

A NECESSIDADE DE UM NOVO OLHAR SOBRE OS REABANDONOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NA ADOÇÃO: A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE E SUA (NÃO) APLICAÇÃO NA JUSTIÇA BRASILEIRA

THE NEED FOR A NEW LOOK ON THE REBANDS OF CHILDREN AND ADOLESCENTS IN ADOPTION: THE THEORY OF THE LOSS OF A CHANCE AND THEIR (NOT) APPLICATION IN BRAZILIAN JUSTICE

Artigo recebido em 19/01/2019

Revisado em 04/04/2019

Aceito para publicação em 02/05/2019

Ismael Francisco de Souza

Doutor em Direito – UNISC/RS, Mestre em Serviço Social pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação - Mestrado em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Líder do Grupo de Pesquisa em Direito da Criança e do Adolescente e Políticas Públicas e co-líder do Núcleo de Estudos em Política, Estado e Direito, ambos certificados pelo CNPq/UNESC.

Glauca Martinhago Borges Ferreira de Souza

Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC. Pós-graduanda em Direito Civil e Processo Civil e graduada em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC. Integrante do Núcleo de Pesquisa em Estado, Política e Direito – NUPED e do Núcleo de Pesquisa em Direito da Criança e do Adolescente e Políticas Públicas, da UNESC. Bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Estado de Santa Catarina - FAPESC.

RESUMO: O presente trabalho versou sobre a aplicação do instituto da responsabilidade civil, através da teoria da perda de uma chance, às crianças e adolescentes cujas experiências no estágio de convivência terminaram em desistência ou, após a adoção, em devolução. Objetivou-se, com isso, demonstrar uma nova possibilidade de indenização aos acolhidos, diante da Proteção Integral a eles destinada, visando amenizar os danos sofridos em caso de ocorrência de desistência ou devolução, o que caracteriza, na terminologia correta, reabandono. Também, de apresentar uma nova forma de responsabilização aos pretensos adotantes, demonstrando a seriedade do ato, especialmente pela formação da filiação ou, pelo menos, de vínculos afetivos, tão importantes para o atual Direito das Famílias. Sob este aspecto, foi realizada pesquisa em âmbito nacional, nos Tribunais de Justiça Estaduais e do Distrito Federal, buscando análise da sua incidência nesses casos, dentre os anos de 2013 a 2017. A pesquisa encontrou apenas um julgado em todo território brasileiro, de resultado negativo para a aplicação da teoria, concluindo-se que ainda não há a sua aplicação na Justiça

Brasileira, seja pela falta de pedidos por parte dos profissionais do Direito ou pelo não reconhecimento da mesma pelos Tribunais. Contudo, através de embasamento teórico, concluiu-se pela possibilidade de aplicação da teoria nos casos concretos. O método empregado foi o dedutivo e, os de procedimento, comparativo e funcionalista, utilizando-se das pesquisas bibliográfica e documental indireta.

PALAVRAS-CHAVE: Adoção. Crianças e adolescentes. Desistência e devolução. Indenização. Perda de uma chance.

ABSTRACT: The present work was about the application of the civil liability institute, through the theory of loss of a chance, to children and adolescents whose experiences in the cohabitation stage ended in abandonment or, after adoption, in return. The objective was, therefore, to demonstrate a new possibility of indemnification to the hostages, in view of the Integral Protection assigned to them, with a view to mitigating the damages suffered in the event of abandonment or devolution, which characterizes, in the correct terminology, reabandonment. Also, to present a new form of accountability to the alleged adopters, demonstrating the seriousness of the act, especially by the formation of the affiliation or, at least, affective bonds, so important for the current Law of the Families. In this aspect, a national survey was carried out, in the State Courts of Justice and the Federal District, seeking an analysis of its incidence in these cases, from 2013 to 2017. The research found only one that was judged in all Brazilian territory, a negative result for the application of the theory, and it was concluded that there is still no application in the Brazilian Justice, either by the lack of requests by law professionals or by the non-recognition of by the Courts. However, through theoretical basis, it was concluded by the possibility of applying the theory in concrete cases. The method used was the deductive and, the procedure, comparative and functionalist, using the bibliographical and indirect documentary research.

KEYWORDS: Adoption. Children and adolescents. Abandonment and return. Indemnity. Loss of a chance.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O instituto da responsabilidade civil e a teoria da perda de uma chance. 2. As danosas desistências e devoluções de crianças e adolescentes na adoção. 3. A aplicação da teoria da perda de uma chance como forma de reparação de danos às crianças e adolescentes acolhidas: uma análise de sua incidência nos tribunais de justiça brasileiros. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Quando buscamos conhecimento acerca dos direitos das crianças e dos adolescentes, encontramos importantes legislações em âmbito internacional e nacional que as solidificam num patamar elevado, as tornando merecedoras de especial proteção, em decorrência do Paradigma da Proteção Integral. O Paradigma foi o resultado de conquistas construídas ao longo do tempo, após anos de esquecimento ou distrato com relação aos seus direitos.

Essa proteção confere às crianças e adolescentes prioridade absoluta, bem como o dever de proteção de seus direitos fundamentais pela tríplice responsabilidade compartilhada entre a família, a sociedade e o Estado, colocando-as, também, a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988). Um dos direitos expressos na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente é o Direito à Convivência Familiar e Comunitária, isto é, o direito de serem criados e educados no seio de sua família, dita natural, e, excepcionalmente, em família substituta, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral (BRASIL, 1990).

Dentro dos aspectos jurídicos do direito à convivência familiar, o sistema da adoção é uma das modalidades de colocação de crianças e adolescentes em família substituta, sendo uma medida excepcional e irrevogável. A adoção, ademais, atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios (BRASIL, 1990).

Para que uma criança ou adolescente possa ser entregue para adoção, certamente já passou pelo esgotamento das inúmeras tentativas de manutenção em sua família natural ou extensa, pelo processo de destituição do poder familiar e, quando não, por acolhimentos familiares ou institucionais. Por outro lado, os pretensos adotantes, antecipadamente, passaram por procedimentos de cadastros, habilitação e, muitas vezes, por longa espera até que a oportunidade seja dada. Apesar da ambição de ambos lados na constituição de família, em alguns casos tem havido o reabandono de crianças e adolescentes, nomeadas pelo Estatuto como “desistência” durante o processo de adoção ou “devolução” após o trânsito em julgado da sentença. Tal atitude é uma afronta aos direitos da população infantojuvenil, especialmente por estarem envolvidas sob o manto da proteção integral, bem assim aos princípios vinculados a temática.

