável por provar que tal dano não foi causado pela conduta dos funcionários públicos. E a quinta e última teoria, é a da responsabilidade subjetiva do Estado, Teoria da Falta Administrativa, é aquela onde o Estado é responsabilizado pela falta do serviço estatal, aqui só existe a investigação da real falta do serviço, caso ele não exista o Estado é responsabilizado civilmente. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 277)

Em relação a responsabilidade civil objetiva, possuímos três teorias, a primeira denominada de Teoria do Risco Administrativo, nesta a obrigação de indenizar se dá pelo simples acontecimento do ato lesivo. A segunda, Teoria do Risco do Integral, reconhece a responsabilidade civil em qualquer situação, contanto que presentes os três elementos essenciais (ação/omissão, dano e o nexo causal entre eles), não existindo aqui qualquer possibilidade de excludentes da responsabilidade. E a terceira e última, Teoria do Risco Social, também chamada de Responsabilidade Sem Risco, aqui não é necessária nem mesmo a conduta humana dos agentes do Estado para que o mesmo seja responsabilizado, se é dever do Estado prezar pela segurança e alguém sofre algum tipo de violência, ocorreria a responsabilização civil do Estado. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 281)

No ordenamento jurídico brasileiro, a teoria atualmente adotada é a Teoria do Risco administrativo, onde a culpa do agente é objetiva, admitindo portanto a quebra do nexo causal entre a ação e o dano, acontece que a adoção de uma das teorias não exclui completamente as outras teorias existentes, podendo uma coexistir com a outra em situações específicas, em alguns casos será necessário utilizar-se da Teoria do Risco Social ou até mesmo da Teoria do Risco Integral em situações peculiares, levando em consideração que cada caso é único,

para isso deve-se analisar a situação concreta. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 285)

Diante das diversas teorias de reponsabilidade civil do Estado, e a alteração delas ao longo dos anos, pode-se perceber que a legislação está em constante mudança, uma vez que o Estado já foi completamente irresponsável por qualquer dano que viesse a causar a alguém até os dias atuais onde a responsabilização do Estado possui caráter objetivo, devendo indenizar aqueles que foram prejudicados por ações ou omissões do poder estatal.

2.3 DANOS MORAIS E EXTRAPATRIMONIAIS

Conceituam-se como danos morais aqueles que não podem ser monetariamente quantificados, como um muro destruído em um acidente, ou até mesmo avarias em um veículo provenientes de um acidente de transito, neste tópico o dano moral será conceituado, bem como os demais tipos de danos extrapatrimoniais.

De acordo com Gonçalves (2012, p. 353) o dano moral é aquele que causa danos pessoais ao lesado, podendo ser chamados de danos extrapatrimoniais, atingindo sua honra, dignidade, intimidade, imagem, liberdade, entre outros bens não patrimoniais, que geram algum tipo de abalo ao ofendido causando-lhe um profundo sentimento de tristeza, angustia, tensão, ou qualquer outro tipo de sofrimento. Diniz (2012, p. 131), classifica o dano moral como um dano da personalidade, ressalta que tal dano começou a ser reconhecido com o advento do cristianismo, onde os direitos da pessoa humana e seus sentimentos passaram a ser respeitados de uma maneira universal, tornando-se um preceito moral que com o passar dos anos foi introduzido nos ordenamentos jurídicos.

Vale ressaltar que o mero dissabor¹ ou emoções que podem ser consideradas comuns no dia a dia dos cidadãos não são encaradas como dano moral. Existem situações que causam desconforto a pessoa, mas que não são capazes de lhe gerar um sofrimento indenizável, não se tratando de algo que pode

¹ "[...] O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige." (STJ, Min. Cesar Asfor Rocha). (Apelação Cível n. 2013.008933-6, de Criciúma, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, j. em 18/04/2013) (Disponível em: www.tjsc.jus.br; acesso em 05 mai. 2019)

lhe causar uma dor tão profunda que o agente deva ser compensada com o pagamento de indenização por danos morais. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 93).

Esse tema deve ser versado também com mais profundidade na responsabilidade aquiliana. Geralmente, o descumprimento de um contrato não leva a um dano moral. E o dano moral é exatamente isso, um prejuízo que não afeta o patrimônio econômico, mas afeta a mente, a reputação da vítima. (VENOSA, 2017, p. 356)

É classificado como dano moral todo dano que extrapola a esfera patrimonial, que abala algo maior do que bens materiais que possuem valor quantificado e podem ser substituídos ou reparados. Quando se trata de danos que não podem ser facilmente quantificados monetariamente por meio de orçamentos juntados aos autos, como aqueles que abalam os sentimentos dos seres humanos, que causam profundo sofrimento, angustia, tensão, dentre outras sensações de desconforto emocional, estes são caracterizados como danos morais e podem se apresentar com nomes variados, o dano estético, por exemplo, trata-se de uma espécie de dano moral, assim como a indenização pela perda de uma chance, ou os danos a personalidade, danos sociais, tendo em vista que tratam-se de danos extrapatrimoniais.

O dano moral encontra-se caracterizado no Código Civil no artigo 186 “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” (BRASIL, 2002), que obriga o agente de ato ilícito a indenizar aquele que tenha sofrido algum dano decorrente de sua ação, mesmo que exclusivamente moral, cumpre ressaltar que o dano moral necessariamente provém de ação dolosa ou culposa, caracterizando-se então o ato ilícito descrito no artigo supramencionado, segundo Venosa (2017, p. 357) o dano moral é aquele que afeta a integridade física, estética, a liberdade, a saúde, valores espirituais, trazem ao abalado uma privação de seu bem estar, provando-lhe sentimentos ruins e de uma forma geral perturbando sua paz.

O dano estético é aquele cujas lesões corporais sofridas pela vítima são irreparáveis deixando marcas pelo seu corpo, como cicatrizes, aleijões, manchas escuras, ou quaisquer marcas incomuns, que causam desconforto, prejudicando a aparência do indivíduo. Este dano, causa um enorme sofrimento a pessoa que terá que carregar marcas em seu corpo por toda a vida, que nunca voltará a ter a

aparência que possuía antes do evento danoso, justifica-se a indenização por danos estéticos na reparação moral da vergonha a que a vítima sente em frente a terceiros, ao constrangimento que as marcas em seu corpo lhe proporcionam. Para que o dano estético seja configurado, o evento danoso obrigatoriamente tem que ter ocorrido por uma conduta dolosa ou culposa do agente, para que então os danos causados a vítima sejam passíveis de indenização, obviamente que em casos médicos onde o cirurgião para salvar a vida do paciente, ou livrá-lo de um mal maior, em não se tratando de erro médico, deixa uma cicatriz no paciente não será cabível uma condenação por indenização por danos estéticos. Conforme exposto, tal dano deve ser proveniente de um ato ilícito, a partir de uma conduta dolosa ou culposa. (NADER, 2016, p. 128)

Qual seria o sentido, então, de se proporcionar a indenização a uma paciente de cirurgia plástica, afetada em sua beleza pela imperícia do cirurgião? É claro que, se essa vítima fosse uma atriz, os danos seriam mais palpáveis. No entanto, o prejuízo estético afeta o psiquismo e a conduta social de qualquer pessoa, uns mais, outros menos. Uma indenização minora esse sofrimento. Nosso próprio Código Civil, do início do século, já dava um parâmetro absolutamente equilibrado para uma indenização moral no art. 1.548. Diz que a mulher agravada em sua honra tem direito de exigir do ofensor “*um dote correspondente à sua própria condição e estado*”. Tratava-se de típica indenização por dano exclusivamente moral. (VENOSA, 2017, p. 357, grifo no original)

No âmbito das indenizações por dano moral, não existe uma regra escrita pelo legislador que contenha os valores que devem ser pagos a cada tipo de dano moral sofrido, entretanto entende-se que nenhuma indenização pode ser tão mínima a ponto de nada reparar, bem como de ser absolutamente insignificante ao agente causador do dano, assim como não deve ser em valor exageradamente alto a fim de causar um locupletamento sem causa ao ofendido. A indenização deve ter um caráter educativo ao ofensor e acalentador ao ofendido, nesta esfera não é possível falar em uma reparação ao prejuízo, e sim de uma compensação ao abalo sofrido, trata-se de uma reparação indireta. O caráter pedagógico da condenação por danos morais surgiu com o Código Civil de 2002, vigente no ordenamento jurídico brasileiro, onde o juiz possui um poder amplo, precisando mensurar um valor capaz de inibir futuras demandas semelhantes, como por exemplo nas ações movidas em face de empresas de aviação, em razão de atrasos de voos, o juiz precisa aplicar uma punição suficientemente alta a ponto de atingir o caráter

educativo, bem como em valor razoável² que não chegue a ocasionar um enriquecimento sem causa ao ofendido. (VENOSA, 2017. p. 357)

Portanto pode-se concluir que os danos extrapatrimoniais vão muito além de uma mera indenização por um abalo sofrido, possuindo além do dever de reparar aquele prejuízo que não pode ser medido em cifras, amenizando o sofrimento do ofendido, bem como possui o dever de coibir novas ações ilícitas capazes de provocar sofrimento em outros seres humanos. No contexto do direito de família existem divergências a respeito do que configura dano moral, entretanto o assunto é ainda mais delicado tendo em vista que pode envolver crianças e adolescentes, que possuem seus direitos assegurados não somente pela Constituição Federal, mas também pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

2.4 O DANO MORAL NO CONTEXTO DO DIREITO DE FAMÍLIA

Para se falar em danos morais, é necessário citar a modalidade de responsabilidade civil aplicada no direito de família, como já exposto, existem duas espécies a responsabilidade civil objetiva, e a responsabilidade civil subjetiva.

No âmbito familiar podem existir diversas situações capazes de prejudicar uma pessoa de forma extrapatrimonial, seja pelo descumprimento dos deveres advindos do poder familiar, pelo abandono afetivo, pela alienação parental, entre outras diversas hipóteses, diante disto observa-se que para que um agente seja responsabilizado é necessária uma ação proveniente de um ato ilícito, como os acima descritos, donde conclui-se que a trata-se de uma responsabilidade civil subjetiva, necessita do elemento culpa para que seja passível de indenização. (ROSA; CARVALHO; FREITAS, 2012, p. 72)

Além das obrigações dispostas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente para a manutenção do poder familiar, não existem dúvidas acerca da importância do princípio da afetividade³, princípio este que trata o afeto como a base de toda a relação familiar, sendo este sentimento o responsável por construir laços entre as pessoas, e vinculá-las como parentes, inclusive nos casos do

² Na fixação do valor da indenização, há de prevalecer o aspecto mitigador do dano moral infligido à vítima – que esta é sua finalidade precípua -, a inclinação primeira e prioritária do fazer-se justiça: o da reparação, do restabelecimento da quietude social quebrada pelo dano. (COMEL, 2013, p. 130)

³ Princípio que conceitua a família pelos seus laços afetivos independentemente dos laços sanguíneos. (CASABONA, 2009, p.357)

reconhecimento da filiação socioafetiva este é o principal ponto analisado pelos juízes, o afeto, amor, carinho entre as partes, sobrepondo-se inclusive aos laços sanguíneos. O afeto está presente em todas as relações familiares, seja entre cônjuges, companheiros, pais e filhos, filhos estes não necessariamente biológicos. Entretanto, questiona-se a utilização do princípio da afetividade em se tratando de ações que buscam reparação por abandono afetivo, ora se a afetividade é essencial para a constituição do vínculo familiar, o abandono afetivo deve ser capaz de gerar uma indenização de cunho moral, decorrente de um dano extrapatrimonial sofrido por aquele ente familiar abandonado, neste caso podendo ser descendentes, como ascendentes, sendo mais comum dos fóruns e tribunais o requerimento por parte dos descendentes, levando-se em consideração as obrigações advindas do poder familiar. (CASABONA, 2009, p.357)

Existem estudos recentes tratando sobre a possibilidade de indenização sobre o abandono afetivo⁴, diversos juristas abominam esta possibilidade alegando que não existe qualquer fundamentação legal que obrigue os genitores a amar seus filhos, a lei garante que os pais devem prover seus filhos garantindo-lhes o sustento, guarda e a educação. Não podendo a legislação obrigar que alguém sinta afeto por outra pessoa, assegurando também a impossibilidade de reatar vínculos já rompidos ou que sequer existiram um dia, entretanto essa vertente de pensamento preza por uma convivência harmônica entre uma prestação econômico-patrimonial e emotivo-psíquica ao filho, entende-se que um balanceamento entre estas duas prestações seja capaz de assegurar a criança e/ou adolescente um desenvolvimento saudável, portanto estão embutidas ambas as obrigações no dever dos genitores de assistir sua prole. (CASABONA, 2009, p.363)

