



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A frustração do reabandono: uma nova ótica acerca da devolução em processos de adoção.

Sabrina D'Avila da Cruz

Rio de Janeiro  
2014

SABRINA D'AVILA DA CRUZ

A FRUSTRAÇÃO DO REABANDONO: UMA NOVA ÓTICA ACERCA DA  
DEVOLUÇÃO EM PROCESSOS DE ADOÇÃO.

Artigo científico apresentado como exigência de  
Conclusão de curso de Pós-Graduação *lato sensu* da  
Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Orientadores:

Prof<sup>a</sup>. Mônica Areal

Prof<sup>a</sup>. Néli Fetzner

Rio de Janeiro  
2014

## **A FRUSTRAÇÃO DO REABANDONO: UMA NOVA ÓTICA ACERCA DA DEVOLUÇÃO EM PROCESSOS DE ADOÇÃO.**

Sabrina D'Avila da Cruz

Graduada pela Universidade Estácio de Sá – UNESA. Advogada.

**Resumo:** A devolução da criança e do adolescente adaptado ao núcleo familiar que lhe foi ofertado, durante o estágio de convivência, representa uma frustração de uma perspectiva de família, que remete o adotando a experiência do reabandono e, muitas vezes, o estigmatiza como inadaptável. Assim, quando a adoção não se concretiza por razões alheias ao adotando, não se pode cancelar o rompimento do vínculo afetivo cristalizado sem que se reconheça a necessidade de reparação civil pelos danos decorrentes, o que gera direito amplo e irrestrito ao adotante em relação ao adotando, que é reconhecidamente um ser humano em processo de desenvolvimento, daí exsurge a relevância do presente trabalho, para garantir a eficácia do artigo 227 da Constituição Federal e do complexo de normas formadoras do Estatuto da Criança e do Adolescente.

**Palavras-chave:** Infância e Juventude. Adoção. Estágio de Convivência. Proteção Integral

**Sumário:** Introdução; 1 - O direito da criança e do adolescente e a sua evolução histórica; 2 – A constitucionalização da ordem jurídica; 3- O estágio de Convivência no processo de adoção; 4 - A devolução do menor adaptado: frustração pelo reabandono; Conclusão; Referências Bibliográficas.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda o tema das repercussões jurídicas da falta de regulamentação do Estágio de Convivência que permite a instauração de celeumas jurídicas concernentes à responsabilidade civil em decorrência da restituição da Criança e do Adolescente adaptado ao novo núcleo familiar, ao abrigo de onde foi retirada, discutindo-se o equívoco decorrente do entendimento adotado pelos Tribunais Brasileiros, demonstrada a latente ocorrência do dano psíquico gerado.

O tema desperta interesse, não só por razões teóricas, já que tem sido comparativamente pouco abordado pelos doutrinadores, mas também, em especial, pelas questões relativas aos efeitos de lesão à personalidade da criança e do adolescente, que é um ser humano em desenvolvimento e goza de prerrogativas constitucionais que asseguram a sua proteção, a sua prioridade e o direito fundamental a responsabilização civil pelos danos morais ocorridos.

Com efeito, desde o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tem-se reconhecido a relevância dos direitos fundamentais, em especial àqueles atinentes à personalidade, bem como a obrigação de indenizar que é ensejada por qualquer conduta que venha a lesionar esses direitos. Na mesma linha de raciocínio, o Código Civil de 2002 trouxe uma cláusula geral de responsabilidade, que determina que todo aquele que causar dano a outrem, tem o dever de repará-lo.

Assim, as normas reguladoras do processo de adoção, aqui considerado como meio de garantia do alcance do direito da criança e do adolescente a um núcleo familiar, devem ser interpretadas conforme a Constituição Federal preconiza, ressaltando-se, sobretudo, a condição de ser em desenvolvimento do adotando, bem como a sua latente desigualdade em relação aos adotantes, que ao serem reconhecidamente capazes - capacidade aqui entendida

em seu conceito mais amplo -, devem ser responsabilizados pelos atos cometidos com negligência, que em seu turno, representa a ausência de cuidado razoável exigido, tratando-se, na verdade, da omissão da conduta esperada e recomendável.

É com essas premissas que o presente trabalho abordará se as decisões judiciais até agora proferidas têm a potencialidade efetiva de desestimular as diversas condutas lesivas aos direitos do adotando, bem como a contradição existente entre elas e as normas relativas aos direitos fundamentais, além de demonstrar a insuficiência de regulamentação do legislador no que se refere ao Estágio de Convivência, o que dificulta a solução de eventuais conflitos pelo Poder Judiciário.

## **1. O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA**

Desde os primórdios da humanidade, o homem e suas diversas relações afetivas são alvos de análise pelos ramos da ciência, instigando os filósofos e intelectuais a editarem inúmeras obras dedicadas integralmente a esta tão complexa temática, o que movimentou de forma radical todos os conceitos e valores até então arraigados.

