



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Da Possibilidade de Dano Moral em caso de Devolução da Criança e do Adolescente Durante o
Processo de Adoção analisado conjuntamente com as Limitações da Menoridade Civil

MARIA EDUARDA DA FONSECA PASSOS BITTENCOURT

Rio de Janeiro

2016

MARIA EDUARDA DA FONSECA PASSOS BITTENCOURT

**Da Possibilidade de Dano Moral em caso de devolução da Criança e do Adolescente
Durante o Processo de Adoção analisado conjuntamente com as Limitações da Menoridade
Civil**

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica Areal
Néli Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior
Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro
2016

DA POSSIBILIDADE DE DANO MORAL EM CASO DE DEVOUÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE DURANTE O PROCESSO DE ADOÇÃO ANALISADO CONJUNTAMENTE COM AS LIMITAÇÕES DA MENORIDADE CIVIL

Maria Eduarda da Fonseca Passos Bittencourt

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogada. Pós-graduanda pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (Emerj)

Resumo: Não é incomum na realidade brasileira a “devolução” de crianças e adolescentes durante o processo de adoção. Essa situação pode acarretar danos de natureza moral para as crianças e adolescentes que experimentem esse dissabor, motivo pelo qual se sustenta a possibilidade de ajuizamento de ação indenizatória à título de danos morais. Entretanto, já que existem incapazes envolvidos, o presente trabalho pretende não só analisar a possibilidade do reconhecimento da indenização via judicial, mas também questões relevantes sobre o tema que tangenciam a situação da menoridade que os pretendentes a adoção vivenciam. Dessa forma, será abordado o tema sobre a legitimidade para o ajuizamento da ação, assim como quem deverá ser considerado responsável para gerir o patrimônio que poderá resultar de uma ação indenizatória. Portanto, essência do trabalho visa abordar a possibilidade de obtenção de indenização quando ocorrer a “devolução” de crianças e adolescentes durante o processo de adoção, e demonstrar que a menoridade e incapacidade dos pretendentes à adoção não podem impedir seu acesso à justiça.

Palavras-chave: Direito Civil. Direito Processual Civil. Dano Moral. Adoção. Responsabilidade Extrajudicial.

Sumário: Introdução. 1. Da Legitimidade Extraordinária. 2. Possibilidade de Dano Moral e Material quando o Menor é Devolvido. 3. Da Responsabilidade pela Gestão Patrimônio do Menor. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica trata sobre a possibilidade de concessão de danos morais em casos de devolução de criança e adolescente em processo de adoção, assim como a discussão sobre quem possui a legitimidade para propor a ação, considerando ser a criança e adolescente incapazes, assim como sobre a gestão do patrimônio do menor, em hipótese de procedência do

pedido da ação. Procura-se demonstrar a frágil situação a que aqueles devolvidos em processo de adoção passam, sendo substancial que o Poder Judiciário tutele seus direitos.

Com este objetivo, serão apresentadas visões doutrinárias e jurisprudenciais que analisem o tema, refletindo se a situação de devolução ensejada pelo pretendente de realizar a adoção é capaz de gerar a indenização por danos morais à luz do sentido assinalado pelo princípio da proteção integral da criança e do adolescente.

Para que o tema seja bem analisado, busca-se apresentar a situação em que as crianças e adolescentes à espera de uma adoção se encontram. Até estarem disponíveis para a adoção, já sofreram com a rejeição ou a falta de condições da família biológica para sua criação. Busca-se demonstrar os males que isso pode trazer à criança e ao adolescente, sendo necessário a posterior indenização por danos morais pelos sofrimentos causados, que inclusive, tem o caráter pedagógico de incitar os “pais” a não repetirem a situação.

No primeiro capítulo, será analisado a legitimidade para ajuizar a ação de indenização, já que a criança e adolescente são menores de idade e deverão ser representados, cabendo estabelecer qual órgão possui a legitimidade extraordinária para fazê-lo, a Defensoria Pública ou o Ministério Público.

No segundo capítulo será discutido a possibilidade de dano moral e material em caso de devolução de criança e adolescente em processo de adoção, expondo os argumentos que sustentam pela possibilidade.

Conclui-se avaliando quem deverá gerir o patrimônio da criança e do adolescente se for considerado procedente o pedido de indenização, avaliando uma solução condizente com o fato de que os menores estão sob a tutela do Estado.

