

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ANDREZA ROSA

**O PROBLEMA JURÍDICO-SOCIAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES
“DEVOLVIDOS”**

**FLORIANÓPOLIS
JUNHO 2009**

Andreza Rosa

**O problema jurídico-social de crianças e adolescentes
“devolvidos”.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Dr^a. Josiane Rose Petry Veronese

Florianópolis

Junho 2009



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
Colegiado do Curso de Graduação em Direito

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia, intitulada “**O problema jurídico-social de crianças e adolescentes “devolvidos”**”, elaborada pela acadêmica **Andreza Rosa** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (dez), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 10 de julho de 2009.

Professor(a) Orientador(a)
Josiane Rose Petry Veronese

Membro da Banca
Renata Raupp Gomes

Membro da Banca
Ioly Terezinha Matos da Silva

Dedico este trabalho aos dois grandes amores da minha vida. A minha mãe, pessoa batalhadora e dedicada, que me ensinou o valor da vida. E ao meu pai (*in memoria*), pessoa inteligente e tranqüila, o qual me ensinou que o importante é ser feliz, fazendo as pessoas ao nosso redor à também se sentirem felizes.

AGRADECIMENTOS

Agradeço principalmente a Deus, por estar presente em todos os instantes da minha vida, principalmente nas horas mais difíceis;

Agradeço aos meus pais Orio Rosa (*in memoria*) e Gedite Maria de Souza Rosa, por terem sempre me incentivado e acreditarem que este sonho se tornasse realidade;

À minha Professora Dr^a. Josiane Rose Petry Veronese, pela compreensão e atenção, durante a realização deste trabalho;

À minha amiga Sr^a. Ioly Terezinha Matos da Silva pelo apoio, conselhos e preocupações compartilhadas;

Ao meu namorado Anderson de Oliveira, pela força e dedicação;

Enfim, aos meus familiares e amigos em geral, por torcerem por mim, neste momento de grande importância em minha vida.

“A devolução é silenciosa, escondida, oculta, em segredo... Apenas, nos corredores dos Fóruns, o silêncio do abandono e o choro dos inocentes... E a institucionalização termina o trabalho de destruição da personalidade e da auto-estima já abalados. São as Kátias, as Luanas, os Cleitons, as Giseles, os Josés das nossas horas mais infelizes”.

(Maria Isabel de Matos Rocha)

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade Federal de Santa Catarina, a coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Florianópolis, junho de 2009.

Andreza Rosa
Graduanda

ROSA, Andreza. **O problema jurídico-social de crianças e adolescentes “devolvidos”**. Trabalho de Conclusão de Curso em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina: Florianópolis, 2009, 104 f.

RESUMO

O tema proposto neste trabalho tem como objetivo analisar o problema jurídico-social de crianças e adolescentes “devolvidos”, tendo por referência o princípio da proteção integral, da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança e do adolescente. Pretende-se inicialmente abordar o instituto jurídico da adoção no Brasil, seus aspectos históricos, a adoção segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil Brasileiro, bem como o processo de adoção e suas fases. Busca-se analisar a problematização das crianças e adolescentes “devolvidos”, a partir da extinção do poder familiar e da colocação da criança e do adolescente na família substituta. Procura-se fazer uma análise jurídica e sociológica da devolução da criança e do adolescente no processo de adoção, verificando as suas causas e conseqüências, estudando acerca da responsabilidade da família, da sociedade e do Estado, para se chegar à possibilidade da reparação judicial à criança e ao adolescente, quando “devolvidos”. E, por fim, propor as medidas preventivas para evitar tal ato.

Palavra chave: adoção, devolução, devolvidos, reparação

ROSA, Andreza. **O problema jurídico-social de crianças e adolescentes “devolvidos”**. Trabalho de Conclusão de Curso em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina: Florianópolis, 2009, 104 f.

RESUMEN

El tema propuesto en este trabajo tiene como objetivo analizar el problema jurídico-social de niños y adolescentes “restituidos”, teniendo por referencia el principio de la protección integral, de la dignidad del ser humano y del mejor interés del niño y del adolescente. Se pretende inicialmente abordar el instituto jurídico de la adopción en Brasil, sus aspectos históricos, la adopción de acuerdo con el Estatuto del Niño y del Adolescente y el Código Civil Brasileño, así como el proceso de adopción y sus fases. Se busca analizar la problemática de los niños y adolescentes “restituidos”, a partir de la cesión del poder familiar y de la colocación del niño y del adolescente en la familia sustituta. Se busca hacer un análisis jurídico y sociológico de la restitución del niño y del adolescente en el proceso de adopción, verificando sus causas y consecuencias, estudiando acerca de la responsabilidad de la familia, de la sociedad y del Estado, para llegarse a la posibilidad de reparación judicial al niño y al adolescente, cuando “restituidos”. Y por último proponer las medidas preventivas para evitar tal acto.