No âmbito jurídico não ocorreu o inverso, e nem se poderia admitir tal hipótese, visto que o direito descende das relações humanas, que por se encontrarem em constante evolução impulsionam a manifestação do Estado, única forma de impedir a insegurança jurídica e o caos social.

Diante de tamanha instabilidade, já não se podia cogitar a existência de um ordenamento jurídico pautado no positivismo extremado, que passou lentamente a dar lugar às figuras de relativização das normas, abrindo espaço para a ponderação dos interesses

envolvidos, que garantem ao conceito de justiça o caráter amplo e irrestrito que já era defendido por Aristóteles no livro V de sua célebre obra *Ética a Nicômaco*.

Assim, o cunhar das leis passou a buscar a pacificação do convívio entre os homens, deixando de atender a interesses de classes específicas, para atender a uma coletividade, dado o intenso clamor popular originário das grandes revoluções.

Neste diapasão, os ordenamentos jurídicos começaram a se afastar do estigma da sujeição absoluta de deveres, que por anos vigorou incólume, para estabelecer solidamente seus pilares na própria essência do homem e na sua vida em sociedade, dando a ele o patamar de sujeito de direitos e obrigações.

Desta forma, o homem passou a ter direitos que até então eram restritos a determinadas classes ou simplesmente não existiam, abandonando o conceito arcaico de que o regramento jurídico é um exclusivo instrumento de punição, para enxergá-lo como um meio de defesa, que obriga não só aos particulares, mas também ao Estado, na medida do que a lei delineou, conhecendo, inclusive, normas que apenas descrevem valores, sem, contudo, terem criado obrigações, o que culminou na regulamentação dos direitos humanos e fundamentais, que norteiam todo o regramento jurídico moderno.

É desse ponto que partem as principais alterações da ótica legal, haja vista que apenas no limiar do século passado, o homem passou a ter consciência de seu papel na sociedade e dos instrumentos legais que dispunha para defender seus direitos e protestar por aqueles ainda não garantidos.

A breve síntese de como se operou a evolução da ordem jurídica e de como o homem galgou patamares até então inimagináveis, revela-se de extrema relevância para a compreensão das significativas alterações na legislação brasileira e para a demonstração da origem do direito da criança e do adolescente.

Com o Código de Menores do Brasil, mais conhecido como Código Mello Mattos, pode-se, assim dizer, que teve início à história da legislação especialmente destinada aos, até então denominados, “menores”.

Como o conceito anterior de menor predispunha uma idéia de situação irregular, pautada em normas que criminalizavam a infância dos mais necessitados e exigia ações estatais de combate à “delinqüência” - ainda que isto importasse em supressão de direitos -, a sociedade começou a delinear uma primitiva tutela da infância, que foi alvo de inúmeras discussões jurídicas, sociais, legislativas e até mesmo orçamentárias.

Apesar do Código Civil de 1916 dispor sobre alguns direitos intimamente ligados aos “menores”, este apenas consolidava os valores vigentes à época, posto que, como exemplo, garantia pátrio poder exclusivamente ao homem.

Além disso, o Digesto Civil de 1916 também diferenciava a filiação da adoção, principalmente, no que tangenciava ao reconhecimento da paternidade e aos direitos sucessórios; só permitindo a adoção por aqueles que não possuíam filhos, limitando o parentesco à relação adotante-adotado.

Mais uma vez, como remontam os fatos históricos desencadeadores da evolução social, o clamor popular teve papel fundamental para alteração dos ditames acima expostos, ainda que em patamar mínimo, já que advinham de uma política anterior de higienização das cidades, que visava o recolhimento dos menores das ruas para os abrigos, dando os contornos principais para a adoção da doutrina da situação irregular, abarcada pela entrada em vigor do Decreto 17.943-A<sup>1</sup>, o Código de Menores do Brasil.

O referido Decreto outorgava ao juiz o poder de decidir sobre a situação do menor, considerado um perigo social, dando-lhe amplos poderes para retirada de pátrio poder, mas prevendo algumas medidas protetivas e assistenciais, porém, sempre aliando o conceito de

---

<sup>1</sup> Decreto 17.943-A de 12/10/1927. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1910-1929/D17943A.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D17943A.htm). Acessado em: 30 julho. 2014.

carência a uma predisposição de delinquência, conceito este que acompanhou e discriminou os “menores” até 1990, quando da publicação do ECA, que regulamentou a norma constante da Constituição Federal de 1988.

Diante da desconsideração do vínculo familiar e afetivo do menor em detrimento de sua adequação social aos ditames estatais, novamente se buscou garantir contornos mais humanos a legislação, com a óbvia influência da Declaração Universal dos Direitos Humanos e da Declaração dos Direitos da Criança feita pelo ONU, que serão tratadas em capítulo próprio.