Por se tratar de abuso de direito que causam previsíveis danos aos acolhidos, o reconhecimento do instituto da responsabilidade civil deve ser feito em casos de desistência ou devolução na adoção. Porém, não cabe mais tão somente a compensação em danos morais pelos abalos sofridos, mas, de novas perspectivas indenizatórias, buscando a reparação

integral do dano vivenciado. Por isso, o presente trabalho objetiva o estudo e o reconhecimento da teoria da perda de uma chance em prol dos acolhidos, diante da real frustração na constituição de família.

Nesse sentido, se analisará o instituto da responsabilidade civil, especialmente buscando demonstrar seu cabimento nas relações familiares e conceituando a referida teoria da perda de uma chance. Após, dialogar sobre os casos de desistências e devoluções nos processos de adoção, visando, ao final, demonstrar seu cabimento e a necessidade de sua aplicação nos casos concretos, para indenizar o sofrimento dos acolhidos, responsabilizar os adotantes que não entenderam a importância do ato e, servir de método que minore as próximas chances de ocorrência.

Além do mais, será feita pesquisa em todos os Tribunais de Justiça Estaduais brasileiros, investigando de forma minuciosa se, atualmente, a teoria da perda de uma chance tem sido aplicada para os casos aqui especificados. A pesquisa levará em conta apenas julgados que discutirem a teoria, durante os anos de 2013 a 2017. Intenta-se, assim, trazer à infância e à adolescência um novo olhar reparador, dando ao Estado novas formas de demonstrar às famílias e à sociedade civil a importância da adoção e os efeitos que dela decorrem. Para construção do trabalho o método empregado será o dedutivo e, os de procedimento, comparativo e funcionalista, sendo utilizadas as pesquisas bibliográfica e documental indireta.

1 O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, ou seja, a consequência da violação de um dever jurídico originário, que é a obrigação (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 14). Responsabilidade civil é a obrigação de reparar um dano, refletindo a ideia de um encargo, buscando trazer a vítima ao estado inicial ou, pelo menos, o mais próximo possível da situação anterior à ocorrência do dano, diante da violação de um dever jurídico, reestabelecendo-se o equilíbrio anterior (CARVALHO NETO, 2007, p. 25). Isto demonstra a evolução do instituto, diante da perspectiva pautada na vítima do dano e não no agente causador do ato ilícito (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 09), tornando-se um direito do lesado de buscar ou não a reparação.

A responsabilidade civil está embasada no princípio da reparação integral, significando que, havendo um dano, ele deve ser reparado em sua integralidade, como função compensatória (ALMEIDA, 2015, p. 28). Além do mais, o princípio veda o enriquecimento

ilícito, pois visa tão somente a reparação daquele dano causado por aquele autor, trazendo uma forma concreta de análise dos prejuízos causados.

[...] existindo um dano causado pelo ato ilícito, há o rompimento do equilíbrio jurídico-econômico que existia antes, entre o agente e a vítima. Existe uma necessidade fundamental de se ver restabelecido o anterior equilíbrio, recolocando-se o prejudicado no *status que ante*. (ALMEIDA, 2015, p. 28).

Além da garantia Constitucional, a reparação de danos é instituto salvaguardado pela nossa Lei Civil. Segundo o Código Civil, art. 186, comete ato ilícito o agente que “por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral” (BRASIL, 2002), bem como aquele que, sendo titular de um direito, excede os limites ao exercê-lo, conforme art. 187 (BRASIL, 2002). Prosseguindo, o art. 927, dispõe que aquele que cometer ato ilícito que cause danos a outra pessoa, tem a obrigação de repará-lo (BRASIL, 2002).

A responsabilidade por um dano se dá, em regra, pela “ação ou omissão do agente, a sua culpa, o dano experimentado pela vítima e a relação de causalidade entre aquela ação ou omissão e este dano” (CARVALHO NETO, 2007, p. 47), conforme regra extraída do próprio artigo 186, do Código Civil.

Dano é o pressuposto da responsabilidade civil, é por ele que surge a obrigação de indenizar, pois, “pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. [...]. Sem uma consequência concreta, lesiva ao patrimônio econômico ou moral, não se impõe o dever de reparar” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 92). Dentre as possíveis formas de dano, os mais comuns são os danos morais e os danos materiais, retratados em nossa Constituição Federal, no rol dos direitos fundamentais, artigos 5º, incisos V e X.

Os danos materiais são aqueles que atingem o patrimônio da vítima, quer seja, “o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis economicamente” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 94). Sua finalidade é a reposição. A reparação vem através da indenização, visto que a aferição do prejuízo é mais acessível. Já no dano moral, também chamado de dano imaterial, a reparação se dá pelo pagamento de valor pecuniário a ser estabelecido que possibilite a satisfação à vítima, de modo a compensar a sua dor (CARVALHO NETO, 2007, p. 55). A reparação ao dano moral, então, não se dá através de indenização propriamente dita, mas pela compensação do sofrimento da vítima.

Em regra, o dano será indenizável quando houver a violação de um interesse jurídico, a certeza de sua ocorrência e a consequência direta ou imediata do fato lesivo. Para fins de

valoração, seja pelo dano material ou pelo dano imaterial, o art. 944, do Código Civil, dispõe que a indenização será medida pela extensão do dano (BRASIL, 2002). Este é o dispositivo visa evitar o enriquecimento ilícito da vítima e, ao mesmo tempo, proporcionar o caráter educativo e repressivo ao autor do dano.

O instituto da responsabilidade pelo dano divide-se em responsabilidade civil e penal, subjetiva e objetiva, contratual e extracontratual, e a responsabilidade nas relações de consumo (ALMEIDA, 2015, p. 33). Para a presente pesquisa, no que diz respeito ao dever de indenizar nos casos inerentes às relações afetivas, quer seja, ao direito das famílias, faz-se necessária a análise da responsabilidade civil subjetiva e extracontratual.

A responsabilidade extracontratual decorre da infração pelo lesionador a um dever legal, sem a previsão de um contrato firmado entre as partes, não sendo, portanto, um inadimplemento ou ilícito contratual, mas sim a violação da lei ou da ordem jurídica, como é o caso das relações familiares (ALMEIDA, 2015, p. 34-35). No que diz respeito à responsabilidade subjetiva, está fundada na teoria da culpa, ou seja, “[...] além da prova da ação ou omissão do agente, do dano experimentado pela vítima e da relação de causalidade entre um e outro, faz-se mister provar a culpa com que agiu o agente” (CARVALHO NETO, 2007, p. 43).

Segundo Almeida (2015, p. 59), o campo do direito das famílias não pode ser visto de forma alheia ao da responsabilidade civil, já que é possível que os membros violem um dever jurídico, causando o dever de indenizar, não havendo distinção deste ato ilícito (dentro da relação familiar), para qualquer outro. Contudo, ainda não é pacífico o tema nas jurisprudências e nas doutrinas e, dentro dos diversos temas, quando tratamos especialmente sobre o dano moral, o mais discutido é que não se pode obrigar a amar ou que o amor não seria aferível (CASABONA, 2009, p. 360), pois há dificuldade de se medir o amor em valor pecuniário. Porém, as responsabilidades familiares não importam tão somente a questão do afeto, mas dos deveres de cuidado, assistência, dignidade, respeito, solidariedade, convivência familiar e todos os demais.