Palabra clave: adopción, restitución, restituidos, reparación.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO 1	15
1. INSTITUTO JURÍDICO DA ADOÇÃO NO BRASIL	15
1.1. Aspectos Históricos - Primeiras Referências Legais	16
1.2. Adoção segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/1990	22
1.3. Adoção segundo o Código Civil – Lei nº 10.406/2002.....	28
1.4. Processo de adoção e suas fases	34
CAPÍTULO 2	41
2. O PROBLEMA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES “DEVOLVIDOS”	41
2.1. A extinção do poder familiar	42
2.2. A família substituta	47
2.2.1. Guarda	49
2.2.2. Tutela	51
2.3. O problema de crianças e adolescentes “devolvidos”	53
2.4. A motivação da devolução de crianças e adolescentes	61
CAPÍTULO 3	69
3. A ANÁLISE JURÍDICA E SOCIOLÓGICA DA DEVOLUÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES	69
3.1. O dano causado pela devolução de crianças e adolescentes	70
3.2. A responsabilidade da família substituta, da sociedade e do Estado.....	75
3.2.1. A responsabilidade da família substituta.....	76
3.2.2. A responsabilidade da sociedade e do Estado	77
3.3. As vias de reparação judicial.....	80
3.3.1. Responsabilidade criminal.....	83
3.3.2. Responsabilidade civil.....	86
3.3.3. O caso concreto	89
3.4. A prevenção da devolução, através do prevalectimento do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e do princípio da dignidade da pessoa humana....	90
CONSIDERAÇÕES FINAIS	96

REFERÊNCIAS	100
ANEXO.....	105

INTRODUÇÃO

O problema jurídico-social de crianças e adolescentes “devolvidos” ocorre em todas as modalidades de família substituta, na guarda, de fato ou de direito, na tutela e na adoção, assim como na “adoção à brasileira”. Antes da sentença da adoção transitar em julgado é permitida a devolução, pois, apenas com a sentença a adoção passa a ter caráter irrevogável, entretanto há casos de devolução após a adoção.

A questão é conflitante, pois, de um lado, não se deve aceitar a devolução, face às dificuldades que o adotando enfrenta para se adaptar à nova família. Por outro lado, impor à família que rejeita o adotando a permanecer com ele é um risco, pois não se sabe qual o tratamento que irá lhe proporcionar. Há grande possibilidade desse infante vir a passar por maus tratos, uma vez que não é mais aceito por aquela família.

A família substituta (de fato ou de direito) assume voluntariamente e por opção própria o encargo da criança e do adolescente, devendo responder por sua devolução, para lhe assegurar um futuro digno. O Estado é responsável pela prevenção do abandono e da devolução, através de políticas públicas, proporcionando saúde e educação, sendo também o responsável por proteger o interesse da criança e do adolescente, assim como assegurar a sua convivência familiar e comunitária, conforme art. 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Devido ao grande prejuízo sofrido pela criança ou adolescente devolvidos, defende-se a necessidade da reparação judicial da devolução, como forma de amenizar o dano causado à criança e ao adolescente. Cabendo analisar assim o direito de alimentos, o direito a uma reparação por danos patrimoniais e/ou morais, e ainda a responsabilização por crime de abandono da criança e do adolescente pela família substituta.

Entende-se, todavia, que é possível evitar a devolução, através de medidas preventivas, tais como: estudo social no curso do processo, realizado por perícia da assistente social e da psicóloga forense para dar subsídio para o magistrado, com o objetivo de priorizar o bem estar do adotando; depoimento pessoal dos adotantes para análise de seu histórico e da viabilidade para assumir os

encargos inerentes ao poder familiar; acompanhamento constante do processo de adaptação dos adotantes com o adotando pelo menos até o final da ação.