Neste diapasão, durante o período da ditadura militar foi publicado, em 1979, o novo Código de Menores, que adotou a doutrina da situação irregular como regra, o que não poderia ser diferente, dada a notória repressão e violação dos direitos de qualquer espécie, que se consolidou durante este período e que até hoje clamam por reparação.

A doutrina da situação irregular tinha como principal característica a rotulação dos menores que estavam sujeitos a incidência de suas regras, restringindo a sua aplicação a parte da população infanto-juvenil.

Durante a vigência da aludida doutrina, a atuação do juiz não se limitava propriamente a atividade judicante, mas competia-lhe, também, exercer atividades de ofício, com cunho meramente administrativo, desarrazoadamente relegadas pelo Estado, centralizando na pessoa do magistrado toda a atuação estatal no que concernia aos menores.

Assim, no atendimento local dos infantes, não havia atuação do município, apenas do Poder Judiciário, o que ressalta o conceito de delinquência atribuído aos sujeitos da doutrina da situação irregular, que exalava fundamentos assistencialistas e atribuía à legislação um caráter filantrópico.

Desta forma, ante as latentes modificações sociais ocorridas na época, não se podia mais admitir a adoção do círculo vicioso instaurado por uma legislação que buscava reprimir

consequências com base em parâmetros pré-definidos, sem, contudo, combater as causas de incidência da norma, através de políticas públicas.

A Organização das Nações Unidas, influenciada diretamente pelo período pós-guerra, publicou em 1959 a Declaração dos Direitos da Criança, o que representou um avanço na proteção da criança e do adolescente, garantindo em seus dispositivos uma série de direitos e impondo aos Estados o cumprimento do dever de assegurá-los.

Uma das considerações a serem feitas acerca da Declaração dos Direitos da Criança está em seu princípio 6º<sup>2</sup>, que passou a elevar a criança à condição peculiar de ser humano em desenvolvimento, um dos corolários da doutrina da proteção integral, alçando-os, então, ao patamar de sujeito de direitos.

Assim, o Tratado goza, ainda, de especial importância por consagrar os princípios basilares da doutrina da proteção integral, assegurando o direito da criança e do adolescente ao convívio familiar e o direito a prioridade absoluta<sup>3</sup>.

Desta forma, ao impor aos Estados a prática de políticas públicas tais como as que assegurem a educação e o melhor interesse do menor<sup>4</sup>, a Declaração dos Direitos da Criança

---

<sup>2</sup> Princípio 6º da Declaração dos Direitos da Criança: “Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-à, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material, salvo circunstâncias excepcionais, a criança da tenra idade não será apartada da mãe. À sociedade e às autoridades públicas caberá a obrigação de propiciar cuidados especiais às crianças sem família e aquelas que carecem de meios adequados de subsistência. É desejável a prestação de ajuda oficial e de outra natureza em prol da manutenção dos filhos de famílias numerosas.” Tal princípio revela de modo peculiar, o novo foco da proteção da criança e do adolescente, já que amplia a esfera de atuação do Poder Público e de toda a sociedade para alcançar direitos que não estão vinculados às questões patrimoniais, abandonando o binômio filho-propriedade, para adotar o binômio filho-responsabilidade.

<sup>3</sup> Princípio 8º da Declaração dos Direitos da Criança: “A criança figurará, em quaisquer circunstâncias, entre os primeiros a receber proteção e socorro.” Além de estabelecer regramento exposto acerca da prioridade absoluta, pode-se inferir de tal princípio, a significativa evolução dos paradigmas definidores do papel da criança no meio social, alçando-as ao topo da pirâmide de relevância social, retirando-se, por conseguinte, da escala de sujeição social.

<sup>4</sup> Princípio 7º da Declaração dos Direitos da Criança: “A criança terá direito a receber educação, que será gratuita e compulsória pelo menos no grau primário. Ser-lhe-á propiciada uma educação capaz de promover a sua cultura geral e capacitá-la a, em condições de iguais oportunidades, desenvolver as suas aptidões, sua capacidade de emitir juízo e seu senso de responsabilidade moral e social, e a tornar-se um membro útil da sociedade. Os melhores interesses da criança serão a diretriz a nortear os responsáveis pela sua educação e orientação; esta responsabilidade cabe, em primeiro lugar, aos pais. A criança terá ampla oportunidade para brincar e divertir-se, visando os propósitos mesmos da sua educação; a sociedade e as autoridades públicas empenhar-se-ão em promover o gozo deste direito.”

incentivou a normatização interna, até então precária no Brasil, influenciando de forma eficaz e significativa a redação da Constituição Federal de 1988.

A revolução de valores e conceitos trazida pela Declaração dos Direitos da Criança instigou a criação do microssistema<sup>5</sup> consubstanciado no Estatuto da Criança e do Adolescente, que reúne em seus dispositivos a tentativa de colocar em prática ações capazes de cumprir as determinações do referido tratado, disposições estas que serão objeto de estudo adiante.