A Constituição Federal, no seu art. 226, prevê a especial proteção que o Estado deverá ter com a família e, como já acima demonstrado, assegura a reparação do dano, colocando este como um direito fundamental de todos os brasileiros. Juntamente com o disposto no Código Civil, ambas as leis não impõem diferenciações entre as obrigações de reparação de danos para os casos de relações familiares para com outro qualquer. Restando comprovado o ato ilícito (descumprimento da ordem jurídica), o agente causador, a sua culpa e o resultado de dano, nada impede que a indenização por dano patrimonial ou extrapatrimonial seja

aplicada nas relações afetivas, afinal, são presumíveis os prejuízos causados pelo descumprimento das obrigações inerentes à esta entidade.

A responsabilidade familiar é um dever jurídico que também deve ser tutelado. Não reparar uma vítima de um dano, qualquer que seja, é afrontar a dignidade da pessoa humana. Não reparar uma vítima de dano tão somente por este ter se dado dentro das relações familiares, é atentar contra seu próprio desenvolvimento enquanto ser humano. Nesse norte, as análises dos elementos da responsabilidade civil muitas vezes se tornam difíceis, o que pode vir a mitigar o direito de reparação da vítima. Por isso, a teoria da perda de uma chance deve emergir nesta área, buscando demonstrar que outras formas de prejuízos são possíveis, ainda que não sejam imediatamente determináveis, mas que dignas de reparação.

Essa teoria nasceu na doutrina Francesa – “*perte d’une chance*”, por volta dos anos de 1960, determinando o ato ilícito que retira da vítima alguma oportunidade futura esperada de ganho ou vantagem, podendo se dar através de ação ou omissão do agente (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 97-98). Para a perda de uma chance não se permite oportunismos ou mera eventualidade, mas chances reais de oportunidades perdidas (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 98).

Segundo Farias, Rosenvald e Braga Netto (2018, p. 925-927), somente é possível se compreender esta teoria quando conceituamos o dano como uma lesão que merece tutela, independente de este ser patrimonial ou extrapatrimonial, não sendo uma nova forma de dano, mas uma presunção da causalidade. Trata-se de expectativa legítima, fazendo, assim, associação aos lucros cessantes e aos danos emergentes. Para estes autores, além da perda de uma chance de obter vantagem futura, a teoria também embarca a perda de uma chance de se evitar um prejuízo.

O julgador deve “diferenciar o improvável do quase certo, bem como a probabilidade de perda da chance de lucro, para atribuir aos fatos as consequências adequadas” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 99). Na teoria da perda de uma chance não se exige a certeza do dano, mas a certeza da probabilidade (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 99).

O limite da perda de uma chance está “no caráter de certeza que deve apresentar o dano reparável” (SILVA, 2013, p. 138), isso quer dizer que não basta uma simples esperança de acontecimentos. Além do mais, muito se discute quanto ao fato de a perda de uma chance ser dano presente ou futuro e, apesar da importância da verificação do lapso temporal entre o evento danoso e “o momento em que as chances seriam utilizadas [...], haverá casos em que a reparação será concedida mesmo com o aludido lapso temporal dilatado, pois outros fatores poderão indicar a seriedade da chance perdida” (SILVA, 2013, p. 141).

Em maioria, entende-se que se trata de um dano patrimonial, o qual refere-se a uma lesão a um interesse econômico, que poderá ter função de indenização ou de ressarcimento. No caso da teoria da perda de uma chance, o dano patrimonial faz menção a oportunidade frustrada, tendo, esta oportunidade, valor econômico. “Nesse contexto, será patrimonial o dano consistente na violação de interesses, ou seja, o dano concreto pela frustração das utilidades efetivas do bem” (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2018, p. 924). É a conexão do dano com o interesse que valora as ofensas sofridas.

Como anteriormente destacado, a teoria da perda de uma chance traz a possibilidade de reconhecimento de formas novas de indenização por danos sofridos, justamente visando atender ao princípio da reparação integral (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2018, p. 924). Traz à tona a reparação daquilo que se perde em decorrência do dano de outrem, de um futuro influenciado por este dano.

Sobre este aspecto, é totalmente cabível a aplicação da teoria da perda de uma chance nos casos de responsabilidade civil no âmbito familiar, diante dos possíveis casos de chances reais que são frustradas em decorrência de danos por estes entes causados. Salutar se faz, então, entender as questões que envolvem a desistência e a devolução nos casos de adoção de crianças e adolescentes, para, posteriormente, se demonstrar a importância e a necessidade da aplicação da teoria da perda de uma chance à população acolhida que possa vir a passar por esses tipos de circunstâncias violadoras de direitos.

2 AS DANOSAS DESISTÊNCIAS E DEVOLUÇÕES DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NA ADOÇÃO

Os interessados em adotar passam por todo um processo de cadastro e de habilitação, onde o credenciamento será feito de acordo com o perfil desejado, situação que, para alcançar o objetivo da adoção conforme as características apresentadas, podem os postulantes passarem anos em uma fila de espera (DIAS, 2017, p. 132). Por sua vez, as crianças e adolescentes disponibilizadas para adoção já passaram por um moroso procedimento de tentativa de manutenção com a família natural e/ou a extensa, além da ação de destituição do poder familiar, conforme regras do Estatutária e da Lei nº. 12.010/09.

Quando os perfis entre adotante e adotando se comunicam, iniciado o processo judicial de adoção, o Estatuto da Criança e do Adolescente impõe como medida necessária e obrigatória precedente à adoção, salvo excepcionais exceções previstas em lei, o estágio de convivência. Este estágio se trata de um período de avaliação, com o fito de verificar a

adaptação recíproca das partes, devendo ser acompanhado por equipe interdisciplinar. O estágio de convivência terá um prazo máximo de 90 dias em caso de adoções nacionais, podendo ser prorrogado por até igual período e, para adoções internacionais, o mínimo de 30 e o máximo de 45 dias, prorrogável uma única vez por até igual período. Em qualquer caso, será feito em território nacional (BRASIL, 1990).