Há também uma vertente que acredita que é dever dos pais ter afeto pelos filhos, pregam que um relacionamento de amor, carinho, afeto é essencial para o bom desenvolvimento emocional das crianças e dos adolescentes, que é um bem essencial a formação da dignidade da pessoa humana, e por esta razão merece atenção especial nos fóruns brasileiros, principalmente em ações que pugnam pela reparação do abandono afetivo. A criança e o adolescente crescem, se desenvolvem, criam laços afetivos, aprendem a conviver com outros seres humanos, a relacionarem-se socialmente dentro de determinado núcleo familiar, a partir deste

⁴ Quando um genitor deixa de estar presente na vida do filho causando-lhe sofrimento (CASABONA, 2009, p.363)

pensamento devemos analisar a legislação e entender que o poder familiar trata-se de deveres, deveres estes quem devem ser cumpridos pelos genitores, por exemplo no caso de pais divorciados, os dois passam a exercer o poder familiar separadamente, entretanto nenhum dos dois é exonerado da obrigação para com seus filhos, continuam tendo o dever de zelar pelo bem estar do filho, assegurar-lhe os direitos básicos provenientes da guarda, como educação, acesso a saúde, acesso a moradia, alimentação, dentre outras obrigações oriundas do poder familiar. (CASABONA, 2009, p.364)

Diante disso entende-se que a lei não obriga os pais a sentirem afeto por seus filhos, mas sim a zelar por eles e cumprir com todas as obrigações provenientes do poder familiar, donde conclui-se que o não cumprimento dos deveres deve gerar uma indenização por abandono afetivo, levando-se em consideração que a palavra efetivo neste caso possui um significado muito mais amplo do que o simples sentimento do genitor abrangido todas as responsabilidades do poder familiar e os deveres descritos na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente. O julgado com maior repercussão é do TJMG (nº141/1030012032-0) a ação e condenou um pai ao pagamento de indenização ao filho, no valor de 200 (duzentos) salários mínimos, por abandono afetivo, entretanto referida decisão foi reformada no STJ (REsp 757.411/MG), afastando a condenação. (CASABONA, 2009, p.364)

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido. (STJ – Resp: 757411/MG 2005/0085464-3, Relator Ministro Fernando Gonçalves, Data de Julgamento 26/11/2005, Quarta Turma) (BRASIL, 2019)

Ainda no âmbito do abandono afetivo, vale ressaltar o direito fundamental da criança a convivência familiar, atualmente o artigo 25⁵ do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como o artigo 226, §4⁶ da Constituição Federal, trazem o

⁵ Art. 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. (BRASIL, 1990)

⁶ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] (BRASIL, 1988)

conceito de família adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, basicamente constituído pelos genitores e sua prole, ou por apenas um genitor e seus filhos, mas o direito da criança a convivência familiar vai muito além do seio de sua residência e daqueles que residem com ela, inclui o contato com os parentes próximos, podendo ser os avós, tios, primos, bem como um convívio em sociedade fazendo parte daquela família, para que assim possa criar laços de afetividade e afinidade com estes parentes. Esse tipo de convívio é essencial para o bom desenvolvimento da criança e do adolescente. (MACIEL, 2018, p. 145-151)

A indenização nos casos de abandono afetivo ainda é algo muito controvertido no ordenamento jurídico brasileiro, muitos juristas divergem a respeito da legalidade de uma condenação por esta razão, entretanto outros diversos são favoráveis a aplicação do princípio da afetividade no julgamento destes casos em específico, levando-se em consideração que é o princípio utilizado para o reconhecimento da filiação socioafetiva que inclusive se sobrepõe a filiação sanguínea.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. [...] (BRASIL, 1988)

3 A ADOÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

A adoção trata-se de um processo judicial, onde alguém substitui os pais biológicos, nos registros de filiação de uma pessoa, e passa a ser seu(s) genitor(es), tornando o adotado, filho dos adotantes. (COELHO, 2012, p. 364). Também conhecida como filiação civil, oriunda da manifestação de vontade dos adotantes, em reconhecer, o adotado, como seu filho, e desta forma adquirir com este ato, todas as responsabilidades oriundas da paternidade/maternidade. (VENOSA, 2017, p. 289)

Neste capítulo serão expostos os requisitos para adoção, os procedimentos legais, as preparações dos adotantes, idade mínima, entre outros diversos detalhes presentes na legislação pátria.

3.1 A HISTÓRIA DO PROCESSO DE ADOÇÃO

Na antiguidade a adoção era utilizada como uma forma de perpetuação do culto doméstico, as igrejas inclusive tinham uma forma de participação dos processos de adoção. Na civilização grega, a adoção ocorria para que nenhuma família que não possuísse descendentes deixasse de perpetuar o culto aos deuses com o falecimento do chefe familiar, portanto, o adotado assumiria a posição do adotante, perante as celebrações dos cultos, neste período existia um princípio denominado *adoptio natura imitatur*, que em uma tradução livre diz que a adoção imita a natureza. Cumpre ressaltar que na civilização grega o direito sucessório era limitado aos filhos homens, e por esta razão, aqueles que possuíam filhas biológicas, adotavam homens porque que apenas estes poderiam ocupar o lugar do pai nos negócios e nas celebrações dos cultos, sem filhos homens os bens ficariam sem um herdeiro legítimo. (VENOSA, 2017, p. 291).

No Direito Romano, haviam duas formas de adoção, a primeira denominada *adoptio*, que consistia em uma modalidade de adoção onde o adotado abandona publicamente o culto doméstico de sua família biológica para então assumir a modalidade de culto do adotante, desta forma, tornando-se seu herdeiro. A segunda modalidade de adoção, chamava-se *adrogatio*, uma modalidade bem mais antiga pertencente ao direito público, não abrangia apenas o adotado quando já adulto, mas toda a sua família, seus filhos e mulher. Ao estrangeiro não era

permitida a adoção na segunda modalidade. Para que fosse formalizada, necessitava-se da aprovação pontífices em comícios tornando a decisão pública. O Estado possuía interesse na adoção para que a família não fosse extinta, e assim houvesse a continuidade dos cultos domésticos. (VENOSA, 2017, p. 291).

A ideia fundamental já estava presente na civilização grega: se alguém viesse a falecer sem descendente, não haveria pessoa capaz de continuar o culto familiar, o culto aos deuses-*lares*. Nessa contingência, o *pater familias*, sem herdeiro, contemplava a adoção com essa finalidade. O princípio básico do instituto antigo que passou para o direito civil moderno era no sentido de que a adoção deveria imitar a natureza: *adoptio naturam imitatur*. O adotado assumia o nome e a posição do adotante e herdava seus bens como consequência da assunção do culto. O direito sucessório, permitido exclusivamente pela linha masculina, também era corolário da continuidade do culto familiar. (VENOSA, 2017, p. 291).

De acordo com Boscaro (2002, p. 85), a adoção passou a ser aceita em virtude de seu caráter religioso, foi desenvolvido um conceito que apregoava que a adoção era destinada aquelas pessoas que por algum motivo da natureza não puderam ter filhos naturais, desta forma um casal infértil poderia constituir uma prole, conforme denota-se da história, o principal objetivo da adoção era satisfazer os interesses de um casal que não pudesse ter filhos.

Com o decorrer dos anos a adoção perdeu força, na Idade Média, alguns direitos foram perdidos, neste período não era permitido ao adotado herdar o título nobiliárquico, também existiu uma restrição em relação ao direito sucessório, não podendo o adotado herdar os bens materiais do adotante, sendo esta uma característica exclusiva aos filhos naturais. A Igreja Católica teve um papel muito grande neste retrocesso no processo de adoção, pois aqueles que não possuíam descendentes biológicos tendiam a deixar todo seu patrimônio para a Igreja, o que era chamado de doação pós-óbito, caso os filhos adotivos tivessem direito a estes bens a Igreja Católica perderia muito dinheiro oriundo destas doações espontâneas. No final da Revolução Francesa houveram significativas reformas sociais. (MADALENO, 2018, p. 840)

Na França, Napoleão foi a favor da adoção no Código Civil Francês no ano de 1804, após este marco a adoção voltou lentamente a todos os diplomas legais ocidentais, tornando-se um mecanismo para aqueles casais que não podiam ter filhos (BORDALLO, 2018, p.353), entretanto a adoção ganhou um grande impulso durante a Primeira Guerra Mundial, em decorrência do grande número de

crianças órfãs que perderam seus pais nos campos de guerra tornando-se uma responsabilidade a mais para o Estado que precisava acolher esta criança e/ou adolescente. (MADALENO, 2018, p. 840)

Em território brasileiro, na antiguidade, entre 1825 à 1961, a entrega de uma criança para a adoção era utilizada como uma forma de manter a honra de mulheres que haviam engravidado antes do casamento, tendo em vista que as mulheres precisavam se manter “puras” até o matrimônio, uma cultura trazida da Europa o que se chamava de roda dos expostos da Santa Casa de Misericórdia, onde as crianças (recém nascidas) eram depositados em uma gaveta dentro de uma roda, que girava e levava para dentro da Santa Casa de Misericórdia, neste período as crianças permaneciam com as amas de leite por cerca de três anos, muitas acabavam nas ruas, ou eram encaminhadas para famílias que possuíam interesse no trabalho infantil. (SANTOS et al, 2018, p. 103)

Com o passar dos anos todo o estigma que se tinha sobre a adoção foi perdendo a força, inclusive a substituição do termo abandono para entrega, fazendo com que as mães que não possuísem condições de ficarem com o recém-nascido, seja por qualquer motivo, se sentissem mais à vontade com a adoção. (SANTOS et al, 2018, p. 105)

No direito brasileiro a adoção foi estabelecida com o Código Civil de 1916, entretanto contava com diversas restrições, e sofria uma grande resistência popular e dos juristas da época. Em maio de 1957 foi promulgada a Lei nº 3.133, que modificou o processo de adoção em sete importantes pontos, dentre os que obtiveram maior destaque estão a exclusão do artigo⁷ que impedia pessoas que possuísem filhos biológicos, à época denominados de prole conjugal, bem como diminuiu em vinte anos a idade mínima para adoção, de 50 (cinquenta) para 30 (trinta). Apenas com a Constituição Federal de 1988 que os filhos adotados foram definitiva e completamente equiparados aos filhos biológicos, sem constar mais nenhum tipo de diferença no tratamento entre estes. (MADALENO, 2018, p.840)

Embora ao longo dos anos tenham surgido leis mitigando a discriminação da prole, foi somente com a promulgação da Constituição Federal em 1988 que terminou definitivamente sepultada qualquer designação discriminatória relativa à filiação, deixando finalmente de “punir” os filhos que não tinham

⁷ Art. 368. Só os maiores de cinquenta anos, sem prole legítima, ou legitimada, podem adotar. (BRASIL, 1916)

tido a “felicidade” de terem sido fruto amoroso das *justas núpcias*. (MADALENO, 2018, p. 840)

Após a Constituição Federal de 1988, outro grande avanço no processo de adoção foi o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, que determinou o rompimento de todos os laços da criança ou adolescente adotada com sua família biológica, existindo exceções com relação ao casamento⁸, esta foi uma das principais evoluções trazida pelo Estatuto. (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2010, p. 180)

Foi a partir da Constituição Federal de 1988 que os filhos adotados passaram a ser equiparados aos filhos biológicos, não podendo haver nenhuma discriminação entre estes, possuindo então os mesmos direitos. O Supremo Tribunal Federal reconheceu⁹ a equiparação da licença-adoção a licença maternidade concedida as mães que deram à luz. (FARIAS; ROSENVALD, 2018, p. 984)

Mesmo diante de toda essa evolução, o processo de adoção ainda é muito lento, e mantém crianças e adolescentes em casas de acolhimento por um longo período de tempo, com o intuito de dar celeridade foi proposta a PLS 394 de 2017 que visa diminuir o número de diversos entraves burocráticos, desde a destituição do poder familiar até a adoção em si.