O trabalho foca principalmente na condição de incapazes e abandono que às crianças e adolescentes sustentam. Considera-se que em muitos dos casos, as crianças são rejeitadas pelas suas famílias biológicas, e ficam sob a tutela do Estado, que não possui aparatos o suficiente para garantir melhores condições à criança. Os cuidados com a criança e o adolescente não são só obrigação da família, mas também da sociedade e do Poder Público. Portanto, o objetivo do trabalho é analisar também o empenho judicial para garantir os direitos das crianças e dos adolescentes frente a uma situação devolução durante o processo de adoção.

A pesquisa utilizará a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva, qualitativa e parcialmente exploratória, já que possui como fonte legislação, jurisprudência e doutrina.

1. LEGITIMIDADE EXTRAORDINÁRIA PARA PROPOSITURA DA AÇÃO INDENIZATÓRIA

O artigo 40 do Estatuto da Criança e do Adolescente¹ prevê que o adotando deve estar com no máximo 18 anos quando é requerida a adoção, ressalvados os casos em que já esteja sob guarda ou tutela. Dessa forma, conclui-se que os adotandos, em sua grande maioria estão em idade inferior aos 18 anos, sendo então considerados incapazes.

Os indivíduos que possuem a capacidade de direito, mas que ainda não adquiriram a capacidade de fato, são definidos pela lei como incapazes. Por portarem essa condição, a lei os impede de realizar certos atos, visando a sua proteção, exigindo que os mesmos sejam representados.² A incapacidade é classificada pelo Código Civil como absoluta ou relativa.

¹ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 13/10/2015.

² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 110.

Aqueles que são menores de 16 anos são considerados absolutamente incapazes, enquanto que os maiores de 16 anos e menores de 18 anos, são definidos como relativamente incapazes, na forma do artigo 3º e 4º do Código Civil³, respectivamente.

Por sua condição de incapazes, necessitam de quem os represente em juízo, quando da propositura da ação indenizatória. Entretanto, não é incomum que a criança e adolescente que se encontre em uma situação ensejadora de uma ação de indenização à título de dano moral por devolução durante processo de adoção, não possua a assistência necessária para ajuizar a ação. Por isso é importante considerar outros legitimados que também seriam considerados legítimos para ingressar com a ação, além do menor representado.

No caso seriam os legitimados extraordinários para propor a ação indenizatória. Legitimados extraordinários são aqueles que ingressam em juízo para, em nome próprio, defender direito alheio, na forma do artigo 18 do Código de Processo Civil de 2015.⁴

Primordialmente, será analisada a legitimidade para o Ministério Público ingressar com a ação.

Na Constituição Federal, o artigo 127⁵ traz para o Ministério Público a hipótese de “substituição processual geral”, que satisfaz o requisito de necessidade de autorização legal para a legitimação extraordinária.⁶

³ BRASIL. Código Civil. Lei n.10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 20/04/2016.

⁴ BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 20/04/2016.

⁵ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 13/10/2015.

⁶ GODINHO, Robson Renault. *O Ministério Público como substituto processual*. Disponível em: <http://www.amperj.org.br/artigos/view.asp?ID=93>. Acesso em: 13/10/2015.

O artigo 201, VIII do ECA⁷ é mais claro, ao determinar expressamente que compete ao Ministério Público zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias asseguradas as crianças e adolescentes, promovendo as medidas judiciais cabíveis. Pela interpretação do artigo, conclui-se que cabe ao *Parquet* a aplicação de medidas judiciais que busquem a proteção dos direitos das crianças e adolescentes.

A lei então prevê que o Ministério Público aja como substituto processual na defesa dos direitos e garantias previstos para crianças e adolescentes. Portanto, em situações que ensejem a propositura de ações indenizatórias de dano moral que envolvam menores que devam ser representados, pode agir o *Parquet* na defesa dos interesses desses, visto que a lei alcança esta hipótese. Inquestionável, portanto, é a possibilidade do Ministério Público ingressar com a ação indenizatória, não podendo se sustentar o mesmo quanto a Defensoria Pública.

O artigo 72, I do Código de Processo Civil⁸, prevê que o juiz deverá determinar a nomeação de curador especial no caso de incapaz que não possua representante legal. O artigo 4º. XVI da Lei Complementar 80/94⁹ prevê que a Defensoria Pública age como curadora especial nos casos previstos em lei. Esses dois artigos combinados concedem, em tese, a Defensoria Pública a possibilidade de ingressar com ações que busquem a tutela daquele que não possuam representação legal, mas tenham a necessidade de amparo jurisdicional.