Para a adoção nacional, o prazo do estágio poderá levar em conta a idade do adotando e as peculiaridades do caso. Em caso de adoção internacional, não há exceções com relação a prazos. Ao pretense adotante nacional, será concedida a guarda provisória do adotando durante o estágio de convivência, mediante requerimento. Já ao pretense adotante estrangeiro, não serão concedidos os institutos da guarda e da tutela, mas a concessão do estágio por intermédio de termo de responsabilidade (BRASIL, 1990). Após o estágio e o cumprimento das demais formalidades, não havendo impedimentos legais, o processo de adoção é encerrado e, conforme o art. 41, do Estatuto, esta “[...] atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais” (BRASIL, 1990).

A evolução do Direito de Família para o Direito das Famílias traz consigo o reconhecimento de diversas formas de constituição familiar, abandonando o caráter tradicional de reconhecimento apenas daquela havida entre o casamento civil de um homem com uma mulher e os filhos deste vínculo decorrente. Uma das principais novidades trazidas pelo legislador é o favorecimento dos liames socioafetivos sobre os biológicos, impedindo, ademais, a diferenciação entre os filhos, qualquer que seja a sua natureza. Assim sendo, conforme as regras do próprio Estatuto, os filhos adotivos são filhos para todos os fins de direito (BRASIL, 1990).

Foi na Constituição Federal de 1988 que emergiu o princípio da igualdade entre os filhos, tornando inconstitucional qualquer diferenciação e designação discriminatória que afronte os direitos fundamentais inerentes aos direitos filiais, independente da natureza do relacionamento com os pais (MACIEL, 2015, p. 428-429). Tal princípio é tão importante nesta nova ótica sobre o Direito das Famílias que, além da Constituição Federal (art. 227, § 6º), também está consagrado no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 20) e no Código Civil (art. 1.596).

Assim como o princípio da igualdade entre os filhos, outros princípios são basilares na nova perspectiva do Direito das Famílias para a ótica da adoção. Destaca-se para a presente pesquisa o da solidariedade familiar e o da responsabilidade parental. O princípio da

solidariedade familiar está embasado nos artigos 229 e 230, da Constituição Federal, tendo origem nos ditos vínculos afetivos, gerando deveres recíprocos entre seus membros. Com relação a pessoa dos pais e dos filhos, o princípio da solidariedade familiar traz o dever de assistência (ALMEIDA, 2015, p. 47-48). Já o da responsabilidade parental indica que os pais devem assumir todos os seus deveres com relação à pessoa dos filhos (MACIEL, 2015, p. 431). Destarte, se é inconstitucional a diferenciação entre os filhos, sejam eles socioafetivos ou biológicos, estes dois frisados princípios regem toda e qualquer relação familiar, independente da sua origem. Por isso suas importâncias na adoção, pois trazem regras igualitárias a todas as famílias, não excluindo as socioafetivas.

Dentro dos membros da entidade familiar, as crianças e adolescentes se destacam em garantias legais, diante da especial proteção que nossa legislação nacional e os tratados internacionais a elas resguardam, em decorrência do Paradigma da Proteção Integral. Deste Paradigma, surgiu o princípio do superior (ou melhor) interesse da criança e do adolescente, que dá prioridade aos interesses e direitos desta população em qualquer circunstância. Nos procedimentos da adoção, por exemplo, o Estatuto ressalta que os interesses do adotando devem prevalecer sobre o adotante – art. 39, § 3º (BRASIL, 1990).

Deste ponto, abrimos a discussão para dois importantes pontos dentro da adoção, sob a perspectiva da devida Proteção Integral dirigida às crianças e adolescentes. O primeiro será com relação as expectativas de formação de família e os vínculos afetivos que se formam durante o andamento do processo de adoção, no estágio de convivência. O segundo, concernente ao término do processo, quando a adoção é confirmada e a filiação é válida para todos os fins.

Duas oportunidades de violação de direitos das crianças e adolescentes através do abandono podem ser geradas durante os procedimentos da adoção, segundo as denominações dadas pelo próprio Estatuto: a primeira é a desistência, que se dá durante o estágio de convivência e, a segunda, a devolução, que ocorre após o trânsito em julgado da ação. Ambas, na verdade, se traduzem em uma palavra só: reabandono. Cumpre esclarecer que as terminologias “desistência” e “devolução” serão utilizados para compreensão de qual momento da ocorrência de reabandono que estará se tratando (durante ou após o processo de adoção). Contudo, as terminologias não estão corretas, vez que crianças e adolescentes não são mercadorias passíveis de desistência ou devolução, conforme termos utilizados no Direito do Consumidor. O que ocorre, de fato, é um novo abandono.

Quando os adotantes possuem o livre ensejo de dispor da criança ou do adolescente durante o processo de adoção e até mesmo depois, tendo a oportunidade de despojar-se dos

mesmos como bem entenderem, podendo reenviá-los à instituição de acolhimento, retiramos da população infantojuvenil a Proteção Integral a elas inerentes, a guarida dos princípios acima narrados, bem como o direito a voz e o direito de participação nas decisões sobre a sua própria vida, esculpidos trabalhosamente pela Convenção dos Direitos das Crianças e perpetuados no Estatuto. Faz-se aqui, incontestavelmente, a inconstitucional diferenciação entre a pessoa dos filhos.

O art. 197-E, § 5º, do Estatuto, com redação dada pela Lei nº. 13.509, de 2017, assim designa:

197- E [...]; § 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) (grifou-se).

Apesar da possibilidade de imposição de sanções em caso de desistência e/ou devolução, a discussão deste artigo da lei (e a falta de regras restritivas a respeito) é muito mais profunda. Quer-se com isso dizer que, mesmo com a determinação de prováveis penalidades, não há a proibição de desistência e/ou devolução e, principalmente, não há um rol taxativo que exprima motivos pertinentes para fazê-lo (motivos que desconstituam os adotantes e não os adotandos/adotados). Isso abre brecha para que a simples falta de vontade dos pretendentes prevaleça sobre o interesse das crianças e adolescentes de terem uma família e, qualquer sinal de dificuldade (natural durante os casos de adoção), já será um motivo para o “descarte” da criança ou do adolescente.

Apesar da necessidade do período de adaptação que o estágio de convivência proporciona, o Estatuto facilitou a possibilidade de desistência durante o processo de adoção, pois favoreceu a provisoriedade e a revogabilidade da relação, durante o próprio estágio (LADVOCAT, 2014, p. 125). O Estatuto trata o período do estágio de convivência como um verdadeiro teste, plausível de, em caso de insucesso, sua descontinuidade, pois ainda não há a confirmação da adoção. Aqui não tratamos sobre impedimento dos adotantes por não se mostrarem aptos (o que se estaria protegendo as crianças), mas de livre decisão destes, sem motivos plausíveis.