A promulgação da Constituição Federal de 1988 representou uma revolução normativa, mas, acima de tudo, paradigmática, trazendo para o ordenamento jurídico brasileiro conceitos e regramentos próprios dos regimes jurídicos mais modernos, consolidando o Brasil como um dos países mais avançados em matéria de direitos infanto-juvenis.

Cumprindo ressaltar que, além das garantias fundamentais previstas no artigo 5º da Constituição Federal, que constituem cláusulas pétreas, a instauração da nova ordem constitucional adequou os diversos institutos jurídicos à realidade social.

Neste diapasão, a doutrina garantista da proteção integral da criança e do adolescente, rege-se de forma completamente oposta à doutrina da situação irregular anteriormente aplicada, o que resta inequívoco nos artigos 227<sup>6</sup> e 228<sup>7</sup>, da referida Carta Cidadã.

---

<sup>5</sup> TEPEDINO, Gustavo. *O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição*: premissas para uma reforma legislativa. Disponível em: [http://www.advogadobr.com/textos/direito\\_civil/biblioteca10.pdf](http://www.advogadobr.com/textos/direito_civil/biblioteca10.pdf). Acessado em: 30 julho. 2014.

<sup>6</sup>Artigo 227 da CRFB: “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 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 todas as formas de discriminação.

As normas constantes dos aludidos dispositivos superaram, ainda, a criticada diferenciação entre a adoção e a filiação, deferindo idênticos direitos e qualificações aos filhos<sup>8</sup>, vedando qualquer discriminação entre eles, o que concedeu ao instituto da adoção a relevância jurídica que se esperava de uma Constituição atual e preocupada com o número excessivo de crianças e adolescentes à espera de uma família.

Ademais, o tratamento igualitário entre o filho biológico e aquele havido em um processo de adoção, integra o adotado ao conceito de família e ressalta o caráter, há muito defendido, de que a filiação decorre da convivência diária e não da consanguinidade, exortando o papel de ser pai ou mãe.

Sobre este aspecto, cumpre ressaltar que qualquer que seja a origem da filiação, esta deve se reger pelos parâmetros da legalidade e da afetividade, ante a necessidade do filho de

§ 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.”

<sup>7</sup> Artigo 228 da CRFB: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.”

<sup>8</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9.ed.São Paulo:Revista dos Tribunais, 2013.p.471.

ter sua paternidade reconhecida pela ordem jurídica e do tratamento que a ele deve ser dispensado, sempre com amor, carinho, respeito e dignidade<sup>9</sup>.

Diante do acima traçado, a publicação do Estatuto da Criança e do Adolescente, trouxe uma significativa alteração ao excluir a expressão “menor”, estigmatizada pelo quadro social das legislações anteriores, adaptando-se às regras contidas na Constituição Federal, redigida nos termos dos Pactos Internacionais ratificados pelo Brasil.

Assim, com o advento do novo microsistema, rompeu-se a ideologia do assistencialismo e da institucionalização, que privilegiava o interesse dos adultos, de forma a ressaltar o caráter prioritário dos infantes, bem como a busca pelo melhor interesse da criança e do adolescente.

As disposições preliminares do Estatuto da Criança e do Adolescente, apesar de conterem apenas seis artigos, gozam de extrema relevância para interpretação e compreensão de todas as normas do próprio Estatuto e das demais leis que juntas compõem o ordenamento jurídico brasileiro.

O artigo primeiro da Lei 8.069/90 que, a princípio, possui uma redação sucinta, responde de imediato a uma orientação da nova ordem constitucional, dando os contornos da nova política de atendimento a criança e ao adolescente.

A política de atendimento pautada na doutrina da proteção integral devolve ao infante a titularidade de seus próprios direitos, ou seja, pode parecer que se está diante de uma latente redundância, mas a doutrina da situação irregular mantinha sob a manipulação dos adultos os direitos que pertenciam às crianças e aos adolescentes, gerando nos pais o conceito errôneo de que os filhos representavam partes de seu patrimônio, sujeitos a sua liberalidade.

Em seu artigo segundo<sup>10</sup>, o Estatuto traz a definição de quem são as crianças e os adolescentes sujeitos a incidência da norma, dirimindo em seu parágrafo único algumas

---

<sup>9</sup> OLIVEIRA, Elson Gonçalves de. *Adoção: uma porta para a vida*. Campinas: Servanda, 2010. p.48.

questões controvertidas relacionadas a outros ramos do direito, como exemplo, podemos ressaltar aquelas relativas à previdência social e a excepcional aplicabilidade da Lei àqueles que são maiores de 18 anos.