Atualmente contamos com a Lei 13.509/2017 que alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, que visa melhorar o processo para crianças e adolescentes, tendo como intuito diminuir o tempo de acolhimento institucional, e cuida para que todo o processo entre a retirada da criança e ou adolescente do ceio de sua família biológica (destituição do poder familiar) até a inclusão na família adotante seja feita da forma menos traumática possível, quanto maior o tempo no acolhimento institucional maior o sentimento de abandono dos acolhidos, por esta razão a lei prevê que este período não deve ser superior a 18 meses, apenas em

⁸ Art. 1.521. Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante;(…)

⁹PERÍODO DE LICENÇA-MATERNIDADE. SERVIDORAS PÚBLICAS. EQUIPARAÇÃO ENTRE GESTANTES E ADOTANTES. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. Constitui questão constitucional saber se a lei pode ou não instituir prazos diferenciados para a licença-maternidade concedida às servidoras gestantes e às adotantes, especialmente à luz do art. 227, § 6º, da CF/88. 2. Repercussão geral reconhecida. (RE 778889 RG, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 20/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-046 DIVULG 10-03-2015 PUBLIC 11-03-2015) (Disponível em <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>, acesso em 15 mai. 2019)

casos de necessidades previstos no art.19¹⁰ do Estatuto da Criança e do Adolescente. (MADALENO, 2018, p. 841)

Diante de todos os dados históricos acima expostos pode-se observar que a adoção foi inserida nos ordenamentos jurídicos como uma forma de solucionar problemas religiosos e estatais. O melhor interesse¹¹ da criança e do adolescente passou a ser levado em consideração, portanto esse princípio e direito deve ser resguardado ao máximo, buscando que o adotado sempre seja o foco dos processos de adoção, e que este instituto não seja utilizado para satisfazer problemas do Estado, ou de qualquer outro que não seja o adotado.

3.2 OS PROCEDIMENTOS LEGAIS PARA A ADOÇÃO

Diversas são às dúvidas em relação ao processo de adoção tendo em vista que se modificou drasticamente ao longo dos anos, bem como a existência de formas ilegais e populares, neste tópico se trabalhará com as disposições legais sobre o processo de adoção.

No território brasileiro é de conhecimento público a existência de forma de adoção ilegais, a mais famosa conhecida “adoção à brasileira”, trata-se da entrega/venda de crianças recém-nascidas em hospitais, ou seja, registra-se o filho de terceiro como seu, os pais biológicos entregam o recém-nascido para aqueles

¹⁰ Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. (BRASIL, 1990)

§ 1º Toda criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada 3 (três) meses, devendo a autoridade judiciária competente, com base em relatório elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar, decidir de forma fundamentada pela possibilidade de reintegração familiar ou pela colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei.

§ 2º A permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de 18 (dezoito) meses, salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária.

§ 3º A manutenção ou a reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência, caso em que será está incluída em serviços e programas de proteção, apoio e promoção, nos termos do § 1º do art. 23, dos incisos I e IV do caput do art. 101 e dos incisos I a IV do caput do art. 129 desta Lei.

§ 4º Será garantida a convivência da criança e do adolescente com a mãe ou o pai privado de liberdade, por meio de visitas periódicas promovidas pelo responsável ou, nas hipóteses de acolhimento institucional, pela entidade responsável, independentemente de autorização judicial.

§ 5º Será garantida a convivência integral da criança com a mãe adolescente que estiver em acolhimento institucional

§ 6º A mãe adolescente será assistida por equipe especializada multidisciplinar. (BRASIL, 1990)

¹¹ O princípio será abordado em tópico próprio

que desejam adotá-lo e estes dirigem-se ao cartório de registro civil para efetuar a certidão de nascimento como se fossem os pais biológicos da criança. (BORDALLO, 2018, p. 425). Para inibir a prática da “adoção à brasileira” o Estatuto da Criança e do Adolescente traz em seu artigo 258-B¹² a obrigatoriedade dos médicos, enfermeiros, e agentes de saúde informarem a autoridade judiciária quando uma parturiente informar que possui interesse em entregar o filho para adoção, aplicando multa para aqueles que descumprirem. (SANTOS et al, 2018, p. 108)

Existem diversas modalidades de adoção, na adoção nacional pode ocorrer de forma bilateral, onde duas pessoas adotam uma criança e ou adolescente ou de forma unilateral, quando uma só pessoa adota, a adoção póstuma que se dá após a morte do adotante, este precisa ter manifestado sua vontade de adotar, normalmente ocorre quando adotante falece durante a tramitação do processo de adoção, e por fim a adoção *intuitu personae*, que ocorre quando há intervenção dos pais biológicos na escolha dos adotantes. Quando se trata de adoção internacional, existem apenas as modalidades bilateral e unilateral, e existem algumas diferenças como por exemplo, o tempo do estágio de convivência. (BORDALLO, 2018, p. 413)

O Estatuto da Criança e do Adolescente traz os procedimentos legais para a adoção e em seu artigo 39¹³ estão dispostos pontos essenciais tais quais a irrevogabilidade da adoção, a vedação da adoção por procuração, ou seja o adotante necessita participar de todas as etapas do processo de adoção, bem como a prevalência dos interesses do adotado em caso de conflitos entre a família biológica e a adotante.

O Ministério Público é parte necessária nas ações de adoção por se tratarem de ações de Estado, bem como para assegurar o cumprimento do princípio,

¹²Art. 258-B. Deixar o médico, enfermeiro ou dirigente de estabelecimento de atenção à saúde de gestante de efetuar imediato encaminhamento à autoridade judiciária de caso de que tenha conhecimento de mãe ou gestante interessada em entregar seu filho para adoção.

Pena - multa de R\$ 1.000,00 (mil reais) a R\$ 3.000,00 (três mil reais)

Parágrafo único. Incorre na mesma pena o funcionário de programa oficial ou comunitário destinado à garantia do direito à convivência familiar que deixa de efetuar a comunicação referida no caput deste artigo. (BRASIL, 1990)

¹³Art. 39. A adoção de criança e de adolescente rege-se-á segundo o disposto nesta Lei.

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

§ 2º É vedada a adoção por procuração.

§ 3º Em caso de conflito entre direitos e interesses do adotando e de outras pessoas, inclusive seus pais biológicos, devem prevalecer os direitos e os interesses do adotando. (BRASIL, 1990)

do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente¹⁴, estas ações devem tramitar das varas da infância e da juventude da comarca onde o adotado encontra-se, e possuem prioridade absoluta de tramitação, caso o adotado possua alguma deficiência ou doença crônica esta prioridade é ainda maior. Quando o adotado se trata de pessoa maior, a competência para a tramitação é das varas da família.

Para que uma criança seja adotada é preciso que haja um estágio de convivência com a família adotante para garantir a adaptação da criança ou adolescente e da família que irá recebê-lo, ambas as partes precisam passar por esta fase preparatória garantindo que a adoção não seja traumática, o artigo 46¹⁵ do Estatuto da Criança e do Adolescente aduz que o período de convivência não deve ultrapassar o prazo de 90 (noventa) dias, após referido estágio de convivência a autoridade judicial deverá requerer um estudo social ou perícia que será efetuada por uma equipe interprofissional para analisar a preparação tanto dos adotantes como do adotado e então decidir pela adoção, conforme determina o artigo 167 do Estatuto da Criança e do Adolescente. (DIAS, 2016, p. 846)

Art. 167. A autoridade judiciária, de ofício ou a requerimento das partes ou do Ministério Público, determinará a realização de estudo social ou, se possível, perícia por equipe interprofissional, decidindo sobre a concessão de guarda provisória, bem como, no caso de adoção, sobre o estágio de convivência. (BRASIL, 1990)

Se o adotado contar com 12 anos de idade ou mais é necessário que manifeste sua vontade em ser adotado, ao menor de 12 anos não é obrigatória a manifestação de vontade, entretanto se possível a criança deve ser ouvida a opinião da criança por profissional especializado, além da análise do estudo social e do laudo elaborado pela equipe interprofissional, sempre a fim de garantir o melhor interesse da criança e do adolescente, ainda dentro deste princípio no intuito de resguardar os direitos da criança e do adolescente que passa pelo processo de adoção, quando os cônjuges adotantes divorciam-se durante o curso do processo de adoção ambos devem prosseguir com a ação, e mesmo que um deles desista o outro pode dar prosseguimento sozinho, outra peculiaridade do processo de adoção

¹⁴[...] garantidor do respeito aos direitos fundamentais titularizados por crianças e jovens. (AMIN, 2018, p. 77)

¹⁵ Art. 46. A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo máximo de 90 (noventa) dias, observadas a idade da criança ou adolescente e as peculiaridades do caso. [...] (BRASIL, 1990)

é quando ocorre o falecimento de um dos adotantes, neste caso a sentença terá efeito , retroativo à data do óbito, tal peculiaridade encontra-se disposta no artigo 47 § 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente. (DIAS, 2016, p. 847)

A sentença no processo de adoção passa a surtir efeitos no momento em que é proferida, portanto a interposição de recurso não conta com o efeito suspensivo, apenas em casos de adoção internacional ou se tratando de um caso que possa surtir eventuais danos ao adotado, esta mesma regra em relação ao efeito suspensivo se aplica as sentenças de destituição do poder familiar, tendo em vista que o Estatuto da Criança e do Adolescente busca sempre se orientar pelo princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Os autos que envolvem crianças e adolescentes possuem prioridade absoluta de tramitação, portanto o julgamento dos recursos interpostos deve ocorrer em no máximo sessenta dias conforme disposto no artigo 199-D do Estatuto da Criança e do Adolescente. (DIAS, 2016, p. 848)

Quando a mãe biológica toma a decisão de entregar o(a) filho(a) para adoção ainda durante o período gestacional, a mesma deve ter assistência psicológica durante o período do pré e pós-natal, tendo em vista que existem diversos fatores que precisam ser analisados e informados para que uma equipe interdisciplinar possa avaliar o consentimento desta mãe biológica para a adoção, bem como todos os meios de manutenção da criança com a família biológica, após todo o período de acompanhamento da gestante, avaliação dos motivos que a levaram a tomar a decisão de entregar o(a) filho(a) para a adoção ocorre uma audiência, com a presença do Ministério Público para que referido consentimento seja colhido pelo juiz, tal medida é adotada para garantir que a gestante tenha conhecimento da irrevogabilidade da medida, caso o consentimento tenha sido de forma escrita, é necessária a ratificação em audiência, e somente é aceita após o nascimento da criança, cumpre ressaltar que até a prolação da sentença de adoção o consentimento parental pode ser retratado, esta medida permite que a mãe biológica se arrependa, entretanto a mera retratação dos pais biológicos, não pode simplesmente acarretar em um desacolhimento ao pedido de adoção, o melhor interesse do(a) adotado(a) deve ser prioridade na decisão judicial, inclusive o mesmo já até se encontra sob guarda dos adotantes. (DIAS, 2016, p. 849-850).

Como já citado o arrependimento dos pais biológicos após a sentença é completamente ineficaz. Os efeitos da adoção são a destituição do poder familiar da

família biológica, mesmo sem a concordância dos genitores biológicos, não há necessidade de uma ação específica para esta finalidade, o outro efeito da adoção é a garantia de todos os direitos decorrentes da filiação ao adotado, vale ressaltar que não existem diferenciações entre filhos biológicos e filhos adotados em nosso ordenamento jurídico.

Ainda referindo-se ao processo de adoção, este deve ficar arquivado, tendo sua conservação garantida por tempo indeterminado isto porque o(a) adotado(a) a partir da data que completar 18 (dezoito) anos de idade tem o direito de ter acesso irrestrito a ele, bem como de investigar sua origem biológica, sendo que se esta busca ocorrer antes do(a) adotado(a) completar a maioridade civil é necessária a assistência psicológica para efetuar a busca pelos pais biológicos. (DIAS, 2016, p. 850).

Após a prolação da sentença judicial constitui-se o vínculo de adoção, devendo então tal decisão ser inscrita no Registro Civil para que então conste o nome dos adotantes, assim como o de seus ascendentes na certidão de nascimento do(a) adotado(a), desta forma cancelando o documento registral original. A adoção é um ato irrevogável, o poder familiar dos pais biológicos não pode ser reestabelecido devendo todos os vínculos entre o(a) adotado(a) e sua família biológica, sendo os genitores, os ascendentes destes e seus colaterais serem desligados, após terem consentido pela adoção de forma voluntária, desta forma torna-se impossível que os pais biológicos venham a requerer o reconhecimento da filiação biológica entre eles. (BOSCARO, 2002, p.86)

O Código Civil atual excluiu todas as diferenciações entre filhos biológicos e filhos adotados, inclusive para fins sucessórios, fins estes que anteriormente o Código Civil de 1916, com redação dada pela lei 3.133/57, eram vedados aos filhos adotivos caso concorrentes com filhos biológicos do adotante. Atualmente não se permite mais que haja uma identificação dos filhos adotivos, após a adoção não existe diferenciação alguma entre os filhos naturais e os adotivos não podendo constar “filho adotivo” em seus registros, o que anteriormente acontecia gerando uma grande discriminação perante a sociedade. (BOSCARO, 2002, p. 87)

Atualmente o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe acerca do instituto da adoção, proibindo qualquer tipo de diferenciação entre os filhos adotados e os filhos naturais, ambos são apenas filhos, sempre levando em conta o princípio do melhor interesse e da proteção integral da criança ou adolescente.