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento que a Defensoria Pública não pode atuar quando o Ministério Público já atue ou tenha atuado no feito

⁷ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 13/10/2015.

⁸ BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso: 13/10/2015.

⁹ BRASIL. Lei Complementar 80 de 12 de janeiro de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp80.htm. Acesso em: 13/10/2015.

resguardando interesse do menor. Inclusive, no julgamento do AgRg no REsp 1.309.042/ RJ, o Tribunal entendeu que a atuação da Curadoria Especial da Defensoria Pública somente seria legítima nos casos previstos no ECA nas situações em que fosse convocada a atuar pelo Juízo da Vara de Infância e Juventude.¹⁰

No acórdão também é sustentado o entendimento de que a Defensoria Pública não pode atuar como curadora especial, e conseqüentemente como substituta processual. Mesmo sendo legítima para orientar juridicamente e defender os necessitados, englobando as crianças e adolescentes, como não há previsão legal para que o órgão aja como legitimado extraordinário, não caberia a Defensoria Pública atuar desta forma.¹¹

No voto do REsp 1296155/RJ¹², o Ministro Relator Luis Felipe Salomão ao analisar a atuação da Defensoria Pública como curadora especial em casos que envolvem interesse de menor, expôs o seguinte:

Não há previsão legal, por outro lado, para intervenção obrigatória da Defensoria Pública como curadora especial, sob a invocação do disposto nos arts. 9º, I, do CPC, e 148, parágrafo único, letra “f”, do Estatuto da Criança e do Adolescente, como ocorreu no caso dos autos. Embora a Lei Complementar n. 80/1994 estipule ser função institucional da Defensoria Pública exercer a curadoria especial nos casos previstos em lei, não é possível à instituição ser nomeada como curadora especial em processo instaurado de ofício por ela, em que não é parte criança ou adolescente. A curadoria especial objetiva suprir incapacidade do menor para manifestação de vontade em juízo, e não a proteção de menor destinatário da decisão judicial.

O julgado mencionado não tratava da hipótese de ação indenizatória de dano moral em caso de devolução de menor e adolescente durante processo de adoção, tema desse artigo.

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ag Rg no REsp 1.309.042/ RJ. Relator: Ministro Marco Aurélio Belizze. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1431250&num_registro=201200291956&data=20150904&formato=PDF. Acesso em: 14/10/2015.

¹¹ No mesmo sentido, REsp 1296155/RJ e AgRg no REsp 1416820/RJ.

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ag Rg no REsp 1296155/ RJ. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29138340&num_registro=201102880742&data=20140320&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 14/10/2015.

Entretanto, no caso, havia interesse de menor, o que faz com que o acórdão seja aplicável ao tema.

Conclui-se que a Defensoria não poderia atuar como legitimada extraordinária quando houver interesse de menor, ingressando com a ação em nome de criança e adolescente em busca da tutela de seus direitos. Pelas decisões do STJ, somente poderia se vislumbrar a atuação da Curadoria Especial da Defensoria Pública quando a ação já estivesse ajuizada, em um contexto em que o juiz da Vara de Infância e Juventude convocasse o órgão a intervir como curador especial.

Dessa forma, o é legitimado para proteger os interesses das crianças e adolescentes, mais especificadamente, para ingressar com ação indenizatória, o Ministério Público, pelos motivos citados acima.

A discussão travada é sobre quem possui a legitimidade extraordinária para acionar o judiciário, em uma hipótese de ação que tutelasse o direito dos menores de receber uma reparação pelos danos causados a esses. Porém, é importante frisar que o menor ou adolescente que pretende buscar qualquer tipo de tutela jurisdicional por direito que entenda ser seu, mas que foi lesionado ou negado, tem legitimidade ordinária para fazê-lo. A lei somente requer que o menor, neste caso, esteja devidamente representado, como preceitua o artigo 115 do Código Civil¹³.

2. DA POSSIBILIDADE DE DANO MORAL E MATERIAL EM CASO DE DEVOLUÇÃO DE CRIANÇA E ADOLESCENTE DURANTE PROCESSO DE ADOÇÃO

¹³ BRASIL. Código Civil. Lei n.10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 13/10/2015.