O objetivo do presente estudo é demonstrar que a devolução de crianças e adolescentes ocasiona danos morais e patrimoniais às vítimas, devendo ser esses danos reparados pela família substituta, como forma de amenizar as conseqüências e proporcionar um futuro melhor, com base no princípio da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente, sendo ainda dever da sociedade e do Estado assegurar tais medidas.

O objetivo institucional desta monografia é destinado à obtenção do título de bacharel em direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

Para elaboração desta monografia utilizou-se o método indutivo, com intuito de provar que a legislação vigente é falha, porque não prevê um acompanhamento mais eficiente, do adotando e de sua nova família, levando assim ao problema das crianças e dos adolescentes devolvidos. Tendo como suporte a documentação indireta, com a pesquisa documental, através de sentenças, acórdãos e leis; e, da pesquisa bibliográfica, através de livros, artigos, periódicos e sites da internet.

O tema abordado justifica-se por sua importância para preservar a saúde e o desenvolvimento das crianças e adolescentes devolvidos. Pois, ao inserir a criança ou o adolescente em família substituta, procura-se oferecer a base para seu desenvolvimento social, moral, psicológico e intelectual, e propiciar a convivência familiar, assim ao serem devolvidos seus direitos são afetados, ferindo o princípio da dignidade humana e da proteção integral.

A devolução de crianças e adolescentes no curso do processo de adoção necessita urgentemente de uma análise jurídica e sociológica, a fim de alertar o mal que isso faz para as mesmas, e para que assim sejam efetivamente protegidas por lei, com base no Estatuto da Criança e do Adolescente, no Código Civil Brasileiro e na Constituição da República Federativa do Brasil.

Este trabalho encontra-se dividido em três capítulos, sendo que o primeiro trata do instituto jurídico da adoção no Brasil, seus aspectos históricos, a adoção segundo a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente, a adoção segundo a Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Código Civil Brasileiro, e o processo de adoção e suas fases.

O segundo capítulo versa sobre o problema de crianças e adolescentes “devolvidos”, a partir da extinção do poder familiar e da colocação da criança e do adolescente na família substituta. Verifica-se a devolução da criança e do adolescente em todas as modalidades de família substituta, na guarda, na tutela, e na adoção, mesmo depois da sentença transitar em julgado. Avaliam-se as razões da família substituta, para verificar se a devolução de crianças e adolescentes possui justificativa, ou se a família merece ser responsabilizada por tal ato.

O terceiro capítulo é dedicado à análise jurídica e sociológica da devolução de crianças e adolescentes, estudando suas conseqüências e a responsabilidade da família, da sociedade e do Estado pelo prejuízo causado aos mesmos. Analisa-se a possibilidade da reparação judicial à criança e ao adolescente, em razão ao princípio da proteção integral. Para, enfim, concluir que a melhor solução para o problema de crianças e adolescentes devolvidos é a sua prevenção, com base no princípio da proteção integral e da dignidade da pessoa humana.

O estudo termina com uma síntese dos principais aspectos desenvolvidos em cada capítulo, e com a demonstração da confirmação ou não das hipóteses da pesquisa, acerca do problema jurídico-social de crianças e adolescentes “devolvidos”.

CAPÍTULO 1

1. INSTITUTO JURÍDICO DA ADOÇÃO NO BRASIL

A adoção de criança ou adolescente é uma prática presente desde o início da história da civilização e que continua sendo um instituto extremamente atual, embasado no princípio da doutrina da “Proteção Integral” à criança e ao adolescente, como comenta Brauner e Azambuja (2003). A adoção trata de um instituto legal o qual possibilita encontrar uma família substituta para uma criança ou adolescente, visando sempre o seu melhor interesse, ou seja, o seu desenvolvimento no convívio familiar, num ambiente de amor e aconchego.

No Brasil, a adoção é regulada atualmente pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/1990, e pelo Código Civil, Lei nº 10.406/2002¹. Possui também proteção constitucional, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, assim como internacional, com a Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989 e a Convenção relativa à Proteção e à Cooperação em matéria de Adoção Internacional de 1993.

A adoção no Brasil ocorre por processo judicial, inicia-se com a extinção do poder familiar da família biológica, e com o pedido dos interessados em adotar, os quais podem ocorrer concomitantemente na mesma ação, logo após essa fase inicial o juiz analisa a vida social, material e psicológica dos candidatos, juntamente com uma equipe interprofissional, para só assim permitir o período do estágio de convivência, e depois através exclusivamente de sentença efetivar a adoção.