Diante a exposição das etapas de um processo de adoção, é possível verificar a complexidade deste, o Estatuto da Criança e do Adolescente traz em seu texto diversos requisitos e exigências a fim de garantir todos os direitos do(a) adotado(a), bem como lhe assegurar as melhores condições de vida, um processo de adoção precisa seguir rigorosamente o disposto na lei para que ocorra de forma natural sem causar maiores traumas, mágoas e sofrimento para a criança e o adolescente que precisa de uma família para que possa se desenvolver de forma saudável física e mentalmente, o processo de adoção vai muito além dos procedimentos jurídicos básicos. Quando existe uma criança e/ou um adolescente envolvido tudo se torna mais frágil e precisa de cuidados especiais, por esta razão é preciso o acompanhamento de uma equipe multidisciplinar, com pelo menos um psicólogo e assistente social para acompanhar o desenvolvimento da criança e do adolescente durante todas essas etapas, é dever do Estado garantir que estas etapas sejam cumpridas.

3.3 DA PREPARAÇÃO DOS PRETENDENTES A ADOÇÃO

O adotante deve submeter-se a alguns requisitos legais para que possa adotar uma criança e/ou um adolescente, neste tópico serão expostos quais procedimentos devem ser cumpridos pelos adotantes, bem como qual o papel do Estado em toda essa preparação para adoção.

A adoção possui o intuito de oportunizar a uma criança e/ou adolescente a oportunidade de pertencer a uma família, assegurando desta forma o direito a dignidade, seu direito de desenvolvimento da personalidade atendendo todas as necessidades básicas necessárias para a formação de uma pessoa, bem como de trazer um(a) filho(a) a uma casa sem filhos, de oportunizar aos adotantes a experiência da paternidade/maternidade, ressaltando os direitos da criança e do adolescente com foco no princípio do melhor interesse Apresentando muito mais do que o a substituição dos pais biológicos, não servindo apenas para preencher um espaço vazio deixado pelos laços biológicos, possui a finalidade de materializar uma relação filiatória, envolvendo o carinho, o afeto, o amor entre pais e filhos. (FARIAS; ROSENVALD, 2018, p.986)

O artigo 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente versa sobre o cadastro de adotantes e crianças/adolescentes a serem adotadas, referido artigo

tem como sua maior finalidade evitar adoções clandestinas, já explicitadas anteriormente. Além disso facilita na verificação de compatibilidade entre adotantes e adotados, levando-se em consideração que muitos adotantes buscam adotados com características específicas. Uma equipe interprofissional da vara da infância¹⁶ é quem elabora a relação de crianças e adolescentes, embasados em todo o histórico familiar desta criança ou adolescente, bem como fazendo uma profunda análise em todos os processos e procedimentos que dizem respeito àquele(a) adotado(a) em específico, tramitando naquela comarca, podendo então, desta forma, verificar quais as características emocionais da criança ou adolescente, para então determinar se esta criança ou adolescente encontra-se apto para a adoção, cumpre ressaltar que o critério que deve utilizado não está disposto na legislação, portanto é realmente questionável se em todas as oportunidades é utilizado o melhor método. (BORDALLO, 2018, p. 384)

A inclusão de bebês abandonados, onde não se pode verificar a origem familiar não apresenta problema algum, observando-se que não existe realmente um histórico a ser analisado dada a tenra idade do(a) adotado(a), após o fim da investigação da origem da criança abandonada, a inclusão deve ser feita o mais breve possível. Quando o abandonado já possui idade suficiente para dar informações a respeito de sua família biológica o trabalho realizado pela equipe é de buscar a veracidade dos fatos, muitas vezes as informações prestadas pelas crianças ou adolescentes encontrados em situação de rua são falsas, por inúmeros motivos, seja porque fugiram em virtude de maus tratos, porque sentiam-se um fardo para a família, dentre outros diversos motivos que levaram a criança ou adolescente a abandonar sua família, ou ser abandonado. Quando o pretendente a ser adotado não fornece as informações verdadeiras o trabalho da equipe multidisciplinar é muito mais árduo, tendo em vista que precisa de um tempo maior para verificar se existe a possibilidade de reintegração familiar. (BORDALLO, 2018, p. 385)

Existindo a constatação da impossibilidade de reintegração familiar da criança ou adolescente, o nome deste deve ser incluído o mais breve possível do cadastro de adotados, para que ainda exista a possibilidade de inclusão em família substituta, pois a idade do(a) adotado(a) muitas vezes é um empecilho para a adoção no Brasil.

¹⁶ Em cada comarca deve existir uma relação de adotantes e adotados

Quando a criança ou adolescente encontra-se em acolhimento institucional e recebe visita de seus pais biológicos ou parentes, a caracterização do abandono torna-se mais difícil, antigamente utilizava-se o prazo de um ano descrito no artigo 1.624 do Código Civil, entretanto a lei 12.010/2009 alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente e acrescentou parágrafos ao artigo 19, acrescentando que crianças e ou adolescentes não poderiam permanecer em abrigo institucional por prazo superior a 2 (dois) anos, atualmente este prazo é de 18 (dezoito) meses, alteração dada pela lei 13.509/2017, referido artigo do Estatuto da Criança e do Adolescente também traz sobre a reavaliação do(a) acolhido(a) que deve ser feita no intervalo máximo de 3 (três) meses. (BORDALLO, 2018, p. 385)

Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

§ 1º Toda criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada 3 (três) meses, devendo a autoridade judiciária competente, com base em relatório elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar, decidir de forma fundamentada pela possibilidade de reintegração familiar ou pela colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei.

§ 2º A permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de 18 (dezoito) meses, salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária.

§ 3º A manutenção ou a reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência, caso em que será está incluída em serviços e programas de proteção, apoio e promoção, nos termos do § 1º do art. 23, dos incisos I e IV do **caput** do art. 101 e dos incisos I a IV do **caput** do art. 129 desta Lei.

§ 4º Será garantida a convivência da criança e do adolescente com a mãe ou o pai privado de liberdade, por meio de visitas periódicas promovidas pelo responsável ou, nas hipóteses de acolhimento institucional, pela entidade responsável, independentemente de autorização judicial.

§ 5º Será garantida a convivência integral da criança com a mãe adolescente que estiver em acolhimento institucional.

§ 6º A mãe adolescente será assistida por equipe especializada multidisciplinar. (BRASIL, 1990, grifo original)

A criança e ou adolescente que estiver em acolhimento institucional e for encaminhada para a adoção deve ser adotada por aqueles que estão inscritos no cadastro de pretendentes a adoção, além disso caso uma pessoa encontre uma criança abandonada deverá imediatamente encaminhá-la para a vara da infância da comarca, não existe uma possibilidade legal desta pessoa que encontrou a criança e ou adolescente abandonado a adote, devendo ser seguida a regra do artigo 50 do

Estatuto da Criança e do Adolescente, chamando os cadastrados como adotantes, seguindo a ordem sequencial e havendo empatia entre as partes (adotante e adotado) se dará início ao processo de adoção. Caso nenhuma das famílias manifeste interesse em adotar, verifica-se a existência de laço afetivo com a pessoa que encontrou a criança ou adolescente em situação de abandono, esta é a forma que entende a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS, 7ª Câm. Civ. AI 700009424219, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves, j. 8-9-2004), a única forma de adotar sem estar inscrito no cadastro de adotantes é a existência de vínculos, sempre trazendo à tona o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. (BORDALLO, 2018, p. 388)

Por meio da adoção é possível que o adotante experimente a verdadeira paternidade tendo em vista que o que determina a real paternidade não é o fator biológico e sim os laços afetivos gerados pela convivência, fundando-se no critério socioafetivo das relações entre pais e filhos, costuma-se dizer que a adoção é a filiação em seu estado de essência em razão da escolha dos adotantes pela paternidade, por incluir em seu seio familiar uma criança e/ou um adolescente e buscar exercer o poder familiar da melhor forma possível. (FARIAS; ROSENVALD, 2018, p.986)

O estágio de convivência disposto no artigo 46 do Estatuto da Criança e do Adolescente existe para que o adotante possa entender o que é a paternidade/maternidade, bem como para que se faça uma análise das condições do(a) mesmo(a) em adotar, ou seja, verificar a idoneidade psicológica do(a) adotante(a), também é analisada a adaptação do(a) adotando(a) com o ambiente e a integração dentro da família adotante. (FARIAS; ROSENVALD, 2018, p.994)

Diante disto pode-se verificar que as pessoas que se submetem ao processo de adoção possuem uma imensa vontade de integrar uma criança e/ou adolescente ao seu núcleo familiar bem como de experimentar a relação filiatória, e todas as experiências da paternidade/maternidade. As etapas dispostas no Estatuto da Criança e do Adolescente buscam preparar os adotantes para as responsabilidades trazidas com a paternidade/maternidade que não se trata apenas de momentos bons, existem os momentos difíceis e esta é a verdadeira paternidade, portanto as expectativas devem ser moldadas ao longo de todo o processo, para que o(a) adotante não se decepcione com a verdadeira realidade da paternidade/maternidade.

3.4 A POSSIBILIDADE LEGAL DA DEVOLUÇÃO DO ADOTADO AO ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL

A adoção equipara-se a filiação biológica não havendo nenhum tipo de diferenciação entre os filhos adotados e os filhos biológicos, os efeitos da adoção são irrenunciáveis diante disto pode-se concluir que não existem meios de “desadotar” uma criança e/ou adolescente, apenas a destituição do poder familiar é capaz de desfazer a adoção, da mesma forma que acontece com pais biológicos que tem seus filhos levados para o acolhimento institucional em decorrência do disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente.

No ano de 2011 o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina julgou a respeito destituição do poder familiar de pais adotivos.

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 – Renúncia do poder familiar – Admissibilidade, sem prejuízo da incidência de sanções civis – Aplicação analógica do art. 166 do Estatuto da Criança e do Adolescente – 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** – Exegese do art. 227, § 6º da Constituição Federal c/c art. 3º, 5º, 15, 22, 39, §§ 1º, 2º e art. 47, todos do Estatuto da Criança e do Adolescente c/c art. 1.626, 1634, 1.637 e 1.638, incisos I, II e IV, todos do Código Civil – Manutenção dos efeitos civis da adoção – Averbação do julgado à margem do registro civil de nascimento dos menores – Proibição de qualquer espécie de observação – Exegese do art. 163, § único do Estatuto da Criança e do Adolescente c/c art. 227, § 6º da Constituição Federal – 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 – Marco 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 – Exegese do art. 398 do Código Civil em interpretação sistemática com o art. 407 do mesmo diploma legal – Princípio da congruência – Pertinência entre o pedido e o pronunciado – Necessidade de flexibilização e relativização das regras processuais clássicas em sede de direito da criança e do adolescente – Mitigação da disposição contida no art. 460 do Código de Processo Civil – Vítimas que, na qualidade de irmãos biológicos e filhos adotivos dos réus merecem receber, equitativamente, a compensação pecuniária pelos danos imateriais sofridos – Hipoteca judiciária – Efeito secundário da sentença condenatória – Aplicação do art. 466 do Código de Processo Civil – 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 (TJSC – Acórdão 2011.020805-7, 19-9-2011, Rel. Des. Joel Dias Figueira Júnior) (SANTA CATARINA, 2019a, grifo nosso).

Os efeitos da adoção são plenos e irreversíveis de acordo com os termos do artigo 41¹⁷ do Estatuto da Criança e do Adolescente, não há dissolução do vínculo nem mesmo com a morte do adotante. Quando mesmo após a análise do estágio de convivência e o trânsito em julgado do processo de adoção as partes não conseguem conviver em harmonia, seja pela não adaptação do adotado a nova família, seja pelo não suprimento das expectativas do adotante, podem ocorrer casos de abandono ou casos de agressão. (MADALENO, 2018, p. 885)

De acordo com Venosa (2017, p. 325) o poder familiar¹⁸ é indisponível, indivisível e imprescindível, não podendo os pais simplesmente decidirem não ser mais pais, para que o poder familiar seja destituído é necessário que existam violações aos direitos das crianças e adolescentes, referida destituição acontece por meio de sentença judicial.