A adoção é um processo complexo regido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90)¹⁴ e pela Lei n.12.010/09¹⁵. Os pais, após serem habilitados no Cadastro Nacional de Adoção, aguardam na fila até que apareça uma criança compatível com o que buscam. Aparecendo uma criança que se adeque ao perfil que os pretendentes buscam, deve ser marcado um dia para que os mesmos busquem o infante. Se a criança e os interessados na adoção tiverem boa relação, inicia-se o estágio de convivência. Deve-se, então, ajuizar uma ação de adoção, na qual é concedida a guarda provisória para o adotante. A constituição do vínculo entre o adotado e o adotante se dá por sentença judicial. Depois que da sentença judicial, autorizando a adoção, ela se torna irreversível.¹⁶

Não é incomum na realidade brasileira que, durante a fase da guarda provisória, haja a devolução da criança ou adolescente para o abrigo.

Indubitável que nesses casos, os pais não estejam avaliando corretamente o perigo e sofrimento a que expõe o pretense adotado. As crianças e adolescentes que estão à disposição para adoção estão em uma situação de dor, já que não convivem mais com sua família biológica ou nunca conviveram. Quando o menor encontra um casal que o leva para sua casa, iniciando o processo de guarda provisória ou mesmo da adoção definitiva, começa a construir na criança uma esperança de enfim constituir uma família. Necessário ressaltar que se trata de um ser humano, com todos os direitos e garantias que a Constituição Federal concede, principalmente por ser criança.

Portanto, o mal que os pretensos pais geram com a devolução do menor acaba por abalá-lo psicologicamente e emocionalmente de uma certa forma que inclusive pode prejudicar suas

¹⁴ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 28/02/2016.

¹⁵ BRASIL. Lei n. 12.010 de 3 de agosto de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm. Acesso em: 28/02/2016.

¹⁶DUPRET, Cristiane. *Direito da Criança e do Adolescente*. 3 ed. Belo Horizonte: Livramento, 2015, p. 91.

relações futuras. Por isso, necessário é que haja algum tipo de reparação, quando devidamente comprovado que o menor sofreu abalos que lesionem seu psicológico e emocional.

É agravada a situação quando se nota que os menores, ao voltarem para uma instituição de acolhimento, passam a ser tutelados pelo Estado, o que muitas vezes pode significar uma mudança drástica da realidade em que as crianças conviviam com os pretendentes da adoção. Imaginando que uma criança vivia em um lar com uma boa infra estrutura, cursando uma boa escola e sendo inserida em atividades extra escolares adequadas para sua idade. Depois da desistência da adoção pelos pretendentes, ao voltar para uma instituição de acolhimento, o padrão de vida que foi vivenciado por algum tempo não será mais o mesmo, o que por si só gerará um baque na vida da criança.

Todo esse contexto deve ser analisado no bojo de uma ação indenizatória por danos morais, a fim de que se determine qual a melhor solução. Ressalta-se que o dano moral não pode ser generalizado, devendo se analisar a situação casuisticamente.

Sérgio Cavalieri Filho admite que o dano moral é aquele que extrapola a esfera da normalidade. Sobre a configuração do dano moral ensinou mais especificadamente que:

Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo a normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio de seu bem estar. (...) Dor, vexame, sofrimento e humilhação são consequência, e não causa. Assim como a febre é o efeito de uma agressão orgânica, dor, vexame e sofrimento só poderão ser considerados dano moral quando tiverem por causa uma *agressão à dignidade de alguém*.¹⁷

Portanto, o dano moral é aquele que supera a normalidade, causando uma grande agressão à dignidade do lesionado. O necessário para a configuração da reparação é que o lesionado tenha vivenciado uma situação de grande sofrimento e dor, que façam condizente uma reparação em dinheiro.

¹⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010 p. 87.

Dessa forma, é possível determinar a reparação à títulos de danos morais quando menores são devolvidos durante o processo de adoção. Nestes casos, a dor e o sofrimento podem ser facilmente caracterizados, o que faz com que uma indenização seja necessária. A agressão de ser devolvido a uma instituição de acolhimento pode prejudicar o psicológico de qualquer pessoa.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em um caso pioneiro, já reconheceu essa possibilidade, como se constata pela ementa transcrita abaixo:

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - I. ADOÇÃO - GUARDA PROVISÓRIA - DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO DE FORMA IMPRUDENTE - DESCUMPRIMENTO DAS DISPOSIÇÕES DO ART. 33 DO ECA - REVITIMIZAÇÃO DA CRIANÇA - REJEIÇÃO - SEGREGAÇÃO - DANOS MORAIS CONSTATADOS - ART. 186 C/C ART. 927 DO CÓDIGO CIVIL - REPARAÇÃO DEVIDA - AÇÃO PROCEDENTE - II. QUANTUM INDENIZATÓRIO - RECURSOS PARCOS DOS REQUERIDOS - CONDENAÇÃO INEXEQUÍVEL - MINORAÇÃO - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

- A inovadora pretensão do Ministério Público, de buscar o ressarcimento civil com a condenação por danos morais daqueles que desistiram do processo de adoção, que estava em fase de guarda, de forma abrupta e causando sérios prejuízos à criança, encontra guarida em nosso direito pátrio, precisamente nos art. 186 c/c arts. 187 e 927 do Código Civil.

- O ilícito que gerou a reparação não foi o ato em si de desistir da adoção da criança, mas o modus operandi, a forma irresponsável que os requeridos realizaram o ato, em clara afronta aos direitos fundamentais da criança, bem como ao que está disposto no art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, pode haver outra situação em que a desistência da adoção não gere danos morais à criança, no entanto, não é este o caso dos autos. (AC: 10702095678497002. TGMS. Comarca de Uberlândia. Relatora: Des. Vanessa Verdolim Hudson Andrade.)¹⁸

Obviamente que não se pode generalizar e impor que em todos os casos em que há a devolução de criança e adolescente em guarda, cabe dano moral. Como já mencionado anteriormente o dano moral deve ser estudado, para se determinar o grau de sofrimento que foi imprimido no indivíduo. Deve ser analisado caso a caso para se concluir se cabe a reparação, embora seja difícil se imaginar uma criança que não seja abalada no caso em que haja a devolução.

O dano moral funciona não só como uma punição, mas também solidifica um caráter pedagógico, que impeça futuras devoluções. Como mencionado anteriormente é muito comum que casais que não estejam satisfeitos com as crianças que estão sob sua guarda provisória as

¹⁸ BRASIL. Jusbrasil. Disponível em: <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/121112072/apelacao-civel-ac-10702095678497002-mg/inteiro-teor-121112123>. Acesso em: 28/02/2016.

devolvam. Uma criança ou um adolescente que venha de uma situação de acolhimento institucional, muitas vezes traz consigo sequelas de suas relações anteriores para sua nova casa. Muitos pais não sabem como tratar dessas questões, decidindo por fim, pelo abandono.

O objetivo da responsabilidade civil é reparar um dano causado. Esse dano, de uma forma, rompe com um equilíbrio anterior. O que se busca é a reparação ao *status quo*, a situação anterior ao dano. As vezes se torna impossível voltar a situação anterior, o que não impossibilita a aferição da reparação. A indenização ocorre proporcionalmente nestes casos.

Qualquer ato que viole direitos pode, em tese, gerar a reparação pela responsabilidade civil. Comprovado, no caso em análise, que os pretensos adotados foram atingidos exacerbadamente pelo ato da devolução é possível o ressarcimento à título de danos morais.

3. DA RESPONSABILIDADE PELA GESTÃO DO PATRIMÔNIO DO MENOR DE IDADE

Como já mencionado, para ser adotado, ou ingressar em um processo de adoção, o adotando deve ser criança ou adolescente, que não esteja sob o poder familiar. Não pode, igualmente, fazer parte de família extensa ou ampliada, mediante guarda ou tutela. O adotando, ao tempo da adoção, deve contar com 18 anos de idade, à época do pedido, exceto se estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes.¹⁹

A adoção de maiores de 18 anos, pelos requisitos acima, se torna excepcional, como já mencionado anteriormente. Então, a maioria dos casos em que se ajuíza uma ação buscando a reparação, o autor ainda é menor de idade.

¹⁹ DUPRET, op cit, p. 100.

Imaginando um contexto em que ao menor de idade seja concedido a reparação patrimonial pelos danos que sofreu em caso de devolução durante o processo de adoção, considerando que se trata de um incapaz para os atos da vida civil, a indenização que seja recebida pelo menor de idade deve ser depositada em juízo, evitando assim qualquer tipo de uso indevido do que a criança ou adolescente tenha conquistado.

Mas, depositado o montante em juízo, quem ficaria responsável por gerir o patrimônio do menor, considerando que esse necessita de um representante para os atos da vida civil?