No que tange à temática dos direitos fundamentais relativos à criança e ao adolescente, relevante inovação, traz o artigo terceiro da Lei 8.069/90, ao corroborar as disposições do artigo 5º da Constituição Federal, de onde se depreende, inclusive, que as normas do Estatuto se aplicam não só ao direito material propriamente dito, mas também ao direito processual em geral.

O capítulo em comento estabelece, ainda, a solidariedade dos entes públicos no que tocam as garantias fundamentais inerentes à criança e ao adolescente, ressaltando, inclusive, o dever da família e da sociedade de contribuir e zelar pela segurança das prerrogativas prioritárias, referentes à manutenção da vida, da saúde, da alimentação, da educação, do direito a prática de esporte, do lazer, da profissionalização, da cultura, da dignidade, do respeito, da liberdade e da convivência familiar e comunitária dos mesmos.

Assim, pela simples leitura do acima exposto, pode-se destacar que, de início, a preocupação principal do legislador não foi só a de adequar a legislação aos ditames constitucionais, e, sim, a de por fim a toda uma era de sujeição das crianças e adolescentes à intervenção estatal, para reforçar a idéia preconizada na Lei Maior, de supremacia dos direitos fundamentais, sejam eles de qualquer natureza.

## **2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA ORDEM JURÍDICA**

---

<sup>10</sup> Art. 2º da Lei 8.069/90. Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.  
Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade

A Constituição de 1988, como grande marco no Direito Brasileiro, apresentou uma nova sistemática, trazendo em seu bojo os conceitos fundamentais do Direito Civil, instituindo o que hoje se conhece como “Constitucionalização do Direito Civil”.

Para que se possa entender a importância dessa inovação constitucional e como ela se processa no mundo jurídico, é preciso que se estabeleça um conceito simples do que é o Direito Civil.

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves, o Direito Civil é o direito que disciplina a vida das pessoas desde a concepção – e mesmo antes dela, quando permite que se contemple a prole eventual (CC, Artigo 1.799, inciso I) e confere relevância ao embrião excedentário (CC, Artigo 1.597, inciso IV) - até a morte, e ainda depois dela.<sup>11</sup>

Assim, já no artigo 1º da Constituição Federal de 1988, temos o princípio basilar da Dignidade da Pessoa Humana, que cerceia todo o ordenamento jurídico vigente, influenciando visivelmente a redação do Código Civil de 2002, que em seu artigo inaugural já introduz a concepção de pessoa, ente dotado de personalidade<sup>12</sup>, em substituição ao conceito de homem, sujeito em abstrato, difundido por todo o Código Civil de 1916.

Neste diapasão, a constitucionalização do Direito Civil representa o perfeito e lógico encadeamento do Direito Público com o Direito Privado, estendendo as garantias da pessoa por todo o ordenamento jurídico. Como um dos diversos exemplos disso, temos o Capítulo II do Código Civil de 2002, inteiramente dedicado aos direitos irrenunciáveis e intransmissíveis<sup>13</sup> da personalidade, matéria esta não tratada no Digesto Civil de 1916.

Desta forma, resta inequívoca a intenção do legislador constituinte de estabelecer a convergência entre o Direito Constitucional e o Direito Civil, única forma de bem resguardar os direitos fundamentais.

---

<sup>11</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. v.I.* São Paulo: Saraiva, 2009, p.14.

<sup>12</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Código Civil Comentado.* São Paulo: RT, 2009, p.256.

<sup>13</sup> Art. 11 da Lei 10.406/2002. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

A sociedade moderna encontra-se em constante evolução, razão pela qual a Lei Fundamental deve abranger o maior número de situações jurídicas a fim de disciplinar as relações sociais. Com essa constante mutação do quadro social, pode-se perceber a necessidade de constante adequação do texto constitucional à realidade que ele pretende ordenar.

Dessa forma, visando a dar um caráter amplo e atual ao texto constitucional, surgiu o que a doutrina moderna chamou de interpretação conforme a Constituição, que, em apertada síntese, significa dar ao texto constitucional o status de fôrma para a elaboração e aplicação das normas jurídicas, bem como para solucionar eventuais conflitos normativos, preenchendo lacunas eventualmente existentes, através da otimização das normas constitucionais.<sup>14</sup>

Destarte, a interpretação conforme a Constituição é inequivocamente uma interpretação da lei segundo os ditames fundamentais da Constituição, limitando-se a atividade de interpretação ao alcance da norma que melhor reflete, em última análise, os anseios do texto constitucional.

Desta maneira, a aplicação da interpretação conforme a constituição vem sendo difundida no âmbito de nossos Tribunais Superiores, como se pode conferir no julgado abaixo colacionado, emanado do Supremo Tribunal Federal, que solucionou a celeuma jurídica referente à união homoafetiva, onde se encontravam em contraponto direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. Confira-se:

ADPF 132 / RJ - RIO DE JANEIRO  
ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL  
Relator(a): Min. AYRES BRITTO  
Julgamento: 05/05/2011 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Ementa: 1.  
ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL  
(ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE  
REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE  
INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU  
RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO.  
CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA  
ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos

---

<sup>14</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005. p.275.

da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA.. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva<sup>15</sup>.