A fim de garantir a proteção dos adotados o Estatuto da Criança e do Adolescente traz em seu artigo 197-E, §5⁰¹⁹ que os adotantes que desistirem da guarda ou efetuarem a devolução da criança e/ou adolescente ao acolhimento institucional, em decorrência da perda do poder familiar pelo abandono, tendo em vista que esta é a única forma de retorno do adotado ao acolhimento institucional, serão excluídos do cadastro nacional de adotantes e impossibilitados de se habilitarem novamente para adotar. (MADALENO, 2018, p. 886)

Com o trânsito em julgado da decisão que deferiu a adoção o vínculo paterno-filial somente pode deixar de existir mediante nova decisão judicial nos

¹⁷ Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

§ 1º Se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes.

§ 2º É recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º grau, observada a ordem de vocação hereditária. (BRASIL, 1990)

¹⁸ Poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores (GONÇALVES, 2012, p. 352)

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

[...]

§ 5º A desistência do pretendente em relação à guarda para fins de adoção ou a devolução da criança ou do adolescente depois do trânsito em julgado da sentença de adoção importará na sua exclusão dos cadastros de adoção e na vedação de renovação da habilitação, salvo decisão judicial fundamentada, sem prejuízo das demais sanções previstas na legislação vigente. (BRASIL, 1990)

casos previstos em lei para a destituição do poder familiar. Entretanto existem hipóteses extremamente excepcionais que permitem o cancelamento da adoção e o reestabelecimento do poder familiar, com a finalidade de proteger os interesses existenciais do(a) adotado(a). Já existiram decisões que efetuaram o cancelamento da adoção para evitar relações de incesto com a irmã (Apelação Cível nº 1.0056.06.132269-1/001(1), Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais), mas deve-se ressaltar que o cancelamento da adoção apenas ocorre em casos muito específicos, a regra geral é que só pode ocorrer em virtude da perda do poder familiar. (FARIAS; ROSENVALD, 2018, p. 1012-1014)

Assim, em casos pontuais e especiais (excepcionalíssimos) será possível o cancelamento da adoção e o restabelecimento do poder familiar com a intenção de resguardar os interesses existenciais (jamais para fins patrimoniais) e a dignidade do adotado. Faça-se menção, nesse caminho, a um interessante precedente da Corte da Justiça mineira, autorizando o cancelamento de uma adoção, com o propósito de impedir a caracterização de uma relação incestuosa entre o adotado e a sua irmã, uma filha do adotante, considerando, inclusive, que o casal já tinha filhos. Merece atenção o caso, pois a regra do sistema continua sendo (e não pode ser diferente) a irrevogabilidade e irretratabilidade da adoção, apenas sendo possível excepcionar a regra a em casos justificáveis para o amplo respeito aos princípios fundamentais do ordenamento, em especial a dignidade humana [...] (FARIAS; ROSENVALD, 2018, p. 1013)

Portanto a irrevogabilidade e irrenunciabilidade da adoção são regras no ordenamento jurídico brasileiro, apenas em casos excepcionais ocorrerá o cancelamento da adoção, e esta somente acontecerá com o intuito de resguardar os interesses do adotado, levando-se em consideração que o direito das crianças e dos adolescentes sempre vem em primeiro em virtude da vulnerabilidade destes, por não possuírem plena capacidade mental para tomar suas próprias decisões e escolhas, além disso os danos sofridos ainda em tenra idade podem ser irreparáveis fazendo com que estas pessoas carreguem marcas por toda a vida, diante disto o ordenamento jurídico busca proteger estas crianças e adolescentes para que não sofram nenhum tipo de dano que prejudique sua existência²⁰.

²⁰ [...] Porém, sem dúvidas, a maior frustração pela perda do tempo vem quando o indivíduo é tolhido do seu direito de dispor do seu tempo por interferência de um terceiro. Algo ou alguém que contribua de maneira negativa na quebra do planejamento, da rotina. O tempo não volta. O tempo passado leva consigo um pouco de vida. (RIGONI; GOLDSHIMIDT, 2018, p. 71)

4 (IM)POSSIBILIDADE DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO ESTADO NO REABANDONO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Conforme já exposto existem duas formas de classificar a responsabilidade civil, sendo subjetiva ou objetiva. É de se dizer que o Estado é responsável por acolher crianças e adolescentes que foram retiradas de seus lares, pela suspensão ou pela perda do poder familiar, sendo então o responsável por estas crianças e adolescentes enquanto não houver a adoção.

O ordenamento jurídico brasileiro traz diversos procedimentos a serem seguidos para que uma criança ou adolescente seja colocada em um lar adotivo, dentre eles o período de convivência, onde se observa a compatibilidade entre o adotando e o adotado, a preparação dos adotantes para a adoção, para que se possa diminuir ao máximo as chances de que a adoção seja frustrada, ou em casos extremos esta criança e/ou adolescente acabe voltando para o acolhimento institucional.

Diante disto será verificada a (im)possibilidade de responsabilização civil do Estado em caso de descumprimento dos procedimentos para a adoção e quais as consequências sofridas pelo(a) adotado(a), verificando se estes danos podem ser indenizáveis.

4.1 PRINCÍPIOS DO MELHOR INTERESSE, PRIORIDADE ABSOLUTA E TRIPLICE RESPONSABILIDADE

O direito da criança e do adolescente possui como base os princípios da tríplice responsabilidade, do melhor interesse e da proteção absoluta, que visa assegurar que a criança ou adolescente, seja respeitado em virtude de suas especificidades, a infância e a adolescência são fases de formação, física, psíquica e emocional, portanto as crianças e adolescentes possuem uma vulnerabilidade em relação as pessoas adultas, e o Estatuto da Criança e do Adolescente, embasado nos princípios acima mencionados, buscar protege-los.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, também conhecido como princípio do interesse superior da criança e do adolescente, tem origem no direito anglo-saxônico onde o Estado detinha a guarda dos indivíduos juridicamente limitados, as crianças, adolescentes e loucos. No século XVIII houve a

separação entre a proteção infantil da dos loucos, e no ano de 1836 oficializou-se o princípio do interesse superior da criança e do adolescente no ordenamento jurídico inglês. Em 1959 ocorreu a adoção internacional do *best interest* pela Declaração dos Direitos das Crianças, em razão disto foi incorporado pelo Constituição Federal em seu artigo 227. (AMIN, 2018, p. 76)

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos;

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

§ 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

§ 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola;

IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins.

§ 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

§ 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º 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.

§ 7º No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.

§ 8º A lei estabelecerá:

I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens;

II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas. (BRASIL, 1988)

Trata-se de um princípio norteador para os legisladores e para aplicadores do direito, determinando que o interesse da criança e do adolescente deve ser priorizado em qualquer situação, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente deve ser utilizado para ajudar a interpretar a letra da lei, resolver conflitos entre as legislações, assim como para elaborações de futuras legislações. Deve garantir o cumprimento dos direitos fundamentais dos quais crianças e adolescentes são titulares, ou seja, o melhor interesse não é aquilo que o julgador ou aplicador do direito entende que é o melhor e sim, aquilo que garante a sua dignidade como pessoa de direitos, a garantia dos direitos fundamentais em maior grau possível. (AMIN, 2018, p. 77)

Diante disto, é de extrema importância que os profissionais que atuam com o intuito de garantir que os direitos fundamentais da criança e do adolescente sejam cumpridos compreendam a magnitude do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, e que os interesses destes são superiores à de qualquer outro sujeito de direito. (AMIN, 2018, p. 78).

O princípio do melhor interesse busca o desenvolvimento sadio de crianças e adolescentes, portanto na questão da adoção este princípio possui enorme valor, devendo-se levar em consideração aquilo que proporcionará maior felicidade a criança e ao adolescente, ou seja, a análise do convívio familiar, o relacionamento da criança/adolescente com os pretendentes a adoção, e tudo o que vá proporcionar felicidade para a criança/adolescente. (SENA; DA SILVA, 2018)

O princípio do melhor interesse, no que se refere a adoção, determina que é mais relevante a felicidade da criança e do adolescente do que a mera situação jurídica alcança pela verdade registral, desacompanhada de laços de afeto, ou a adoção que se realiza no interesse exclusivo do adotante, sem alcançar a verdadeira vocação. (SENA; DA SILVA, 2018)

A necessidade de uma proteção especial a criança e ao adolescente passou por diversas mudanças até se incluída no ordenamento jurídico brasileiro da forma que se encontra atualmente. Internacionalmente entende-se que a criança e o adolescente necessitam de cuidados especiais, bem como possuem direito a uma convivência familiar e comunitária. Com relação a proteção integral da criança e do

adolescente, a responsabilidade legal é atribuída à família, à sociedade e ao Estado, trata-se da chamada tríplice responsabilidade, onde a família, a sociedade e o Estado compartilham a responsabilidade de zelar pela criança e ou adolescente. (SANCHES; VERONESE, 2017. p. 131-137)

A família é a primeira no que se diz respeito ao cuidado, administração daquilo que for necessário para o desenvolvimento pleno e saudável da criança e do adolescente. A sociedade deve, portanto, assumir a proteção integral, garantindo que o meio em que a criança ou adolescente estejam inseridos seja apropriado para o seu bom desenvolvimento, e por fim cabe ao Estado, representado por todos os seus entes, órgãos e instituições, garantir a implementação de políticas públicas que promovam a garantia dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes que vivem em seu território. (SANCHES; VERONESE, 2017. p. 137)

O artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente traz sobre a tríplice responsabilidade, assegurando a criança e ao adolescente a absoluta prioridade a garantia de seus direitos.

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

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. (BRASIL, 1990)

Compreende-se, portanto, que a criança e o adolescente possuem prioridade de interesses²¹, seus direitos sempre devem servir de base para as decisões que as envolvam, bem como que toda a sociedade em conjunto com a família e o Estado possuem o dever de garantir um desenvolvimento sadio a criança e ao adolescente lhes proporcionando um ambiente salutar, acesso a saúde, educação, entre outros direitos presentes na Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

²¹ 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. (BRASIL, 1990)

4.2 O PAPEL DO ESTADO NO PROCESSO DE ADOÇÃO

Antes do Estatuto da Criança e do Adolescente o direito das crianças e adolescentes era regulamentado pelo Código de Menores e o procedimento da adoção regulamentado pelo Código Civil. Não existia expressamente a exigência do cadastramento das crianças e adolescentes com decretação da perda do poder familiar, e, portanto, que poderiam ser adotadas, nem mesmo dos pretensos adotantes. Em geral ocorria da seguinte maneira: verificava-se se a criança e ou adolescente estavam aptas a serem adotadas, e o candidato a adoção era submetido a regular sindicância e a avaliação do Ministério Público, para então ser admitido ou não como provável adotante. A adoção internacional muitas vezes nem era submetida ao poder judiciário, o que facilitava e muito a comercialização de crianças e adolescentes. (SILVA FILHO, 2009, p.149)

O Código de Menores revogado, em época que precede ao ECA, não cuidou expressamente, da matéria do cadastramento, compreendida esta expressão do sentido de “registro” de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e das pessoas interessadas na adoção, porém não impedia tal providência. Em geral, era instaurado, de plano, o procedimento verificatório da “situação irregular” do menor e, no final, decretada a perda do poder familiar, a criança estava em condições de ser adotada. O candidato a adoção, antecipando-se, submetia-se a regular sindicância, estudo e parecer do Ministério Público e era admitido como provável adotante. Na vigência do Código de Menores, muitos “juizes de menores” adotaram providências com o objetivo de selecionar candidatos. Na maioria das vezes, a adoção requisitada por estrangeiro efetuava-se sem qualquer intervenção do Poder Judiciário. Conforme ensina Tarcísio José Martins da Costa, “a adoção internacional podia, então, ser considerada verdadeira loteria”, pois, sem controle e fiscalização, possibilitava-se o comércio de crianças. (COSTA *apud* SILVA FILHO, 2009, p. 149)

Com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente foi instituído em seu artigo 50 que cada comarca deve possuir um registro constando as crianças e adolescentes que estão aptas a serem adotadas e os pretendentes a adoção, para que desta forma possa existir um maior controle sobre a adoção e evitar fraudes no processo de adoção, referido artigo também versa sobre o deferimento dos pretensos adotantes.

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

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

§ 2º Não será deferida a inscrição se o interessado não satisfizer os requisitos legais, ou verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 29. (BRASIL, 1990)

O artigo 29 do Estatuto da Criança e do Adolescente diz “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.” (BRASIL, 1990). Diante disso pode-se verificar que a adoção tem como objetivo recolocar a criança ou adolescente em uma família, que cumpra o papel de família, não podendo ser concedida a adoção para qualquer outro fim que desvie deste propósito. Os artigos 39 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente trazem diversos requisitos para adoção, como idade mínima do adotante e máxima do adotando, diferença de idade entre estes, entre outros. Diante disto pode-se perceber que a legislação busca resguardar os direitos dos adotados, fazendo com que os pretendentes a adotantes passem por uma avaliação e então sejam inscritos no cadastro próprio.