Por mais que o processo não tenha se findado e a nova filiação ainda não tenha se confirmado para fins jurídicos, no adotando já se estimulou a promessa de constituição de família, pois, como dito, vínculos afetivos se criaram. Frisa-se: para fins de confirmação de filiação, para o novo Direito das Famílias o vínculo socioafetivo se mostra mais importante que apenas se ter laços consanguíneos sem afetos. A frustração da expectativa de formação de

família causa, sem dúvidas, danos. Não podemos esquecer que durante o estágio de convivência os poderes dados aos adotantes são os de guardiões, ou seja, com os mesmos deveres dados à família natural. Assim, havendo a desistência da guarda para fins de adoção, as consequências psicológicas na vida daquele acolhido são deveras severas. Isto porque, “a adoção é o meio mais completo para recriar vínculos afetivos para a criança privada da família [...]” (TRINDADE, 2017, p. 462).

Em face dos deveres inerentes ao *poder familiar*, os pais devem manter os filhos sob sua companhia e guarda (CC 1.634 II). Não podem simplesmente entregá-los ao Estado, o que configuraria até *crime de abandono*. O mesmo ocorre com a adoção. É *irrevogável* (ECA 39 § 1º) e rompe todos os laços do filho com a família biológica. Mas esta é uma prática recorrente. Alguns adotantes simplesmente *devolvem* o filho que adotaram. (DIAS, 2017, p. 132) (grifo original).

Se as desistências e/ou devoluções têm sido constantes, podemos presumir que a Lei não tem sido severa o suficiente a ponto de os adotantes repensarem a falta de esforço, como qualquer outra família natural deve fazer. Para aqueles que estão em pleno desenvolvimento, o rompimento da estrutura familiar e sua colocação em outro ambiente, longe daqueles os quais possui afeto, e sem poder decidir sobre seu futuro, acarreta em severas consequências para sua própria identidade (MACIEL, 2015, p. 424).

Após deixar a instituição de acolhimento e passando por longo período em um lar durante o estágio de convivência, o acolhido passará por experiências diferentes, possuindo um belo quarto, brinquedos, estrutura familiar, melhores vestuários, boa escola, novos amigos e, principalmente, vínculos com estes e sua família. Por isso, não é admissível sua devolução ao Estado depois de toda esta experiência e expectativa (LADVOCAT, 2014, p. 127).

Agravada é a situação de crianças e adolescentes já adotados, devolvidos após o trânsito em julgado da sentença, onde já possuem, incontestavelmente, o *status* de filhos para todos os efeitos. Filhos não podem ser simplesmente entregues para adoção a livre vontade dos genitores. Essa opção sequer deveria aparecer ao longo do Estatuto, pois viola os princípios constitucionais e o Paradigma da Proteção Integral. Quando a adoção se confirma e a nova filiação é formada, no entendimento dos pesquisadores, a família adotiva torna-se a nova família natural, afinal, apagados serão os registros e os vínculos com a antiga família. Se esta é a nova família natural, todo o mesmo esforço para manutenção com esta ou a família extensa desta devem ser feitos, conforme as regras do Estatuto para isto. Não há diferenciações. É inconstitucional diferenciar.

A única situação a qual os genitores biológicos não precisam de motivos para poder entregar o filho para adoção, se dá com relação ao período de gravidez ou logo após o

nascimento da criança. Mesmo assim, toda uma tentativa de que a criança permaneça com a família natural ou, ao menos a extensa, será feita (BRASIL, 1990). Fora isto, crianças e adolescentes somente são retiradas do seio de suas famílias naturais se estas violarem ou ameaçarem os direitos dos filhos (BRASIL, 1990). O Estatuto da Criança e do Adolescente não exige, em caso de reintegração familiar, que esta família seja a ideal ou a perfeita, mas que hajam vínculos afetivos e respeito aos seus direitos fundamentais (MACIEL, 2015, p. 427). Para tanto, como pudemos perceber, em caso de filiação através de adoção, a mesma regra do filho biológico não é válida.

Filhos biológicos não podem ser devolvidos. Se, conforme o art. 41, os adotados se constituem em filhos para todos os fins e todos os vínculos anteriores são excluídos, a família adotante passa a ser a família natural da criança ou do adolescente, o que exigiria do Estado enquanto justiça a aplicação de todos os artigos que buscam a manutenção da criança e do adolescente com sua família natural antes da colocação em instituição ou nova família substituta. A propósito, se tanto se insiste na família natural, não havendo diferenciação entre esta para nenhuma outra forma de família, também não se deveria enviar esforços para com a substituta.

Obviamente, legalmente é possível devolver crianças e adolescentes que foram entregues para fins de adoção. Nem sempre essa devolução acarreta a reparação por dano moral e/ou material. [...]. O que se discute, entretanto, é o número exorbitante de pretendentes à adoção, que de forma absolutamente injustificada e desumana, simplesmente devolvem aos abrigos, sem que tal atitude gere para estas qualquer responsabilidade. (LADVOCAT, 2014, p. 123).

Tais possibilidades, portanto, violam os direitos das crianças e dos adolescentes e novas formas de proteção devem ser levantadas. Caso isso não ocorra, no mínimo, maiores formas de reparação dos danos causados devem ser impostas a fim de salvaguardar o pleno desenvolvimento destas crianças e adolescentes.

3 A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE COMO FORMA DE REPARAÇÃO DE DANOS ÀS CRIANÇAS E ADOLESCENTES ACOLHIDAS: UMA ANÁLISE DE SUA INCIDÊNCIA NOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA BRASILEIROS

Dentro das relações familiares, mesmo que o afeto ainda não possa ser devidamente valorado ou, ainda que não se possa obrigar ninguém a ter afeto por outrem, o descumprimento dos deveres de cuidado, assistência, dignidade, respeito, solidariedade, convivência familiar e todos os demais, devem ser garantidos a seus membros. Tais deveres são inerentes às responsabilidades da entidade familiar. Em caso de descumprimento desta obrigação (ato ilícito) dada à família, deverão as vítimas do dano restarem indenizadas.

Com relação as crianças e adolescentes, seres em peculiar estado de desenvolvimento, aumenta-se esta necessidade de proteção estatal quando a família atenta contra seus direitos. Faz-se importante analisarmos as perspectivas desta população através do Paradigma da Proteção Integral, dos direitos fundamentais a elas inerentes e dos princípios que norteiam as relações “paternofiliais”, pois, destes, decorre a sua especial necessidade de proteção e cooperação (MACIEL, 2015, p. 425). Nesse norte, os princípios da afetividade e da paternidade responsável são fundamentos autorizadores da responsabilidade civil (TRINDADE, 2017, p. 469), além dos da solidariedade familiar e da igualdade entre os filhos.

Estreitando a temática, devemos ponderar que, crianças e adolescentes que foram disponibilizados para adoção já passaram por todo um processo que traz transtornos psicológicos, fazendo-se necessário um olhar mais atento. Em verdade, há nesses casos uma dupla violação de direitos, vez que os acolhidos já passaram pela perda da família natural e, após, pela supressão da nova família substituta.