Embora existam muitas críticas a respeito do processo de adoção, alegando ser ele repleto de formalidades e burocracias, não se pode deixar de levar em consideração o seu grau de complexidade, pois como argumenta Veronese e Oliveira (1988, p. 119):

¹ O Código Civil de 2002 rege a adoção de adultos, maiores de 18 anos, e de crianças e adolescentes, menores de 18 anos, sendo que, neste caso, aplicam-se primordialmente as regras do Estatuto da Criança e do Adolescente, primando-se a especificidade.

[...] não se trata de levar para nossas casas um animalzinho a ser domesticado, trata-se antes de uma criatura que sofreu, por inúmeras razões: sociais, psíquicas, emocionais, afetivas, e econômicas, uma ação de abandono por parte de seus genitores. Assim é evidente que se tome alguns cuidados básicos para obstar que um segundo processo de rejeição ocorra.

Assim, diante do exposto é de suma importância o estudo acerca da adoção, para que com isso se possa efetivamente alcançar a proteção integral e o melhor interesse da criança e do adolescente.

1.1. Aspectos Históricos - Primeiras Referências Legais

Como relata Oliveira (2001), a adoção surgiu na antiguidade para suprir a falta de filhos naturais do casal, que por isso assumiam um estranho como seu filho, e assim encontravam outra maneira de dar prosseguimento aos cultos religiosos da família. Consta que a adoção aparece no Código de Hamurabi, mais de 1.500 anos a.C., como o único fim de assegurar a continuidade do nome e dos bens, visava-se apenas o interesse dos adotantes.

A adoção aparece também na Bíblia Sagrada, na lei do Levirato, que obrigava os irmãos do esposo morto a desposarem a cunhada para dar-lhe descendência, com a finalidade de assegurar a continuidade da família, com a conseqüente transmissão do nome, do patrimônio e do culto aos deuses, como narra Grisard Filho (2003).

Expõe Rizzardo (2004) que tanto no direito romano como no grego, onde preponderava o caráter de perpetuação do culto doméstico, ou da família, a extinção da mesma era vista como extrema desgraça. No entanto, foi em Roma, que o instituto foi desenvolvido, aparecendo três espécies de adoção: *adrogatio* (ad-rogação), *datio in adptionem* (a adoção no sentido estrito) e *adoptio testamentaria* (adoção testamentária).

Pela ad-rogação, que se fazia através da sindicância dos pontífices e da intervenção do poder público, adotavam-se pessoas *sui iuris* (pater famílias) e todos seus dependentes. Pela adoção no sentido estrito adotavam-se os *alienis iuris* (descendentes) passando o pátrio poder ao adotante em substituição ao pátrio poder

do pai natural. E a adoção testamentária, utilizada por Júlio César para adotar seu sobrinho Otaviano, a fim de que pudesse sucedê-lo no governo, feita por testamento, como descreve Sá (1986).

Ainda no direito germânico a adoção foi utilizada com fins patrimoniais, conhecendo somente a sucessão *ab intestato* (sem testamento), a qual servia para dar continuidade aos bens de família, caso contrário o patrimônio deixava de ser da comunidade familiar, segundo Grisard Filho (2003).

Sendo que por longo período, na Idade Média, a adoção entrou em declínio, com a ascensão da Igreja Católica, a família que não possuísse filhos deixaria seus bens para a Igreja, conseqüentemente o instituto não tinha previsão no Direito Canônico, pois conflitava diretamente com seus interesses econômicos, conforme descreve Veronese e Petry (2004).

Já na Idade Moderna a adoção volta a tomar impulso, como nos ensina Venosa (2009), sendo incluída no Código Napoleônico de 1804, e ampliada com a lei francesa de 1923, aproximando-se da adoção plena, que passa em 1939 a tornar o adotado filho legitimado. O instituto sofreu grandes transformações que levaram ao melhor interesse da criança e do adolescente, sendo que a adoção foi expandida e levada para diversas legislações modernas, entre elas a brasileira.