Percebe-se, nessa decisão supra, que o Supremo Tribunal Federal desafiado pelo contraponto existente entre a dignidade da pessoa humana e o conceito de família, utilizou-se da interpretação conforme a constituição para, atendendo aos anseios de grande parte da sociedade, firmar o entendimento de que a Constituição Federal não limita o conceito de família aos casais heteroafetivos, chancelando a prevalência dos direitos fundamentais.

---

<sup>15</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 132. Relator: Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2598238>>. Acesso em: 30 julho. 2014.

### 3. O ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA NO PROCESSO DE ADOÇÃO

Apesar das disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente e das recentes alterações trazidas pela Lei 12.010/2009, o processo de adoção não é padronizado em todo o Brasil, e nem poderia ser diferente, dada as extremas peculiaridades de cada região do país.

O processo de adoção brasileiro anterior as modificações da Lei 12.010, não atendia as finalidades que eram esperadas, a maioria esmagadora dos adotandos permanecia nos abrigos por tempo muito superior a cinco anos, acabando por ter o abrigo como única referência de lar, fazendo das demais crianças e dos funcionários, seus familiares.

Na tentativa de tornar o processo de adoção mais célere foi editada a Lei 12.010 de 2009, que alterou dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente e, também, da Consolidação das Leis Trabalhistas.

Assim, apesar da Lei buscar atender o princípio do melhor interesse do menor, ao determinar que a criança ou adolescente deva permanecer por, no máximo, dois anos institucionalizada, não prevê medidas que assegurem a concretização de tal norma, utilizando-se o legislador de saída pouco eficaz, ao recomendar a colocação dos infantes em família substituta.

A Lei, por razões óbvias, não atende ao fim procurado pelo legislador, pois já que o processo de adoção visa transformar a criança e o adolescente em membro da família<sup>16</sup>, a colocação destes em família substituta gera a falsa noção de uma “adoção irregular” (visto tratar-se de guarda provisória), não só nos tutelados, mas também nas famílias que os recebem, o que revela certa inocência do legislador neste ponto.

---

<sup>16</sup> BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos práticos e teóricos*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009. 2 ed, p.171.

Desta forma, ao procurar garantir o direito à convivência familiar, a Lei acaba por submeter os tutelados, em quase todos os casos, a uma nova experiência de destruição de laços já consolidados.

A delegação da guarda e proteção do menor a uma família substituta, sem que esta tenha sido previamente preparada para o caráter provisório da guarda, repele a natureza jurídica do instituto, que é de medida de proteção, tornando-se, ainda mais cruel, quando se percebe que não há na família substituta ou nos chamados pais sociais, a menor intenção de permanecer com a criança ou adolescente.

O detentor de fato da criança e do adolescente, expressão esta que se utiliza no sentido de autoridade, possui a maioria dos direitos inerentes a um genitor, assumindo na esfera do tutelado uma efetiva posição de família, já que a guarda é inerente ao poder familiar. Tal sentimento, contudo, não se desconstrói, simplesmente, com a restituição deste ao abrigo de onde foi retirado, o que revela uma crueldade intrínseca ao instituto.

Traçadas as considerações iniciais, cumpre lembrar que o processo de adoção é um ato jurídico bilateral, que gera laços de paternidade e filiação entre pessoas para as quais tal relação inexiste naturalmente<sup>17</sup>.

É inegável que a adoção confere ao filho o parentesco civil (conceito este que será abordado em capítulo próprio), retirando a criança do estado de abandono para garantir-lhe o direito à convivência familiar, contudo, a busca desarrazoada por uma família, como política de esvaziamento dos abrigos, dada a falta de estrutura dos municípios, vem causando sérias lesões aos direitos da personalidade dos adotandos.

Muito já foi dito acerca da preocupação do legislador com a celeridade do processo de adoção, para tal, foi criado o Cadastro de Adoção, que, aparentemente, facilita a compatibilidade entre o adotante e o adotando, já que no Brasil a idéia de adoção, parece não

---

<sup>17</sup> WALD, Arnaldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: RT, 1991, p.183.

ter cunho de solidariedade ou de reintegração social, já que os adotantes desejam, na maioria dos casos, adotando recém-nascidos, de pele branca, com perfeito estado de saúde, esvaziando a possibilidade da adoção tardia.

Enquanto nos países da Europa se percebe um caráter eminentemente social da adoção, havendo um número bem superior de adoções tardias, no Brasil tal prática é incomum.