Não podem adotar aqueles que sejam considerados incompatíveis com o instituto da adoção, ou seja, não possuem discernimento, ou que sejam ascendentes e os irmãos do adotado, conforme dispõe o artigo 42, §1º²² do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Conforme anteriormente mencionado, os pretendentes a adoção devem submeter-se ao procedimento de habilitação que possui caráter de processo judicial, necessitam passar por um período de preparação psicossocial e jurídica para que possam estar aptos ao processo da adoção, que possui caráter irrevogável, referidos requisitos estão dispostos nos artigos 197-A e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente. (RODRIGUES, 2010. p. 295)

A opinião do adotado é levada em consideração sempre que possível, o Estatuto da Criança e do Adolescente diz que sempre que possível deve haver a oitiva da criança ou adolescente, isso quer dizer que as crianças que já tenham capacidade de comunicar-se e de expressarem sua opinião devem ser ouvidas, e o adolescente com mais de 12 anos de idade é necessária a concordância do mesmo para que a adoção seja realizada, o Estatuto da Criança e do Adolescente fez questão de resguardar o direito de escolha do(a) adotado(a). Os pais biológicos

²² Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.
§ 1º Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando. [...] (BRASIL, 1990)

também devem ser ouvidos, havendo apenas duas exceções para a desnecessidade da oitiva destes: quando são desconhecidos e quando houve a destituição prévia do poder familiar, conforme artigos 45, §1º e 166, § 1º do Estatuto da Criança e Adolescente.

Art. 45. A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando.

§ 1º. O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar. [...] (BRASIL, 1990)

Art. 166. Se os pais forem falecidos, tiverem sido destituídos ou suspensos do poder familiar, ou houverem aderido expressamente ao pedido de colocação em família substituta, este poderá ser formulado diretamente em cartório, em petição assinada pelos próprios requerentes, dispensada a assistência de advogado

§ 1º na hipótese de concordância dos pais, o juiz:

I - na presença do Ministério Público, ouvirá as partes, devidamente assistidas por advogado ou por defensor público, para verificar sua concordância com a adoção, no prazo máximo de 10 (dez) dias, contado da data do protocolo da petição ou da entrega da criança em juízo, tomando por termo as declarações; e

II - declarará a extinção do poder familiar. [...] (BRASIL, 1990)

Diante dos procedimentos que devem ser seguidos no processo de adoção o Estado é responsável por boa parte dele, possui a responsabilidade de acolher a criança ou o adolescente em uma instituição, os pretendentes devem ingressar com uma ação para que seja verificada a possibilidade de serem incluídos no Cadastro Nacional de Adoção, precisam passar pela avaliação de uma equipe interprofissional para a elaboração do laudo psicossocial²³, o estágio de convivência de no máximo 90 (noventa dias), a oitiva do adotando e dos pais biológicos deste, salvo as duas hipóteses legais excludentes. Pode-se perceber que o Estado tem a função de promover todas as etapas do processo de adoção. De acordo com Silva Filho (2009, p. 202) o Ministério Público tem o dever de intervir em todas as etapas do processo de adoção, assim como em todos os procedimentos da Justiça da Infância e da Juventude, conforme artigo 178 do Código de Processo Civil podendo inclusive ser acarretada a nulidade do ato ou feito caso não haja a manifestação do Ministério Público.

²³ Art. 197-C. Intervirá no feito, obrigatoriamente, equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, que deverá elaborar estudo psicossocial, que conterà subsídios que permitam aferir a capacidade e o preparo dos postulantes para o exercício de uma paternidade ou maternidade responsável, à luz dos requisitos e princípios desta Lei. [...] (BRASIL, 1990)

Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam:

I - interesse público ou social;

II - interesse de incapaz;

III - litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana. (BRASIL, 2015, grifo nosso)

No processo de adoção o juiz singular possui a prerrogativa de emitir juízo de valor com relação a convivência e não estritamente daquilo que está disposto em lei (os requisitos básicos), deve averiguar as condições e realmente avaliar se existe a possibilidade de conceder a adoção, devendo garantir que todas as provas de que o ambiente é salutar para acolher uma criança ou adolescente, que os adotantes são pessoas que não apresentam riscos a criança/adolescente, que estão dispostos e preparados para a adoção, que a adoção está sendo realizada por motivos legítimos, para que então possa prolatar a sentença. Além disso, a Constituição Federal traz em seu artigo 227, §5º, que a adoção deve ser assistida pelo poder público. (SILVA FILHO, 2009. p. 204)

O processo de adoção no ordenamento jurídico brasileiro é bastante complexo e possui forte atuação estatal para que os direitos das crianças e adolescentes não sejam violados de forma alguma, bem como que todos os procedimentos realizados estejam em conformidade com os princípios do melhor interesse da criança e do adolescente e da proteção integral, portanto instituiu-se que todos os atos devem ser apreciados pelo Ministério Público, bem como deve ser assistida pelo poder público.

4.3 OS DANOS CAUSADOS PELO REABANDONO

Quando se fala em reabandono de uma criança ou adolescente surgem diversas questões, como por exemplo, para onde são devolvidas? Retornarão ao acolhimento institucional? O ato de “devolver” crianças ou adolescentes é conhecido como o reabandono.

Uma criança ou adolescente que fora retirado do seu seio familiar biológico, seja pela perda do poder familiar decorrente de maus tratos, pela exposição a condições que lhe exponham a risco ou perigo, ou até mesmo que

tenha sido entregue pelos pais biológicos para a adoção. Todas estas possibilidades podem gerar danos irreparáveis a criança e ou adolescente.

Levando-se em consideração que referidas vivencias acontecem no período em que a criança ou adolescente mais precisa do apoio familiar para que possa desenvolver-se de forma saudável, física e mentalmente. Em idade que é dependente de seus pais ou responsável legal, para garantir um desenvolvimento sadio, um lar, acesso à saúde, educação, dentre outros direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, traz em seu artigo 22 os deveres dos genitores para com sua prole durante o exercício do poder familiar, sendo uma obrigação dos pais promover o sustendo, a guarda a educação, assim como assegura a ambos os pais poderes e deveres iguais. O artigo 24 da mesma legislação traz o procedimento de perda e suspensão do poder familiar.

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei.

[...]

Art. 24. A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22. (BRASIL, 1990)

A perda do poder familiar se dá em virtude do descumprimento dos deveres básicos dos genitores de manter sua prole em proteção, com acesso aos direitos fundamentais. A criança ou adolescente retirada do seio de sua família é encaminhada ao acolhimento institucional para que fique sob a guarda do Estado até que sua situação seja definitivamente resolvida, por meio da adoção.

O Estado é responsável por fiscalizar todo o processo de adoção, por meio do Ministério Público e do Poder Judiciário. A responsabilidade civil possui três funções que precisam ser analisadas, a reparação do dano causado, a prevenção de danos futuros e a punição do causador do dano, citadas por Nader (2016, p.41), diante disto analisa-se a devolução da criança/adolescente adotada, acolhida em uma família, passando a integrar-se com aquele ambiente e por razão indeterminada

e alheia a sua vontade é devolvida e precisa retornar ao acolhimento estatal, ocorre um rompimento no vínculo que estava sendo criado, causando um sofrimento a esta criança ou adolescente, dano este que deve ser reparado pelo causador, para que este seja punido e desta forma se evite a repetição, em conformidade com as funções da responsabilidade civil.

De acordo com Fortkamp e Raupp (1989, p. 22-37) as crianças demonstram ligações e apego com os demais seres humanos desde muito cedo, de zero a três meses, no âmbito pessoal social já reage sorrindo a estímulos, reconhece a mãe pela voz e pelo cheiro assim como sente-se bem quando tem contato com ela e ouve sua voz. Dos quatro aos seis meses já entende a rotina e aguarda por ela, se esforça para alcançar alguém que lhe seja familiar, passa a se interessar mais pelo pai e por pessoas que convivam diariamente com ela. A partir dos sete até os nove meses a criança começa a estranhar aqueles que não façam parte da sua rotina, demonstra afeição por determinados objetos e brinquedos, passa a enxergar a mãe como uma pessoa independente dela. Dos dez até um ano de idade a criança evolui muito na questão afetiva passando a solicitar a presença de um adulto quando desenvolve suas atividades, não aprecia quando não tem um adulto em seu campo de visão, a demonstrar carinho e atenção com aquilo que ela gosta, como pessoas e brinquedos, segue a mãe e o pai dentro de casa.

Há muito tempo que os psicanalistas reconhecem a importância dos vínculos afetivos entre as pessoas e como o rompimento destes pode afetar a vida de alguém e lhe causar problemas. Muitos estudos demonstram que os mamíferos criam vínculos e que o mais forte dos vínculos é o da mãe com seu filho pequeno, e que este vínculo permanece até a vida adulta, os vínculos afetivos são provenientes do comportamento social. Pessoas com transtornos psiquiátricos, psiconeuróticos entre outros, geralmente apresentam problemas com a capacidade de criar vínculos, em muitos casos isso ocorre em razão do crescimento em uma família atípica. Psiquiatras infantis perceberam que pessoas que na infância tiveram vínculos rompidos, e muitas vezes repetidamente rompidos possuem tendências a possuírem algum distúrbio psiquiátrico. (BOWLBY, 2001, p. 96-100).

Diante disso é possível verificar que os laços afetivos são criados desde muito cedo pelas crianças, desde o seu primeiro dia de vida ela passa a criar vínculos, bem como pôde-se observar que com o rompimento de laços afetivos na

infância tende a sofrer drasticamente danos, por esta razão a legislação é tão incisiva na questão da proteção da criança e do adolescente.

A questão da proteção especial à criança e ao adolescente cresceu na legislação em relação ao reconhecimento da infância e da importância do sentimento de família por ela experimentado, no intuito de fornecer coerência entre as práticas adotadas. Nesta toada, pode-se perceber que o ordenamento jurídico nacional e internacional adota a premissa da garantia dos direitos da criança e do adolescente, fundamentado na convivência familiar e social, em especial nos casos dos filhos de criação, ou seja, referindo-se à filiação socioafetiva que tem a adoção como uma de suas modalidades. (SANCHES; VERONESE, 2017. p. 131)

A Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948 foi o primeiro documento oficial que reconheceu a criança deve ser sujeito de cuidados especiais, aquelas nascidas dentro e fora do matrimônio, após isto muitos países foram incluindo direitos especiais a crianças e a adolescentes em suas legislações, no Brasil a Doutrina da Proteção Integral foi consagrada com a Constituição Federal, e após reafirmada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente que tem como função instrumentalizar a aplicação dos direitos da criança e do adolescente, inclusive estabelece a responsabilidade legal à família, a sociedade e ao Estado, visando a questão da vulnerabilidade destes que são especialmente protegidos por esta legislação especial, a fim de garantir que estejam integralmente protegidos. (SANCHES; VERONESE, 2017. p. 132-137)

Conforme estabelecido no artigo 226 da Constituição Federal, a família é a base da sociedade e deve ter proteção especial do Estado, em diversos temas como no casamento, na união estável, assegurando a assistência a todos os membros da instituição familiar conforme disposto no §8º de referido artigo. A família deve garantir que a criança e o adolescente tenham acesso a todos os direitos fundamentais. O Estatuto da Criança e do Adolescente trata do direito de crescer no seio de uma família, de ser criado e educado pertencendo a um ambiente familiar e a convivência comunitária, além disso garante a reavaliação daquela criança e ou adolescente que esteja acolhido em acolhimento estatal, a cada três meses pelo menos, estabelece também o prazo máximo de acolhimento institucional, todas estas medidas visando o melhor interesse e a proteção integral da criança e do adolescente. (SANCHES; VERONESE, 2017. p. 144)

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (BRASIL, 1988)

Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

§ 1º Toda criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada 3 (três) meses, devendo a autoridade judiciária competente, com base em relatório elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar, decidir de forma fundamentada pela possibilidade de reintegração familiar ou pela colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei.

§ 2º A permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de 18 (dezoito) meses, salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária.

§ 3º A manutenção ou a reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência, caso em que será esta incluída em serviços e programas de proteção, apoio e promoção, nos termos do § 1º do art. 23, dos incisos I e IV do **caput** do art. 101 e dos incisos I a IV do **caput** do art. 129 desta Lei.

§ 4º Será garantida a convivência da criança e do adolescente com a mãe ou o pai privado de liberdade, por meio de visitas periódicas promovidas pelo responsável ou, nas hipóteses de acolhimento institucional, pela entidade responsável, independentemente de autorização judicial.