No Brasil, a adoção foi prevista nas Ordenações Filipinas, passando para a Consolidação das Leis de Teixeira de Freitas, vindo sistematizada no Código Civil Brasileiro de 1916. Conforme descreve Fonseca (2006), o Código Civil de 1916 restaurava uma prática antiga: a transferência, por escritura pública, de responsabilidades tutelares entre um adulto e outro. Assim qualquer pessoa com mais de 50 anos, sem prole legítima ou legitimada, podia “adotar” uma criança mediante contrato com os pais biológicos. Não havia restrição quanto a sexo, estado civil ou nacionalidade e o adotando podia ter qualquer idade desde que fosse respeitada uma diferença de 18 anos entre ele e o pai adotivo. A relação adotiva era revogável e não anulava o vínculo entre a criança e seus genitores.

Conforme relata Sá (1986), a adoção no Código Civil de 1916 ocorria por escritura pública, não admitia condição ou termo, e se dissolvia por convenção das partes ou nos casos em que fosse permitida a deserção, dispunha o art. 374 e 375.

II – Nos casos em que é admitida a deserdação.

Art. 375. A adoção far-se-á por escritura pública, em que se não admite condição nem termo.

Com a Lei n° 3.133, de 08.05.1957, foi reduzida a idade do adotante de 50 para 30 anos e a diferença de idade entre adotante e adotado de 18 para 16 anos, sendo que o adotado podia desligar-se da adoção ao atingir a maioridade ou cessar a interdição. A adoção passou a ser permitida mesmo aos que possuíssem prole, contudo, o adotado não era agraciado com direitos hereditários, e o casal para adotar deveria comprovar estabilidade conjugal de cinco anos.

Foi então, com a Lei n° 4.655, de 02.07.1965, que se institui a legitimação adotiva, a adoção era constituída por decisão judicial, para infante exposto e crianças abandonadas, de até sete anos de idade, e do filho natural reconhecido apenas pela mãe, impossibilitada de prover a sua criação, conforme art. 1º. O parentesco consangüíneo só se extinguia por decisão judicial, ou seja, os maiores de sete anos de idade eram adotados através de escritura pública, para estes os laços sanguíneos se mantinham, nesse caso não se tratava de legitimação adotiva.

No entanto, o adotado volta a possuir praticamente todos os direitos e garantias do filho sanguíneo, com algumas restrições, conforme o art. 9º, da Lei n° 4.655/65, “O legitimado adotivo tem os mesmos direitos e deveres do filho legítimo, salvo no caso de sucessão, se concorrer com filho legítimo superveniente à adoção”, ratificando o disposto no art. 1.605, § 2º, do Código Civil de 1916.

Contudo, foi a Lei n° 6.697, de 10.10.1979, denominada Código de Menores, que realizou um grande avanço no campo da adoção, instituindo a doutrina do “menor em situação irregular” e distinguindo a adoção simples, destinada aos menores em situação irregular, da adoção plena, que substituiu com vantagens a precedente legitimação adotiva por estender o vínculo da adoção a toda família do adotante, mantendo ainda a adoção regulada pelo velho Código Civil, segundo Grisard Filho (2003).

Assim, a Lei inseriu a adoção simples e a adoção plena, e manteve a adoção do Código Civil de 1916. Era exigido um estágio de convivência do menor com o adotante, em um prazo fixado pelo juiz, no mínimo de um ano, exceto se a criança contasse com menos de um ano de idade (art. 28 e parágrafos da Lei n° 6.697/79). Restringia-se esta adoção a casais com mais de cinco anos de

casamento, devendo um dos cônjuges obrigatoriamente possuir idade superior a trinta anos. Porém se houvesse a prova de esterilidade de qualquer um deles, ou de ambos, dispensava-se o transcurso do prazo de cinco anos.

Escrevia Hélio Borghi, relatado por Rizzardo (2004, p. 536), sobre algumas permissões da adoção plena, prevista da Lei n° 6.697/79:

Demonstrando a Lei n° 6.697/79 que tinha em vista o atendimento do menor em situação irregular e carente – e não mais a imitação da natureza, dando filhos a casais e pessoas solitárias, como era tônica anterior – permitiu ela a adoção plena ao viúvo ou à viúva, desde que o menor estivesse integrado em seu lar quando o outro cônjuge ainda vivia, e após um estágio de três anos; a mesma coisa ocorria em relação a cônjuges separados judicialmente, desde, também, que o menor tivesse iniciado o estágio, igualmente de três anos, ainda na constância da sociedade conjugal dos adotantes, exigindo-se o acordo sobre a guarda do menor, no processo de separação (arts. 33 e 34 da referida Lei).