O Código Civil prevê o instituto da tutela para os menores de 18 anos de idade que não estejam mais sob os cuidados de seus pais, como dispõe o artigo 1728 do referido diploma legal²⁰.

Sobre o tema da tutela, dissertam Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald:

Esse encargo é conferido aos próprios pais, independente do critério determinativo da relação filiatória. No entanto, por motivos diversos (morte, destituição judicial do poder familiar...), é possível a ausência dos pais, fazendo periclitar a proteção diferenciada infanto-juvenil. É exatamente nesse panorama que surge a tutela como um relevante instrumento de concretização da proteção integral da criança e do adolescente.²¹

Se os menores de idade receberem algum patrimônio referente a uma ação indenizatória, ou outro meio, deverá ser nomeado um tutor para gerenciar o seu patrimônio.

O interessante na nomeação de um tutor é que esse deverá prestar contas de sua administração, apresentando ao juiz um balanço do que foi realizado. O magistrado pode requerer a prestação de contas quando achar conveniente. Inclusive, o próprio Ministério Público pode ingressar com uma ação de prestação de contas, no interesse do menor de idade.²² A prestação de contas tem como objetivo proteger o patrimônio da criança e adolescente, o que garante ainda

²⁰ BRASIL. Código Civil. Lei n.10.406 de 10 de janeiro de 2002 . Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 15/03/2016.

²¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011, p. 888.

²² DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 608.

mais a eficiência do tutor. Necessário essa medida na presente hipótese do artigo, quando o tutelado por muitas vezes não foi adaptado em sua família biológica, tendo sido devolvido pela família que desejava adotá-lo, estando em um contexto de abandono, sem defesas. A prestação de contas, que faz com que o tutor tenha que apresentar um balanço, leva a tutela ser o melhor caminho para a gestão do patrimônio do menor de idade, possibilitando uma maior proteção mais eficiente.

Existem quatro tipos de tutela: a documental, a testamentária, legítima e a dativa.²³

A tutela documental ocorre quando os pais, mediante um documento público ou particular, determinam quem deve ser o tutor dos filhos menores. Já a testamentária é aquela em que os pais escolhem o tutor de seus filhos por meio de um testamento. A tutela legítima ocorre no caso em que são convocados parentes consanguíneos para exercer a tutela da criança e adolescente. Por fim, a tutela dativa se adequa aos casos em que na falta de tutor legítimo ou testamentário, ou parentes que passam exercer a tutela, o juiz confere à uma pessoa estranha a tutela do menor de idade.

Nada impede que possa ocorrer a tutela legítima de um parente que, embora não tenha condições de cuidar da criança no dia a dia, possa gerir seus bens em seu nome, auxiliando-o. Necessário sempre a melhor opção da criança, em busca do princípio do melhor interesse, mesmo que os arranjos não sejam os mais comuns. Ressalta-se que a tutela dativa somente é concedida subsidiariamente, então deve-se esgotar as outras possibilidades.

As crianças e adolescentes que se encontrem em uma situação de acolhimento, por vezes, estão com o poder familiar dos pais extinguidos ou suspensos. Dessa forma, necessário que haja a nomeação de um tutor para cuidar de seus bens, quando existirem. Sendo assim, a tutela mais adequada para o caso é a tutela dativa.

²³ Ibid., p. 601-603.

Ressalta-se que as crianças e adolescentes inseridos em família substituta estão em regime de tutela.²⁴ Dessa forma determina o artigo 1734 do Código Civil²⁵, também pontuando que a criança e adolescentes que os pais tiverem o poder familiar suspenso ou extinto, deverão ter um tutor nomeado pelo juiz.

O artigo 1732 do Código Civil²⁶ determina as hipóteses de nomeação de um tutor pelo juiz, como se cita a seguir²⁷:

Art. 1.732. O juiz nomeará tutor idôneo e residente no domicílio do menor:
I - na falta de tutor testamentário ou legítimo;
II - quando estes forem excluídos ou escusados da tutela;
III - quando removidos por não idôneos o tutor legítimo e o testamentário.

Portanto, cabe ao juiz nomear um tutor na tutela dativa, que somente é aplicada de forma subsidiária.

O ordenamento jurídico, ao tratar da tutela, o faz de uma forma que proteja o tutelado. Na hipótese de menor de idade que obtenha uma indenização, é a única opção viável para a gestão de seu patrimônio, permitindo que o tutelado aproveite da melhor forma o montante que recebeu.