Um exemplo claro da diferença do conceito de adoção arraigado no Brasil e do enraizado na maioria dos países da Europa, é o já mencionado perfil das crianças desejadas pelos adotantes. Enquanto no Brasil há uma busca pela criança com maior identidade possível de características físicas, na Europa pode-se perceber exatamente o contrário, por razões óbvias, já que nestes países não há uma preocupação em esconder da criança e da sociedade a condição de adotada que esta ostenta, demonstrando-se, desde logo, o caráter sombrio que acompanha a ideia de adoção no Brasil.

Assim, diante da necessidade de atender o maior número de crianças e adolescentes possível, os requisitos legais do processo de adoção estão sendo cada dia mais abrandados de modo a se encaixarem no perfil dos adotantes brasileiros, desconsiderando, por via de consequência, o melhor interesse do menor, que de forma não intencional motiva o presente trabalho.

O que se pode esperar de tal conduta estatal é uma nova frustração dos jurisdicionados em face da ineficácia da nova Lei do processo de adoção, em especial, no que toca ao Estágio de convivência, que é minimamente regulado, dando margem a uma série de questões que instigam os profissionais da área, que, contudo, não tem se arriscado a tecer muitos comentários sobre o tema, deixando os adotandos a revelia dos adotantes, o que viola a Constituição Federal de forma frontal e direta.

#### **4. A DEVOLUÇÃO DO MENOR ADAPTADO: FRUSTRAÇÃO PELO REABANDONO**

O instituto da adoção motiva muitas pessoas a buscarem os lares e institutos que abrigam crianças e adolescentes de todas as idades e raças para concretizar seu sonho de constituir uma família. Como toda regra pode comportar uma exceção, com a adoção não é diferente.

Ao longo dos anos, tem-se verificado que muitas pessoas buscam nas crianças abrigadas a figura ideal construída ao longo de toda uma vida, o rosto que se encaixa de modo pleno naquele que teria o filho biológico que, por diversas razões, nunca foi concebido. Na maioria das vezes essa procura não é prejudicial e a adoção cumpre seu papel fundamental na realização pessoal de muitos pais e de muitos filhos, que deixam para trás a marca da frustração e do abandono e passam a substituí-la pela marca do amor.

Conforme já oportunamente mencionado, o legislador avançou severamente na busca pela maior proteção do adotando, alterando sucessivamente as normas reguladoras do processo de adoção. Contudo, nenhuma norma é capaz de prever aquilo que o íntimo do ser humano reserva, como exemplo disso, temos o longo processo de avaliação social e psicológica, que pretende determinar a capacidade do adotante de acolher no seio de sua família uma criança ou um adolescente. Tal processo, na maioria das vezes, é eficaz e consegue filtrar os chamados perfis incompatíveis com a adoção, pessoas que acreditam ter as condições necessárias a suportar o ônus decorrente do poder familiar, mas que só se concentraram no lado positivo de se ter um filho.

A obra do psicanalista Freud sugere que o amor parental nada mais é do que um retorno e reprodução do narcisismo dos pais, que colocam o filho no lugar de "Sua Majestade,

o Bebê", procurando, através da valorização afetiva da criança, resgatar seu próprio narcisismo infantil perdido.<sup>18</sup>

A problemática se dá quando a figura do filho construída ao longo da vida se choca com a realidade da criança adotada, que passa a ser vista como mercadoria em uma prateleira e, não, como um ser humano sujeito de direitos, olvidando-se os adotantes de que, o filho biológico possui a mesma probabilidade de possuir distúrbios psicológicos, doenças, personalidades fortes, que o filho adotado, não havendo, naquela hipótese, possibilidade de devolução.

A criança adotada, na maioria das vezes, já possui em seu íntimo o estigma do abandono, o que não se pode permitir é que este estigma seja repassado e revivido, devendo o adotante responder em caso de devolução da criança por inadaptação, quando esta deriva de sua irresponsabilidade.

Os danos psíquicos a criança e ao adolescente que derivam do reabandono são, ainda mais, catastróficos que aqueles originados pelo abandono dos pais biológicos, uma vez que sedimentam uma imagem já construída de rejeição, inadequação e de infelicidade e não podem passar despercebidos pelo Poder Judiciário, que vem solidificando entendimento no sentido de não haver responsabilidade civil do adotante pela devolução do adotando durante o estágio de convivência.

Daí a importância de se definir qual a natureza jurídica do Estágio de Convivência, vez que ao se considera-lo como direito instituído em favor dos adotantes, opta-se por suplantiar todas as garantias instituídas por lei à criança e ao adolescente.