Infelizmente, muitas vezes os novos pais não estão preparados para a testagem que os adotados os submetem, pelo medo de serem novamente rejeitadas (DIAS, 2017, p. 133), o que resulta em casos como de desistência ou devolução, se saindo como maiores prejudicadas as crianças e os adolescentes acolhidos, pois retomarão todos os processos novamente. Para ocupar um lugar na vida destas, faz-se necessário esforço para apoiá-los e auxiliá-los no necessário processo de luto pela perda da antiga família, sob o risco de aflorar novamente o sentimento de angústia, traição, medo, rejeição e tantos outros, sentidos quando da separação de sua família biológica (DIAS, 2017, p. 133).

Do ponto de vista psicológico, o processo de adoção pode envolver situações dolorosas e traumáticas (TRINDADE, 2017, p. 465). Sabe-se que dos grandes efeitos da institucionalização prolongada (MACIEL, 2015, p. 424), bem como dos riscos de diminuição das chances de novamente aquele, diga-se, ex-adotando ser, de fato, novamente adotado. As crianças e adolescentes podem não se recuperar deste novo trauma, o que merece especial atenção dos julgadores (LADVOCAT, 2014, p. 124).

O abandono, seja dos pais com relação aos filhos ou até mesmo dos filhos com relação aos pais, ou seja, por aquele que ignora a relação familiar, ignorando todos os direitos e princípios constitucionais e infraconstitucionais, deve receber a devida sanção (ALMEIDA, 2015, p. 74). Segundo Almeida (2015, p. 74), trata-se de grande falta de responsabilidade, que causa grande repercussão e enormes consequências à vítima.

No âmbito jurídico, “a afetividade estende seus conceitos para além dos sentimentos, estando relacionada à responsabilidade e cuidado. É neste sentido que o afeto pode se tornar

uma obrigação jurídica, sendo reconhecida como fonte de responsabilidade civil” (TRINDADE, 2017, p. 469). Em alguns casos a justiça vêm impondo o pagamento de danos morais e materiais, diante do comportamento ético que é exigido nas relações familiares, bem como os princípios da boa-fé e da confiança, pois configuram abuso de direito, passíveis de indenização (DIAS, 2017, p. 133-134).

No entanto, mais do que isso, sabendo-se da peculiaridade destes casos, somente as indenizações por danos morais (diante do abalo sofrido e ao atentado à dignidade da pessoa humana) ou por dano material (pagamento de alimentos – representando danos presentes), não são suficientes para suprir a violação de direitos das crianças e adolescentes cujas histórias de vida estão marcadas por desistências ou devoluções. A teoria da perda de uma chance é uma nova forma de compensar as crianças e adolescentes pela esperança que nelas foi criada de terem uma família. Além do mais, é mais uma forma de responsabilização aos adotantes, buscando educar os que assim agiram, alertar aqueles que pretendem adotar e não compreenderam a responsabilidade que se deve ter para com um filho, sendo uma nova medida repressora do Estado para com aqueles que violam os direitos infantojuvenis.

No que tange a pesquisa jurisprudencial, o Brasil possui 27 Tribunais de Justiça Estaduais e do Distrito Federal. A pesquisa realizada utilizou como parâmetro de consulta nos sites de cada um dos Tribunais as seguintes palavras-chave: “adoção – criança e adolescente – perda de uma chance – indenização”. Quando prontamente inexitosa a busca, em algumas pesquisas a palavra-chave “devolução” também foi utilizada. O marco temporal escolhido foi entre os anos de 2013 a 2017.

Nos Tribunais de Justiça do Alagoas, Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia, Roraima, Santa Catarina, São Paulo, Sergipe e Tocantins não foram encontrados resultados relacionado especificadamente com a temática. Assim, tão somente no Tribunal de Justiça do Distrito Federal foi encontrado resultado de análise a teoria da perda de uma chance nos casos alusivos à pesquisa. Esse resultado negativo para os demais 26 Tribunais pode ter se dado pela falta de pedidos referentes a esta forma de reparação de danos por parte dos profissionais do direito ou pelo próprio não reconhecimento das Justiças de primeiro grau ou Tribunais de Justiça sobre esta temática dentro da área do Direito das Famílias. Verifica-se, assim, a novidade da temática ou, pelo menos, seu desconhecimento ou não aplicação.

No Tribunal de Justiça do Distrito Federal, foi encontrado apenas um resultado. O julgado se refere a criança devolvida durante o estágio de convivência nacional, ou seja, a

guarda havia sido deferida à pretendente. A Apelação Cível nº. 20120111324634¹, da 5ª Turma Cível, julgada em 11/10/2017 e publicada no DJE em 18/12/2017, levantou importantes questões como: da proteção aos direitos das crianças que apresentam status de direitos fundamentais; do princípio da primazia da dignidade da pessoa humana constitucionalmente garantido com a finalidade de, entre outros objetivos, resguardar a convivência familiar e, conseqüentemente, dar efetividade ao Princípio da Proteção Integral, ressaltando o dever da família, da sociedade e do Estado no resguardo dos direitos das

¹ APELAÇÃO CÍVEL. CRIANÇA E ADOLESCENTE. GUARDA. REVOGAÇÃO. [...]. PRIMAZIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DIREITOS FUNDAMENTAIS. PROTEÇÃO DA CRIANÇA. NÚCLEO ESSENCIAL DA FAMÍLIA. PARENTESCO CIVIL. SOCIOAFETIVIDADE. EUEDEMONISTA. ANAPARENTAL. REVOGAÇÃO DA GUARDA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DESCABIMENTO. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. INOCORRÊNCIA DO DEVER DE REPARAÇÃO. RECURSO PROVIDO.

[...]; 4. A primazia da dignidade humana perante todos os institutos jurídicos é uma característica fundamental da Constituição Federal. Ademais, a proteção dos direitos da criança apresenta status de direitos fundamentais, em razão do Decreto nº 99.770/90 que recepcionou no ordenamento jurídico pátrio a 5ª Convenção das Nações Unidas sobre Direitos da Criança.

5. Quando a Carta Magna instituiu o princípio em questão - a primazia da dignidade da pessoa humana - objetivou, principalmente, resguardar a convivência familiar e, conseqüentemente, dar efetividade ao Princípio da Proteção Integral à Criança, vez que é dever da família, da sociedade e do Estado, com absoluta prioridade, assegurar à criança e ao adolescente, dentre outras coisas, a convivência familiar, colocando-os a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. [...]

7. O Enunciado 256 da III jornada de Direito Civil do CJF preconiza que "a posse de estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil".