A adoção possui caráter irrevogável, atribuindo a situação de filho ao adotado, em igualdade com os demais filhos dos adotantes, anteriores ou posteriores a adoção, salvo quanto aos impedimentos matrimoniais. Contudo a adoção do Código Civil de 1916, a qual ainda se encontrava em vigor naquela época, para os maiores de dezoito anos ou filhos em situação regular, realizava-se por escritura pública e não havia nenhuma incidência do Código de Menores.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao determinar a igualdade entre os filhos adotivos e biológicos, finalmente rompeu de forma definitiva a discriminação, a qual foi uma constante em toda a história brasileira.

Art. 227

[...]

§ 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.

Todos os filhos passaram a ter direitos iguais, independente de sua relação de parentesco, seja ela natural ou civil, acabando de vez com qualquer tipo de discriminação, visa assim, a Constituição Federal garantir os interesses da criança e do adolescente.

No cenário internacional não foi diferente, com a aprovação em 1989, pela Assembléia das Nações Unidas (ONU), da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, a qual confirmava toda uma evolução em termos de direito e garantias relativos a crianças, conforme divulga Veronese e Petry (2004).

Em 1990, revoga-se o Código de Menores e consolida-se o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, extinguindo as então denominadas adoção simples e adoção plena, que envolviam menores em situação irregular, passando a existir a adoção restrita, disciplinada pelo Código Civil de 1916, e adoção estatutária, conforme informa Guimarães (2003).

Para Veronese e Oliveira (1998), o instituto da adoção sofreu reais transformações. Passou-se a atribuir a condição de filho ao adotado, com os direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes naturais, salvo os impedimentos matrimoniais, e em caso de morte dos adotantes, não se restabelecia o poder familiar aos pais de origem.

Ainda em defesa à integral proteção da criança e do adolescente, o referido Estatuto determinou que a adoção somente será permitida através de processo judicial. Desta forma, pôs termo à adoção do “menor”², via escritura pública, prevista pelo Código Civil, então vigente, que permitia a revogação através, também de escritura pública. Assim, a adoção passa a ter caráter irrevogável e somente será homologada se constatada reais vantagens ao adotando.

A Lei nº 8.069/90 define também, em seu art. 2º, que criança é a pessoa com idade até doze anos incompletos, e adolescente é a pessoa com idade entre doze e dezoito anos, aplicando-se esta Lei excepcionalmente às pessoas entre 18 e 21 anos de idade.

Em seu art. 3º, o Estatuto determina que as mesmas possuam todos os direitos fundamentais do ser humano, além da proteção integral, como forma de assegurar seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade, pois a criança e o adolescente devem ser tratado como sujeito de direitos.

No entanto, convém frisarmos que todo o aparato normativo deve ser lido à luz da atual Constituição Federal, que contempla o princípio da prioridade absoluta a ser deferido à criança e ao adolescente. Tal fato implica não apenas uma mudança conceitual, mas alterações profundas que atingem a vida privada, a vida social e a atuação do poder público, cujas políticas sociais devem estar endereçadas à infância e à juventude, com vistas a não mais encarar a criança e o adolescente como objeto de medidas, de benefícios sociais, mas como sujeitos e, portanto, com direitos a serem seguidos. Direitos estes que decorrem de uma tão desejada mudança de paradigma: da menoridade inferiorizada para a de sujeitos-cidadãos. (VERONESE, 1999, p. 69).

² Com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente suprime-se o termo “menor”, por sua utilização depreciativa no Código de Menores de 1979, e passa-se assim a tratar a criança e o adolescente como sujeito de direitos.

Inspirada na Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, depois de uma série de discussões e negociações foi admitida a Convenção Relativa à Proteção e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, em 1993, que coloca a adoção internacional como uma alternativa às crianças e adolescentes que não conseguem serem adotados em seu território nacional, e possuem assim uma nova oportunidade de conseguirem uma família substituta.

Importa, para mim, chamar a atenção para um aspecto muitas vezes descuidado pelos profissionais do direito no dia-a-dia forense: convenções e tratados internacionais, ratificados pelo Brasil, adquirem força de lei ordinária. Ora, houve uma Convenção Relativa à Proteção das Crianças e Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, aprovada em Haia, em maio de 1993, ratificada pelo Congresso Nacional pelo Decreto nº 3.087, de 21.06.99. Sendo lei mais recente do que o ECA, deve prevalecer, em caso de eventual divergência com o mesmo. (PEREIRA, 2007, p. 120)

Em 2002, o procedimento processual da adoção continuou a seguir a Lei nº 8.069/90, no pertinente aos menores de dezoito anos, e quanto aos maiores, passou a ser disciplinado pela Lei nº 10.406, atual Código Civil Brasileiro. Assim, em ambas as modalidades, o caminho passou a ser judicial, com a constituição do ato por meio de sentença.