CONCLUSÃO

Conclui-se que, a dor e o dissabor causados pelo criança e adolescente que cujos pretendentes a pais desistam da adoção durante o processo são passíveis de gerar danos morais. Cada caso deverá ser analisado conforme as suas peculiaridades, mas pode se admitir que seja concedida a indenização quando as circunstâncias forem favoráveis.

²⁴ DUPRET, op. cit, p. 85.

²⁵BRASIL. Código Civil. Lei n.10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 15/03/2016.

²⁶BRASIL. Código Civil. Lei n.10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 15/03/2016.

²⁷ BRASIL. Código Civil. Lei n.10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 15/03/2016.

Não é somente pelo fato de crianças e adolescentes serem considerados incapazes para alguns atos da vida civil que deve ser afastado deles, mesmo que indiretamente, o direito de pleitear o que for previsto pela legislação.

Portanto, a incapacidade da criança e do adolescente deve, na verdade, ser considerada mais uma justificativa para a proteção desses quando devolvidos durante o processo de adoção. Deve se ter em mente que até chegar a esse ponto, o menor de idade já passou por inúmeros obstáculos, o que acaba por enfraquecê-los. Dessa forma, essa situação, em que se considera as crianças como simples produtos, passíveis de devolução, não pode se sustentar sem uma análise maior não só da sociedade, mas também do poder público.

Sendo assim, deve-se analisar o sistema judiciário dentro deste contexto, considerando os interesses do menor de idade. O primeiro obstáculo se refere a legitimidade, já que as crianças e adolescentes disponíveis para a adoção e que sofrem os sofrimentos da adoção são na maioria esmagadora das vezes menores de idade. Quando foi analisado o tema, chegou-se a conclusão que a instituição do Ministério Público é o mais adequada para exercer a legitimidade extraordinária, para garantir a proteção da criança e do adolescente, considerando os objetivos da instituição, de substituto processual.

Outra discussão que vem à tona, é a de quem deveria gerir o patrimônio de um incapaz quando é concedida uma indenização. Ressalta-se que a questão também se relaciona com menoridade e a incapacidade para a vida civil, já que é necessário que haja alguém para gerir o patrimônio do menor até que ele chegue a maioridade. A melhor opção nesse caso, é a do juiz nomear um tutor, que possa auxiliar a criança e o adolescente a melhor decidir sobre o seu patrimônio, de uma forma que possa ser aproveitado.

Conclui-se que às crianças e adolescentes deve ser concedida uma tutela eficiente do Estado, quanto ao tema da devolução desses em processo de adoção. Principalmente por conta da

pouca visibilidade sobre o tema, o que acaba levando a uma falta de interesse sobre a matéria. Porém, justamente por não ser um tema tão discutido, é necessário que cada vez mais seja concedida mais atenção.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 12 set. 2015.

_____. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 12 set. 2015.

_____. Código de Processo Civil. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 13/04/2016.

_____. Lei Complementar 80 de 12 de janeiro de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp80.htm. Acesso em: 13/10/2015.

_____. Lei nº: 8.069/90. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em: 12 set. 2015.

_____. Lei nº: 12.010/09. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm. Acesso em: 12 set. 2015.

_____. Jusbrasil. Disponível em: <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/121112072/apelacao-civel-ac-10702095678497002-mg/inteiro-teor-121112123>. Acesso em: 28/02/2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Ag Rg no REsp 1.309.042/ RJ. Relator: Ministro Marco Aurélio Belizze. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1431250&num_registro=201200291956&data=20150904&formato=PDF. Acesso em: 14/10/2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Ag Rg no REsp 1296155/ RJ. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29138340&num_registro=201102880742&data=20140320&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 14/10/2015

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2010.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DUPRET, Cristiane. *Direito da Criança e do Adolescente*. 3. ed. Belo Horizonte: Livramento, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. 3. ed. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GODINHO, Robson Renault. O Ministério Público como substituto processual. Disponível em: <http://www.amperj.org.br/artigos/view.asp?ID=93>. Acesso em: 13/10/2015.

O GLOBO. Brasil tem 5, 2 mil crianças e adolescentes à espera de adoção. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/brasil/brasil-tem-52-mil-criancas-adolescentes-espera-de-adocao-5019806>. Acesso em: 12 set. 2015.