8. A doutrina tem elencado que dada a ampliação do núcleo essencial do conceito de "família" e o posicionamento dos Tribunais Superiores em relação ao tema, é de relevante importância se observar três características basilares, quais sejam: 1) socioafetividade (a família vinculada à afetividade, e não à uma legislação positivista); 2) eudemonista (a família, como grande base da sociedade, possui uma grande função social, que é a realização pessoal e a felicidade de seus membros); 3) anaparental (a família está além dos vínculos técnicos, sendo formada por indivíduos que buscam, através da felicidade mútua, a felicidade comum).

9. Em que pese o peculiar contexto fático dos autos, revela-se importante destacar que não se pode deixar de levar em consideração o melhor interesse da criança e do adolescente, por outro lado, mostra-se de especial relevância analisar o peculiar contexto fático, considerando em especial que a então detentora da guarda da menor contava com idade avançada; que se mudou de cidade para melhor acolher a criança, Jailma; que o filho da anciã adotou a irmã da menor para que os laços familiares fossem preservados, que inclusive era portadora do vírus HIV; que Jailma não atendeu especificamente ao padrão de comportamento esperado pela guardiã, ao contrário dos outros filhos adotados por esta, e considerando ainda que, ao contrário da adoção, a guarda seja perfeitamente revogável.

10. Conforme dogmática do art. 187 do Código Civil, também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, o que não foi o caso dos autos.

11. A teoria da perda de uma chance se manifesta em situações de responsabilidade contratual e extracontratual, desde que séria e real a possibilidade de êxito, o que afasta qualquer reparação no caso de uma simples esperança subjetiva ou mera expectativa aleatória. De qualquer sorte, não obstante a cizânia conceitual desse instituto, a sua incidência nas relações jurídicas é fonte de compensação pecuniária, acaso existente ato ilícito, o que não foi o caso dos autos.

12. No contexto fático dos autos, considerando que a revogação da guarda se deu em regular processo judicial, sob o manto da ampla defesa e contraditório e que reputou, naquele momento, ser a medida mais cabível e calcado nas estatísticas levantadas pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Cadastro Nacional de Adoção, que militam em desfavor da criança que estivera sob guarda, homenageando o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é de rigor o afastamento da indenização a título de danos morais. [...];

14. Recurso provido. ([Acórdão n.1065780](#), 20120111324634APC, Relator: SILVA LEMOS 5ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 11/10/2017, Publicado no DJE: 18/12/2017. Pág.: 492/495).

crianças e adolescentes com absoluta prioridade; também, o princípio do melhor interesse como princípio basilar e de suma importância no ramo do Direito das crianças e adolescentes e da família, onde todo o estudo do interesse da criança deve se sobrepor aos interesse dos pais, pois se deve buscar sempre o bem-estar destes; Trouxe à tona, ainda, o Enunciado 256, da III Jornada de Direito Civil do CJF, que preconizou que a posse de estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil; bem como levantou a ampliação do núcleo essencial do conceito de família e o posicionamento dos Tribunais Superiores em relação ao tema (BRASIL, 2017b).

Apesar de todo este fundamento teórico sobre os direitos da infância, tão raros em julgados brasileiros, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal negou a indenização pela perda de uma chance à criança, sob o argumento de que tal teoria “afasta qualquer reparação no caso de uma simples esperança subjetiva ou mera expectativa aleatória” (BRASIL, 2017b). Fundamentou, também, a inexistência de ato ilícito, em decorrência do conceito desse novo instituto, vez que sua incidência nas relações jurídicas é fonte de compensação pecuniária em caso de existência de ato ilícito (BRASIL, 2017b).

Tal julgado se mostrou completamente antagônico. Se reconhecido os direitos das crianças e adolescentes sob o aspecto real, ou seja, de Proteção Integral, não há que se falar em impossibilidade de indenização após a violação de seus direitos. Além do mais, não há que se falar em esperança subjetiva ou mera expectativa aleatória quando tratamos de crianças ou adolescentes acolhidas, que geraram a expectativa de constituição de família, de não voltar mais para o acolhimento institucional ou, pelo menos, de ter sua situação de vida resolvida.

Sem motivo justo para o reabandono (análise sob a ótica do que será melhor para os adotandos e não os adotantes), deixando aos adotantes a livre disponibilidade de negativa da continuidade do processo de adoção daquele adotando por simples perda de interesse ou qualquer motivo fútil, os adotantes tratam os adotandos como objetos, que não possuem mais utilidade, ocorrendo, assim, um retorno ao tempo dos códigos menoristas, abuso de direito, desrespeito aos princípios referentes à Proteção Integral, sem falar na violência psicológica contra as crianças e adolescentes.

A teoria da perda de uma chance se mostra inovadora por apresentar a oportunidade de crianças e adolescentes abandonadas serem indenizadas pela perda da chance de constituir família. Esperança dada pelos adotantes. Não tratamos aqui, portanto, de oportunismos ou eventualidades, mas chances reais, conforme preconiza a teoria (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 98).

Traz-se essa oportunidade de reparação de dano patrimonial futuro através da perda de uma chance, pois, os danos morais, decorrentes dos abalos psicológicos, são mais visíveis. Em associação a integração das normativas do Sistema de Garantia de Direitos da criança e do adolescente e do Paradigma da Proteção Integral, temos a Lei nº. 13.431/17, que estabeleceu mais uma forma de proteção às crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência. Em vinculação ao aqui abordado, essa normativa impõe como uma das formas de violação dos direitos das crianças e adolescentes a violência psicológica (art. 4º, inc. II), podendo esta ser entendida, também, como qualquer conduta de discriminação em relação à criança ou adolescente mediante constrangimento, humilhação ou indiferença que possa comprometer seu desenvolvimento psíquico ou emocional (BRASIL, 2017a). Porém, crianças e adolescentes, em peculiar estado de desenvolvimento e que possuem prioridade absoluta, sob o manto da Proteção Integral, merecem a reparação integral do dano, sejam estes danos presentes (através do dano moral pela violência psicológica ou material através de pensão alimentícia) ou futuros (dano patrimonial pela perda de uma chance).

A Lei nº. 13.431/17 traz à população infantojuvenil o direito e a garantia, independentemente de qualquer condição, de receber reparação de danos (art. 5º, inc. V) (BRASIL, 2017a). Por assim dizer, além da garantia Constitucional e da Lei Civil, possuem as crianças e adolescentes especial proteção com relação a reparação dos danos. No caso da violência psicológica, esta dá azo também ao dano moral e, com relação a expectativa criada na formação de família, à teoria da perda de uma chance, um dano patrimonial, pois toda a expectativa criada com relação a futura família, da futura estrutura para ter seu pleno desenvolvimento, da nova escola, do novo lar, etc.