Como explica Guimarães (2003), com a revogação expressa do anterior Código Civil, hoje o novo Código Civil de 2002 rege a adoção de adultos, maiores de 18 anos, e de crianças e adolescentes, menores de 18 anos, sendo que, neste caso, aplicam-se primordialmente as regras do Estatuto da Criança e do Adolescente, primando-se a especificidade.

O Estatuto da Criança e do Adolescente é lei especial e não foi expressa nem tacitamente revogada, por isso deverá subsistir em harmonia com os dispositivos do novo Código Civil (arts. 1.618 a 1.629), prevalecendo as normas do ECA e seus princípios fundamentais no que for incompatível com este. Disso poderão surgir alguns problemas interpretativos, cabendo assim harmonizar os dois ordenamentos em vigor.

Comenta o mesmo autor que o novo Código não esgotou a regulamentação do instituto da adoção, de que são exemplos: o estágio de convivência, a irrevogabilidade, a adoção por procuração, a adoção internacional, a inscrição da sentença, os requisitos do processo judicial, a questão da competência jurisdicional, a forma de assistência efetiva do Poder Público. Pode-se afirmar que

seguirão aplicáveis nesses e em outros temas as atuais disposições do ECA, entendendo-se, todavia, revogados os dispositivos incompatíveis com a nova lei.

1.2. Adoção segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/1990

A adoção de menores de dezoito anos rege-se pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, denominado Estatuto da Criança e do Adolescente, disciplinada pelos arts. 39 a 52, e subsidiariamente pelo Código Civil de 2002, pelas regras que não sejam com ela incompatíveis, sendo obrigatório o processo judicial.

Aos maiores de 18 anos cabem as disposições do Código Civil de 2002, com exceção dos que já se encontravam sob guarda ou tutela, antes de atingirem a maioridade, aplicando-se, nesse caso, o ECA, devendo a ação ser processada na Vara da Infância e da Juventude, e sendo vedado ainda o uso de procuração para adotar, como regula os arts. 39 e 40 do ECA.

Na adoção, os adotantes figuram como pais biológicos, ficando sujeitos aos deveres de assistência, criação e educação da criança ou adolescente, como preceitua o art. 229, da Constituição Federal. Já ao adotado cabe todas as obrigações e direitos de filho, inclusive os direitos sucessórios (art. 41, §2º, do ECA), não havendo mais nenhuma ligação com a família de origem, salvo quanto aos impedimentos matrimoniais (art. 41, *caput*). No caso de adoção por cônjuge ou companheiro do filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre estes últimos (art. 41, §1º).

Conforme art. 42, do Estatuto, podiam adotar os maiores de 21 anos, independente de estado civil, sendo de 16 (dezesseis) anos a diferença de idade entre adotado e adotante, e devendo ainda ser respeitados os requisitos dispostos nos parágrafos do mesmo artigo. Contudo, o atual Código Civil reduziu a idade para 18 anos, possibilitando assim ao adotante possuir tal idade para adotar.

Art. 42. Podem adotar os maiores de 21³ (vinte e um) anos, independentemente de estado civil.
§ 1º Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.

³ Idade reduzida para 18 (dezoito) anos, conforme art. 1.618, do Código Civil de 2002.

§ 2º A adoção por ambos os cônjuges ou concubinos poderá ser formalizada, desde que um deles tenha completado 21 (vinte e um) anos de idade, comprovada a estabilidade da família

§ 3º O adotante a de ser, pelo menos, 16 (dezesesseis) anos mais velho do que o adotando.

§ 4º Os divorciados e os judicialmente separados poderão adotar conjuntamente, contando que acordem sobre a guarda e o regime de visitas, e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância da sociedade conjugal.

§ 5º A adoção poderá ser deferida ao adotante que, inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença.