A jurisprudência vem caminhando no sentido de responsabilizar os adotantes pela devolução do menor adaptado, quando esta deriva de motivo fútil, como no caso amplamente

---

<sup>18</sup> ZORNIG, Sílvia Maria Abu Jamra. *Tornar-se pai, tornar-se mãe: o processo de construção da parentalidade*. Disponível em [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-48382010000200010](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-48382010000200010). Acessado em: 30 julho. 2014.

divulgado pela mídia nacional da decisão da 1ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que condenou um casal da cidade de Gaspar, localizada no Vale do Itajaí, pela devolução, seis anos após a adoção, de um dos seus filhos adotivos, determinando a perda da guarda das duas crianças e também o pagamento de oitenta mil reais, a serem divididos entre os dois irmãos, a título de danos morais.<sup>19</sup>

A psicóloga Maria Luiza Ghirardi<sup>20</sup> assevera que o Poder Judiciário, ao dar à devolução um tratamento análogo aos procedimentos judiciais para situações de abandono, minimiza a importância da reincidência presente e, portanto, as consequências advindas dessa medida para a criança devolvida. Além disso, a abertura existente na lei que permite a “restituição” da criança durante o estágio de convivência reflete a possibilidade de a relação afetiva por adoção sofrer vicissitudes e retrocessos.

Assim, mostra-se relevante o acompanhamento das futuras decisões judiciais, em casos análogos, para que se possa determinar se a evolução da legislação referente ao tema repercutirá positivamente no sucesso das adoções realizadas, tendo-se em mente, sempre, o melhor interesse da criança e do adolescente.

## CONCLUSÃO

O estudo do histórico da legislação atinente à criança e ao adolescente demonstra a preocupação do legislador em, cada vez mais, ampliar a gama de direitos que lhe são próprios, suplantando a ideia de coisa ou patrimônio que por muito tempo vigorou em nosso ordenamento jurídico, no que se refere à filiação.

---

<sup>19</sup> Disponível em: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/09/casal-tenta-devolver-um-dos-filhos-adotivos-seis-anos-depois-em-sc.html>. Acessado em: 17 maio.2014.

<sup>20</sup> GHIRARDI, Maria Luiza. *A devolução de crianças e adolescentes adotivos sob a ótica psicanalítica: reedição de histórias de abandono*. Disponível em: [http://www.moreirajr.com.br/revistas.asp?fase=r003&id\\_materia=3988](http://www.moreirajr.com.br/revistas.asp?fase=r003&id_materia=3988). Acessado em: 17 maio.2014.

Tal fato se torna relevante, quando se percebe que um determinado direito do adotando vem sendo suplantado, tendo por base uma aparente licitude da conduta daquele que deve ao menor o dever de zelo e cuidado.

O estágio de convivência não pode ser encarado como direito do adotante, vez que ao enganar uma criança, prometendo-lhe um verdadeiro lar, alterando-se seu nome e sua realidade, para, posteriormente e a seu bel prazer, “devolve-la” ao abrigo de onde foi retirada, sem qualquer justificativa plausível, o requerente extrapola os limites da boa-fé e causa intenso e irreversível sofrimento à criança, devendo tais danos serem reparados por alimentos ressarcitórios, que cuidarão de oportunizar tratamento e condição digna de vida a um ser que goza de prioridade absoluta em nosso ordenamento jurídico.

Além dos alimentos ressarcitórios há que se falar também na condenação pelos danos morais causados, já que o agravamento voluntário e negligente do sofrimento da criança, por conduta leviana e descomedida, caracteriza abuso de direito, que não pode ser chancelado pelo Poder Judiciário.

São questões, como se vê, extremamente polêmicas, contudo, não se pode permitir que o estágio de convivência sirva de justificativa legítima para constante violação aos direitos das Crianças e dos Adolescentes, especialmente, àqueles já marcados pelo estigmatizado abandono.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:**

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos práticos e teóricos*. 2 ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009, p.171.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 132. Relator: Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2598238>>. Acesso em: 30 julho. 2014.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.p.471.

GHIRARDI, Maria Luiza. *A devolução de crianças e adolescentes adotivos sob a ótica psicanalítica: reedição de histórias de abandono*. Disponível em: [http://www.moreirajr.com.br/revistas.asp?fase=r003&id\\_materia=3988](http://www.moreirajr.com.br/revistas.asp?fase=r003&id_materia=3988). Acessado em: 17 maio.2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. V. I*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.14.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.275.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Código Civil Comentado*. São Paulo: RT, 2009, p.256.

OLIVEIRA, Elson Gonçalves de. *Adoção: uma porta para a vida*. Campinas: Servanda, 2010. p.48.

TEPEDINO, Gustavo. *O Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa*. Disponível em: [http://www.advogadobr.com/textos/direito\\_civil/biblioteca10.pdf](http://www.advogadobr.com/textos/direito_civil/biblioteca10.pdf). Acessado em: 17 maio. 2014.

WALD, Arnaldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: RT, 1991, p.183.

ZORNIG, Sílvia Maria Abu Jamra. *Tornar-se pai, tornar-se mãe: o processo de construção da parentalidade*. Disponível em [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-48382010000200010](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-48382010000200010). Acessado em: 17 maio. 2014.