Como anteriormente dito, tratamos aqui de um reabandono. Abandonar criança e adolescente é uma forma de negligência, de abuso de direito. Assim, se há abuso de direito, há o cometimento de ato ilícito e há o dever de indenizar, sem prejuízo das demais sanções legais. O abandono trata-se de falta grave, que configura um ilícito, sendo inclusive uma das causas passíveis de perda do poder familiar, conforme artigos 161 § 1º, do Estatuto e 1.638, do Código Civil.

O judiciário deve responsabilizar e reprimir os pretendentes que enchem as crianças e adolescentes de esperanças para, depois, entrega-los novamente ao acolhimento institucional, causando-lhes duplo trauma (LADVOCAT, 2014, p. 127). Por isto, a aplicação da teoria da perda de uma chance pelo dano causado, impondo responsabilidade civil aos adotantes é medida cabível, com o fito de reparar integralmente as crianças e adolescentes que tiveram seus direitos violados pelo abandono, seja por desistência ou devolução, após a criação das

expectativas reais de formação de família. Trata-se de um novo olhar, sob as diretrizes da Proteção Integral.

CONCLUSÃO

Apesar do peculiar estado de desenvolvimento das crianças e dos adolescentes e da especial proteção que recebem em nossa legislação, vemos que muito ainda temos a conquistar no sentido cultural para que essa população seja, de fato, protegida.

Quanto a responsabilidade civil, foi possível observar o cabimento do instituto nas relações afetivas, bem como analisar que, para que a reparação integral ocorra de fato, a teoria da perda de uma chance se mostra como uma nova possibilidade de reparação às vítimas de danos. Logo, sendo esta teoria cabível para as relações familiares, o é para com as crianças e adolescentes vítimas dos danos causados por desistência ou devolução na adoção, uma vez que não há distinção entre vínculos socioafetivos e biológicos.

O reabandono, ou seja, a desistência durante o processo de adoção e a devolução após findado o processo são atitudes irresponsáveis que não condizem com a importância do ato. São condutas que causam danos aos acolhidos e, portanto, são civilmente indenizáveis. Após tantas etapas concluídas por ambas as partes, os procedimentos durante e, principalmente, após a adoção, não podem ser encarados como simples e dispensáveis. Primeiro, porque crianças e adolescentes acolhidas não podem ser vistas como meros objetos dos adultos, as quais esses podem livremente dispor a qualquer tempo. Segundo, e essencialmente, vez que filhos não podem ser simplesmente abandonados.

É inconcebível que exista um artigo como o 197-E junto à Lei nº. 8.069/90, que é toda pautada sob o Paradigma da Proteção Integral e os princípios dele decorrentes. Um artigo de lei que, apesar da imposição de sanções, não proíbe as práticas aqui discutidas, além de estigmatizar as crianças e adolescentes como “mercadorias”, através das terminologias dadas ao caso.

Necessário seria, sim, que houvessem dispositivos que, em caso de dificuldades após a adoção, dispusessem a imposição das mesmas regras dadas à família natural à nova família substituta, onde só seria possível a colocação em (mais uma vez) uma nova família, em situação excepcional (violação de direitos) e após esgotadas todas as chances de manutenção com esta (diga-se, atual) família natural ou com a família extensa dela decorrente. Afinal, se a adoção se findou, é porque ambas as partes estavam aptas a formar uma nova família natural. Se a adoção se findou, vínculos de filiação são formalmente constituídos, o que impede

qualquer discussão acerca de diferenciações ou não imposição de deveres familiares como a qualquer outro filho é imposto.

Quanto as desistências durante o estágio de convivência, deveriam existir dispositivos no Estatuto que elencassem motivos para que o processo de adoção não se findasse a livre gosto dos adotantes, por simples renúncia. Como anteriormente ressaltado, esses motivos só deveriam se dar com relação a desconstituição da aptidão dos adotantes em cuidar dos novos filhos e não para com os adotandos, respeitando o princípio do superior interesse da criança e do adolescente. Afinal, novamente se ressalta: por diversas etapas já passaram ambas as partes, os perfis desejados se comunicaram, a formação de vínculos existe, não podendo estas questões serem simplesmente ignoradas.

Nos casos em que já restaram findados os procedimentos de adoção, não se há dúvida quanto aos deveres da filiação. Porém, com relação ao período do estágio, em que ainda não se confirmou juridicamente a filiação, deve-se levar em conta que os vínculos socioafetivos demandam os mesmos deveres aos genitores e/ou responsáveis.

Por isso, enquanto não há uma modificação legislativa e aplicação de mais severas imposições em respeito aos vínculos formados, bem como o impedimento de que condutas como essas ocorram, a aplicação da teoria da perda de uma chance se mostra como uma nova forma de reparação de danos a estas crianças e adolescentes, pelas chances de constituição de família que foram perdidas. É, também, mais uma forma de proteção do Estado para com esta população. Mesmo que atualmente ainda não haja incidência nos Tribunais de Justiça Brasileiros, conforme demonstrou a pesquisa, e que, quando há, ainda é inoficiosa, faz-se importante o estudo de seu cabimento.

Deve-se entender o caráter de filiação e as responsabilidades inerentes, que não toleram situações de abandonos. Deve-se levar em conta a peculiaridade da fase da vida que estes acolhidos estão passando, com diversas formas de abandono, o que pode afetar seu pleno desenvolvimento. Afinal, quando tratamos de crianças e adolescentes, especial e de todas as formas deve se dar a proteção.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Felipe Cunha de. *Responsabilidade civil no direito de família: angústias e aflições nas relações familiares*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 05 nov. 2018.

BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm. Acesso em: 05 nov. 2018.

BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 05 nov. 2018.

BRASIL. *Lei n. 13.431, de 04 de abril de 2017a*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13431.htm. Acesso em: 06 nov. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *Apelação Cível nº.1065780 - 20120111324634APC*, Relator: SILVA LEMOS 5ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 11/10/2017b, Publicado no DJE: 18/12/2017. Pág.: 492/495.

CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade civil no direito de família*. Curitiba: Juruá, 2007.

CASABONA, Marcial Barreto. Responsabilidade civil no direito de família. *In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério. Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIAS, Maria Berenice. *Filhos do afeto: questões jurídicas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Manual de Direito Civil - volume único*. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

LADVOCAT, Christiane. Devolução de crianças em Guarda Provisória: consequências jurídicas do rompimento. *In: LADVOCAT, Christiane; DIUANA, Solange. Guia de adoção: no jurídico, no social, no psicológico e na família*. São Paulo: Roca, 2014.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. A identidade familiar da criança e do adolescente em acolhimento institucional à luz da proteção integral da Lei nº. 8.069/90: Uma história a ser narrada. *In: VERONESE, Josiane Rose Petry; ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. Estatuto da criança e do adolescente: 25 anos de desafios e conquistas*. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

TRINDADE, Jorge. *Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.