§ 5º Será garantida a convivência integral da criança com a mãe adolescente que estiver em acolhimento institucional.

§ 6º A mãe adolescente será assistida por equipe especializada multidisciplinar. (BRASIL, 1990 – grifo no original)

O Estatuto da Criança e do Adolescente traz em seu artigo 3º o princípio da parentalidade responsável, que abrange a função de ambos os genitores de cuidar, educar, assistir e garantir o exercício dos direitos fundamentais que perdura até a maioridade do filho, além disso possuem o dever de manter, suprir as todas as necessidades básicas de uma pessoa, como alimentação, moradia, vestuário entre outras. Também é dever dos pais garantir um desenvolvimento saudável no âmbito

psíquico e emocional da criança e do adolescente, estabelecendo, portanto, através do cuidado uma relação de afetividade entre pais e filhos. (MEIRA, 2010. p. 234)

Toda criança e adolescente tem direito a ter acesso aos direitos fundamentais, dentre eles o convívio familiar e comunitário, o Estatuto da Criança e do Adolescente traz isso de forma enfática, assim como a Constituição Federal, portanto pode-se concluir que é um requisito indispensável para o crescimento e desenvolvimento saudável infantil, além disso podemos observar que a convivência familiar gera vínculos afetivos entre pais e filhos, sejam eles biológicos ou adotivos. O desligamento de uma criança ou adolescente de seu seio familiar pode ser doloroso emocionalmente, conseqüentemente o reabandono causa dano duas vezes, assim como priva a criança ou o adolescente de um direito fundamental²⁴, direitos esses que devem ser protegidos pelos pais segundo o princípio da parentalidade responsável²⁵, sejam biológicos ou adotivos.

4.4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM CASOS DE REABANDONO

De acordo com o exposto ao longo do presente trabalho pôde-se verificar que a responsabilidade civil do Estado adotada pelo ordenamento jurídico é a objetiva, aquela que não necessita da comprovação de culpa do agente para que este seja responsabilizado civilmente e condenado a indenizar o dano causado a terceiro, apenas três dos elementos fundamentais da responsabilidade civil são necessários, são eles, um fato comissivo ou omissivo, um dano e o nexo causal entre o fato e o dano.

A Constituição Federal traz em seu artigo 37, §6^o²⁶ que as pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que causarem a terceiros, em

²⁴Os direitos fundamentais podem ser conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões. Por isso, tal qual o ser humano, tem natureza polifacética, buscando resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade) (ARAUJO, 2005, p. 109-110)

²⁵ O princípio da paternidade responsável está previsto no art. 226, § 7º, CF/88, e implica dizer que deve haver responsabilidade individual e social do homem e da mulher que decidem procriar uma nova vida humana, sendo dever dos mesmos priorizar o bem-estar físico, psíquico e espiritual da criança que irá nascer. Não obstante a utilização do termo “paternidade responsável”, sabe-se que o alcance desta expressão deve ser a mais ampla possível, englobando não apenas o pai, mas também a mãe. Por isso, para a doutrina, mais correto seria o uso da expressão parentalidade responsável. (MACHADO, 2013)

²⁶ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade,

virtude dos atos de seus agentes, tratando inclusive sobre o direito de regresso em face do responsável pelo dano, assumindo, portanto, que a responsabilidade civil do Estado é objetiva.

[...] O § 6º do art. 37 da CF seguiu a linha traçada nas Constituições anteriores, e, abandonando a privatística teoria subjetiva da culpa, orientou-se pela doutrina: do Direito Público e manteve a responsabilidade civil objetiva da Administração, sob a modalidade do risco administrativo. Não chegou, porém, aos extremos do risco integral. É o que se infere do texto constitucional e tem sido admitido reiteradamente pela jurisprudência, com apoio na melhor doutrina [...] (MEIRELLES; ALEIXO; BURLE FILHO, 2013, p. 742)

De acordo com Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 284) é evidente que o ordenamento jurídico brasileiro define a responsabilidade civil do Estado como objetiva, inclusive quando menciona a questão da culpa exclusiva da vítima em nada se relaciona com a subjetividade da responsabilidade, mas sim com a quebra do nexo causal, pois se a culpa é exclusivamente da vítima o que motivou o dano foi uma ação ou omissão desta.

Diante disto podemos compreender que o sistema brasileiro adotou a Teoria do Risco Administrativo, sendo aquele que admite a quebra do nexo causal quando comprovado que o dano se deu em virtude de uma das causas excludentes de responsabilidade civil, não havendo nexo não há que se falar em responsabilidade civil, tanto subjetiva como objetiva.

A Constituição Federal traz o termo agente para representar o servidor público, desta forma abrangendo todos aqueles que prestam serviços públicos e representam o Estado em suas atividades e funções, simplesmente agindo como agente público mesmo que não seja sua função habitual, se estiver agindo representando o Estado considera-se servidor público para fins de responsabilidade civil, levando-se em consideração que para a vítima é independente quem praticou a ação ou a omissão, o que é levado em consideração é o dano sofrido em virtude de falha nas atribuições públicas, portanto o poder público é o responsável pelas ações e omissões dos agentes, diante disto incide a responsabilidade civil objetiva já que a administração pública assume a responsabilidade de zelar por todas as pessoas que

moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (BRASIL, 1988)

precisam dos serviços públicos. (MEIRELLES; ALEIXO; BURLE FILHO, 2013, p. 744)

Por isso, incide a responsabilidade civil objetiva quando a Administração Pública assume o compromisso de velar pela integridade física da pessoa e esta vem a sofrer um dano decorrente da omissão do agente público naquela vigilância. Assim, alunos da rede oficial de ensino, pessoas internadas em hospitais públicos ou detentos, caso sofram algum dano quando estejam sob a guarda imediata do Poder Público, têm direito à indenização salvo se ficar comprovada a ocorrência de alguma causa excludente daquela responsabilidade estatal. (MEIRELLES; ALEIXO; BURLE FILHO, 2013, p. 744)

Conforme os ensinamentos de Bandeira de Mello (2013, p. 866) o Estado possui como fundamento a responsabilidade estatal a fim de garantir a manutenção da igualdade entre os danos gerados pelas ações ou omissões, com o intuito de garantir que o interesse de todos os cidadãos seja resguardado e protegido, não podendo então, o cidadão prejudicado arcar com o prejuízo dos danos causados pela ação ou omissão do Estado, devendo então o Estado suportar os prejuízos diante de sua responsabilidade objetiva.

O fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De conseqüente, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do estado de direito". (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 866)

No direito brasileiro o Estado responde pelos danos causados por seus agentes, funcionários públicos, que foram investidos em seus cargos tendo funções atribuídas a estes no momento em que assumiram o cargo, funções estas como as de agir, atuar e operar a máquina pública, realizar e executar as funções do Estado, ou por aqueles que represente o Estado, não existindo uma imunidade pelos danos ocasionados pelas funções do Estado. No exercício destas funções os danos podem ocorrer em virtude de uma ação ou uma omissão na prestação de serviço pelo Estado, os danos que vierem a ocorrer no cumprimento de suas obrigações serão indenizados, sem a análise do quesito culpa. (RIZZARDO, 2013, p. 356)

De acordo com Rizzardo (2013, p.359-360) a Constituição Federal adotou a Teoria do Risco Administrativo, assumindo então a responsabilidade civil objetiva em conformidade com o artigo 37, §6º, levando-se em consideração que todo o

agente público que vier a proporcionar danos a alguém, sem a intenção de fazê-lo, sem culpa, apenas exercendo suas atividades cotidianas gera uma responsabilidade ao Estado de indenizar o lesado. Vale-se lembrar que não somente as ações podem gerar indenizações, as omissões também, o Estado deve prestar os serviços que se dispõe de forma correta, caso deixe de agir quando necessário e essa omissão cause danos, estes danos deverão ser indenizados.

No tocante a responsabilização civil pelo reabandono, já houveram julgados responsabilizando os adotantes pela devolução da criança e ou adolescente adotada ao acolhimento institucional, o que se deve analisar é a relação entre os requisitos básicos de adoção que devem ser efetuados pelo Estado e a responsabilidade civil objetiva adotada pela Constituição Federal brasileira.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA PARA ADOÇÃO TARDIA ESTABELECIDO. CRIANÇA DEVOLVIDA. DANOS PSICOLÓGICOS IRREFUTÁVEIS. PENSÃO MENSAL CAUTELARMENTE FIXADA. NECESSÁRIA A REALIZAÇÃO DE TRATAMENTOS PSÍQUICOS. O estágio de convivência que precede adoção tardia se revela à adaptação da criança à nova família e, não ao contrário, pois as circunstâncias que permeiam a situação fática faz presumir que os pais adotivos estão cientes dos percalços que estarão submetidos. A devolução injustificada de criança com 9 anos de idade durante a vigência do estágio de convivência acarreta danos psíquicos que merecem ser reparados às custas do causados, por meio da fixação de pensão mensal. Recurso desprovido. (TJSC, Agravo de Instrumento nº 2010.067127-1, 25-11-2011. Rel. Des. Guilherme Nunes). (SANTA CATARINA, 2019b, grifo nosso).

O exame psicológico, por exemplo, é um dos procedimentos que devem ser adotados pela equipe interdisciplinar durante o processo de adoção, e tem enorme importância para analisar a capacidade dos pretendentes a adoção de lidar com tudo que envolve a paternidade/maternidade, bem como com as especificidades da adoção, tem como objetivo analisar quais as motivações da adoção, o que levou aquela(s) pessoa(s) a ter o desejo de ser pai/mãe, este exame visa principalmente evitar a devolução da criança e ou adolescente ao acolhimento institucional. (RIEDE; SARTORI, 2013)

A grande burocracia, a longa fila de espera, os medos e preconceitos a respeito da adoção são fatores que dificultam o processo e causam frustrações. Neste contexto encontra-se o exame psicológico como determinante para o sucesso da adoção, em como o acompanhamento e o preparo emocional aos adotantes e, quando possível, dependendo da idade, do adotado, a fim de evitar insucessos e até mesmo uma possível devolução da criança. Deve haver preparação e capacitação de todos os

servidores envolvidos no atendimento dos adotantes, principalmente precisa ser feito investimento na formação de equipes interprofissionais a fim de auxiliar os candidatos à adoção na compreensão da necessidade do tempo de espera, compreender o desejo de ser pai/mãe, e qual a exata motivação para adotar. Os profissionais que trabalham com colocação de crianças em famílias substitutas, em todas as áreas, jurídica, social e psicológica, tendo em vista que concepções pessoais são utilizadas para fundamentar decisões, devem passar por constantes reciclagens, apontando-se como sugestão, que haja um maior rigor por parte das autoridades quanto à habilitação dos pretendentes à adoção, conhecer sua real motivação, conscientizá-los de que estão assumindo uma criança com suas características específicas e que talvez não seja aquela esperada, a fim de ajudá-los a compreender a responsabilidade existente sobre as relações afetivas a serem estabelecidas. Ainda, antes do contato inicial com a criança, tenham os pretendentes a consciência de que não podem agir impulsivamente, considerando que o primeiro contato físico representa a emoção do parto que não aconteceu, e que daquele ato fazem parte pessoas fragilizadas, a fim de evitar que aquela criança sofra com a discrepância que ocorre entre o idealizado e o real. (RIEDE; SARTORI, 2013)

A equipe interdisciplinar é de extrema importância para o sucesso da adoção, bem como para garantir que o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente seja cumprido, a partir do laudo feito pela equipe interdisciplinar que o Ministério Público analisa a possibilidade de conceder a adoção, tanto pela condição e preparação dos pretendentes adotantes auxiliando-os a enxergar todas as responsabilidades que vem com a paternidade/maternidade, assim como a preparação da criança e ou adolescente que será inserido em uma nova família, e se existe uma compatibilidade entre eles, quando o vínculo não é criado existe a possibilidade de ocorrer o reabandono, a criança/adolescente passa a ser visto como um problema na família, a ser rejeitado e não aceito pelos pais adotivos, e é exatamente isso que se busca evitar com o laudo da equipe interdisciplinar, garantindo cumprimento do princípio do melhor interesse. (RIEDE; SARTORI, 2013)

Quando não ocorre o estabelecimento de um vínculo afetivo familiar de fato entre adotantes e adotado, poderá ocorrer um duplo abandono, ou a “devolução” da criança, que passa a ser vista como ‘problema’ porque nascido de ‘outra barriga’, de maneira que os adotantes não a sentem como pertencente à família. Para que se efetive com sucesso a adoção, se faz necessário observar que é um processo de troca, de forte carga afetiva onde ambos se completam. Requer o conhecimento e a consciência dos direitos e deveres que decorrem da relação estabelecida, uma vez que a adoção é irrevogável, como prescreve o artigo 39, parágrafo 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Os candidatos a pais devem compreender que embora eles desejem um filho, é a criança ou adolescente que tem a proteção e, por isso, requer a inserção em uma família, não podendo eles imaginar a criança ou adolescente como um meio para alcançar as suas expectativas ou resolver suas frustrações, e sim aceitar que a criança ou adolescente precisam desesperadamente de uma família que os recebam

com amor. Aquele que passar a condição de filho precisa sentir que realmente assim será, independente das condições que traz registrado no seu perfil. (RIEDE; SARTORI, 2013)

De acordo com o acima mencionado, o laudo da equipe interdisciplinar, assim como a correta análise deste é de extrema importância para o sucesso da adoção, para que a criança ou adolescente seja colocado em um lar estável e devidamente preparado para acolhe-lo, e atender todas as suas necessidades, sendo essas duas etapas de responsabilidade do Estado. Além dos artigos específicos da adoção, e da análise dos princípios do melhor interesse da criança e do adolescente o Estatuto da Criança e do Adolescente traz as medidas específicas de proteção, em seu artigo 100, inciso III aplica ao poder público a responsabilidade primária, devendo este assegurar a proteção integral da criança/adolescente.

Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários. [...]

III - responsabilidade primária e solidária do poder público: a plena efetivação dos direitos assegurados a crianças e a adolescentes por esta Lei e pela Constituição Federal, salvo nos casos por esta expressamente ressalvados, é de responsabilidade primária e solidária das 3 (três) esferas de governo, sem prejuízo da municipalização do atendimento e da possibilidade da execução de programas por entidades não governamentais; (BRASIL, 1990)

Conforme exposto anteriormente o Estatuto da Criança e do Adolescente traz diversas medidas que devem ser adotadas pelo Estado para a preparação dos adotantes para a adoção, devendo haver a avaliação de uma equipe interdisciplinar, avaliação do Ministério Público do laudo produzido por referida equipe, dentre outras medidas trazidas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Diante disto, fica evidente que o Estado necessita realizar estas funções de forma correta, situando-se pelo princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, para que não haja nenhum tipo de dano ao adotado.

O reabandono pode ser decorrente de uma má prestação de serviços do Estado, seja pela falta de capacitação da equipe interdisciplinar, seja pela não realização de uma etapa disposta no Estatuto da Criança e do Adolescente para o processo de adoção, ou até mesmo pela falha no estágio de convivência. Tendo em vista que a Constituição Federal atribui ao Estado a responsabilidade objetiva pelos danos que vier a causar a terceiros, é necessária uma análise rigorosa do

cumprimento adequado de todos os requisitos legais para a adoção pelo Estado e seus representantes, para então excluir a possibilidade da responsabilização estatal pela devolução de criança ou adolescente ao acolhimento estatal.

É necessário que todas as etapas do processo de adoção sejam efetuadas de acordo com o disposto na legislação, a fim de garantir o cumprimento do melhor interesse da criança e do adolescente, em especial as etapas designadas ao Estado, que são a base para a concessão da adoção, portanto, pode-se concluir que a falha na execução de alguma delas pode causar danos inimagináveis a criança ou adolescente, diante disto adentramos a responsabilidade civil objetiva do Estado, que responsabiliza o Estado por suas ações ou omissões que vierem a causar danos a terceiros, portanto nos casos de reabandono é preciso uma avaliação de todos os procedimentos para que se averigue o devido cumprimento, e então responsabilize ou não o Estado.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo estudar a responsabilidade civil do Estado, desde o seu surgimento, evolução e aplicação no ordenamento jurídico brasileiro diante do que está disposto na Constituição Federal.

Para tanto, pesquisou acerca do processo de adoção disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente, buscando estudar o surgimento da adoção nas civilizações mais antigas conhecidas pela humanidade, e analisar a evolução deste processo, inicialmente a finalidade da adoção era dar continuidade a uma família que não poderia gerar filhos biológicos, portando tinha como intuito satisfazer uma frustração da família, com o decorrer dos anos isto foi se modificando, até chegarmos ao objetivo atual que é amparar a criança ou adolescente resguardando o princípio do melhor interesse.

Ocorreram diversas mudanças referentes a adoção, para a constituição do processo que temos hoje que visa garantir o cumprimento dos princípios do melhor interesse da criança e do adolescente, e da proteção integral, impedindo que haja qualquer diferenciação entre filhos adotivos e biológicos, tanto registral como sucessória, entre as principais evoluções está a irrevogabilidade da adoção.

Acontece que mesmo sendo a adoção irrevogável é comum ouvir-se falar na devolução de crianças e adolescentes ao acolhimento institucional, a justificativa muitas vezes é a não compatibilidade entre os pais e a criança ou adolescente adotado, assim, conforme visto a devolução da criança/adolescente ao acolhimento institucional, que apenas pode ocorrer pela destituição do poder familiar, e acontece por iniciativa do Ministério Público com o intuito de proteger a criança ou adolescente de situações que lhe exponham a perigo, como o fato de estar em uma família que o rejeita.

A respeito do processo de adoção o Estado é um grande participante, devendo proporcionar o acolhimento institucional, com profissionais capacitados para atender as necessidades da criança ou adolescente acolhida. A equipe interdisciplinar deverá analisar a compatibilidade entre a criança ou adolescente e o(s) pretendente(s) a pai/mãe, a preparação do(s) pretendente(s) a adoção para a paternidade/maternidade, esta equipe deve elaborar um laudo para a apreciação do Ministério Público, indicando os fatores favoráveis, ou desfavoráveis a adoção, para que então possa-se conceder a adoção.

Além disso, estudamos a responsabilidade civil do Estado, e sua evolução histórica, desde a não responsabilização, nas civilizações monárquicas onde o rei

era quem tomava as decisões, e o rei não errava, até a responsabilização objetiva do Estado. Estudamos as duas formas de responsabilidade civil, a subjetiva onde é necessário que exista culpa do causador do dano, e a objetiva onde o elemento culpa é dispensado.

No ordenamento jurídico brasileiro a responsabilidade civil é trazida como objetiva, ou seja, não necessita do elemento culpa para que haja a responsabilização, adotando-se a Teoria do Risco Administrativo, existindo um dano decorrente de uma ação ou omissão estatal ou de um de seus agentes, acarreta na responsabilização do Estado devendo este reparar o dano causado, seja ele moral ou material.

Relacionando a responsabilidade objetiva do Estado, com os procedimentos legais para a adoção, pode-se constatar que o Estado cumpre papel indispensável para o processo de adoção, sendo responsável pelo acolhimento da criança ou adolescente que será adotada, pela avaliação e preparação dos pretendentes a adotar, pela análise da compatibilidade e vínculo criado entre eles, para então conceder a adoção. Diante disto, pode-se concluir que havendo uma má execução estatal nas etapas que lhe são designadas, pode-se atrair a responsabilidade objetiva e responsabilizar o Estado pelo reabandono.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. Dos Direitos Fundamentais. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Cord.), **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva Jus, 2018, p. 76-135.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 15ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Cord.), **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva Jus, 2018, p. 334-415.

BOSCARO, Márcio Antonio. **Direito de Filiação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RIGONI, Carliana Luiza; GOLDSHMIDT, Rodrigo. O Dano Temporal: Aproximações e Divergências com Outras Espécies de Danos Imateriais. In: BORGES, Gustavo; MAIA, Maurílio Casas. **Dano Temporal: O tempo como valor jurídico**. 1ª Ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

BOWLBY, John. **Formação e Rompimento dos Laços Afetivos**. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 10 ago. 2018.

BRASIL. Código Civil (2002). **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**: Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 15 ago. 2018.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**: Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 11 jun. 2019.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente (1990). **Lei nº 8.096, de 13 de julho de 1990**: Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em: 07 mar. 2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária.[...]. (Disponível em: www.stj.jus.br; acesso 17 mai. 2019)

CASABONA, Marcial Barreto. Responsabilidade Civil no Direito de Família. In: NERY, Rosa Maria de Andrade (Cord.), DONNINI, Rogério (Cord.). **Responsabilidade Civil**: Estudos em homenagem ao professor Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 350-368.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, Volume 5**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COMEL, Wilson J. Indenização do Dano Moral: Prevalência do Critério da Compensação sobre o da Sanção. **Revista Síntese**: Direito Civil e Processual Civil, São Paulo, v. 12, n. 84, p.122-141, jul./ago. 2013. Bimestral.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Teoria Geral do direito Civil. 29ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FARIAS, C. C de; ROSENVALD, N. **Curso de Direito Civil**: Famílias. 10ª Ed. Salvador: JusPdvim, 2018.

FORTKAMP, Eloísa Helena Teixeira; RAUPP, Marilene Dandolini. **Características Evolutivas do Desenvolvimento Infantil**: Zero a seis anos. Florianópolis: Editora UFSC, 1989.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Volume 4: responsabilidade civil. 7ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Volume 6: responsabilidade civil. 7ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, Volume 3: Responsabilidade Civil**. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Direito Fundamental à Convivência Familiar. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Cord.), **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva Jus, 2018, p. 139-159.

MACHADO, Gabriela Soares Linhares. Dos princípios constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis ao Direito de Família: repercussão na relação paterno-filial. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3483, 13 jan. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23437>>. Acesso em: 5 jun. 2019.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MEIRA, Fernanda de Melo. A Guarda e a Convivência Familiar como Instrumentos Veiculadores de Direitos Fundamentais In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (Cord.); RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Cord.). **Manual de Direito das Famílias e das Sucessões**. 2ªEd. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 225-247.

MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, Volume 7: Responsabilidade Civil**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

RIEDE, Jane Elisabete; SARTORI, Giana Lisa Zanardo. Adoção e os fatores de risco: do afeto à devolução das crianças e adolescentes. **Perspectiva**, Erechim, v. 138, n. 138, p.143-154, jun. 2013. Mensal.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

RODRIGUES, Renata de Lima. Horizontes de Aplicação da Adoção no Direito de Família Brasileiro Contemporâneo. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (Cord.);

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Cord.), **Manual de Direito das Famílias e das Sucessões**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 291-314.

ROSA, C.P. da; CARVALHO, D. M. de; FREITAS, D.P. **Dano Moral & Direito das Famílias**. Florianópolis: Voxlegem, 2012.

ROSSATO, L.A; LÉPORE, P.E; CUNHA, R.S. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010,

SANCHES, Helen Crystine Corrêa; VERONESE, Josiane Rose Petry. A Proteção Integral e o Direito Fundamental de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar. In: VERONESE, Josiane Rose Petry (Org.). **Direito da Criança e do Adolescente: novos cursos – novos temas**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 131-183.

SANTA CATARINA. **Tribunal de Justiça**. Poder familiar – Destituição – Pais adotivos – Ação ajuizada pelo Ministério Público – Adoção de casal de irmãos biológicos – Irrenunciabilidade e irrevogabilidade da adoção. [...] Apelação Cível 2011.020805-7, 19-9-2011, Rel. Des. Joel Dias Figueira Júnior. Disponível em: <www.tjsc.jus.br>; acesso em 03 jun. 2019a

SANTA CATARINA. **Tribunal de Justiça**. Ação Civil Pública. Estatuto da Criança e do Adolescente - Estágio de Convivência para Adoção Tardia Estabelecido - Criança Devolvida - Danos Psicológicos Irrefutáveis [...] Agravo de Instrumento 2010.067127-1, 25-11-2011, Rel. Des. Guilherme Nunes. Disponível em: <www.tjsc.jus.br>; acesso em 11 jun. 2019b

SANTOS, B. de M. et al. A entrega voluntária de crianças para adoção legal e a Necessidade de serem realizadas campanhas com gestantes em Situação de vulnerabilidade. 2018, **Revista do CEJUR/TJSC**, vol. VI, nº 01, dez. 2018, p. 101-106.

SENA, Thandra Pessoa de; SILVA, Anderson Lincon. Da. Adoção como caminho da afetividade: Análise da Lei 12.010/2009 e suas Alterações. Direito de Família e das Sucessões I, p. 84-100. Porto Alegre: **CONPEDI**, 2018.

SILVA FILHO, Arthur Marques da. **Adoção: Regime jurídico, Requisitos, Efeitos, Inexistência, Anulação**. 2ª Ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil, Volume 2: Obrigações e Responsabilidade Civil**. 17ª Ed. São Paulo: Atlas, 2017.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil, Volume 5: Família**, 17ª Ed. São Paulo: Atlas, 2017.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito Penal Juvenil e a Responsabilização Estatutária: elementos aproximativos e/ou distanciadores? – o que diz Lei do Sinase – a inimputabilidade penal em debate**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.