Assim, não há restrição quanto ao estado civil do adotante, podendo ser solteiro, casado, divorciado, separado judicialmente, viúvo. Pode adotar conjuntamente o casal que vive em união estável, entidade familiar protegida por lei, a única controvérsia será quanto a casais homoafetivos, pois ainda não se encontra regulado por lei, contudo alguns julgados já viabilizam esta possibilidade. Porém quanto ao indivíduo homossexual, a este é permitida a adoção, por não se permitir qualquer tipo de discriminação, cabendo ao juiz fazer uma avaliação para o caso concreto, como comenta Venosa (2009).

Determina ainda o art. 43, do ECA, que só será permitida a adoção se for apresentado reais vantagens ao adotando, devendo ser fundamentado em motivos legítimos. Visa assegurar a proteção integral da criança e do adolescente, e com isso o seu melhor interesse.

Como explica Elias (1994, p. 28), “motivos legítimos são aqueles que têm como objetivo o perfeito entrosamento entre adotado e adotante, imitando, em tudo, o que ocorre entre pais e filhos de sangue”.

Por esta mesma razão que o tutor ou curador, para adotar seu pupilo ou curatelado deve prestar conta de sua administração, com vista ao interesse econômico do adotado, evita-se qualquer tipo de dano material. Essa norma é obrigatória pelo art. 44, do ECA, e não admite nenhuma exceção. A proibição é de origem histórica antiga, visa impedir a administração indevida de bens alheios.

Regula o art. 45, do ECA, sobre o consentimento obrigatório dos pais ou representante legal do adotando para efetivar a adoção, dispensando-se no caso de pais desconhecidos ou destituídos do poder familiar. A dispensa merece precaução em sua aplicação, a fim de evitar qualquer tipo de fraude. Ainda, o juiz determinará que seja ouvido o adolescente e colhido seu consentimento, quando se tratar de maior de 12 anos, conforme § 2º, do mencionado artigo.

A adoção exige o estágio de convivência, período de adaptação do adotando com a família, podendo apenas ser dispensado quando este possui menos de 1 (um) ano de idade ou se já estiver em companhia por tempo suficiente com os adotantes. O prazo para este estágio é estipulado pelo juiz, sendo que apenas a adoção internacional deve obedecer ao mínimo legal. Dispõe sobre o estágio de convivência o art. 46 e seus parágrafos, do ECA.

A adoção só pode ser constituída por sentença judicial e obedece a todos os requisitos estipulados pelos parágrafos do art. 47, do ECA. Sendo que a sentença que concede a adoção deve ter cunho constitutivo, pois institui uma nova relação de parentesco entre adotado e adotante, extinguindo o poder familiar da família de origem biológica.

Art. 47. O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.

§ 1º A inscrição consignará o nome dos adotantes como pais, bem como o nome de seus ascendentes.

§ 2º O mandado judicial, que será arquivado, cancelará o registro original do adotado.

§ 3º Nenhuma observação sobre a origem do ato poderá constar nas certidões do registro.

§ 4º A critério da autoridade judiciária, poderá ser fornecida certidão para a salvaguarda de direitos.

§ 5º A sentença conferirá ao adotado o nome do adotante e, a pedido deste, poderá determinar a modificação do prenome.

§ 6º A adoção produz seus efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença, exceto na hipótese prevista no art. 42, § 5º, caso em que terá força retroativa à data do óbito.

A chamada adoção póstuma foi uma inovação introduzida pelo Estatuto, podendo a adoção ser deferida àquele que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença.

A adoção produz seus efeitos com o trânsito em julgado, no caso da adoção póstuma há peculiaridade, pois os efeitos retroagirão à data do óbito do adotante, coincidindo com a abertura da sucessão a este referente, como dispõe o § 6º, do aludido artigo.

A adoção produz o efeito da irrevogabilidade, segundo art.48, do ECA, assim a devolução da criança ou do adolescente torna-se proibida após adoção, contudo isso não impede que o adotado possa ser devolvido.

A irrevogabilidade da adoção não impede a destituição do poder familiar daquele que adotou, nem que consinta ele com nova adoção de seu filho, que fora adotado, devendo, evidentemente, agir com muita prudência os envolvidos neste novo processo. (GUIMARÃES, 2003, p. 45).

A adoção também possui efeito extintivo, pois extingue o vínculo do adotado com a sua família de origem biológica, não sendo restabelecido quando da morte dos adotantes, em razão de sua irrevogabilidade, conforme o art. 49, do ECA.

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece em seu art. 50, a criação de um cadastro de crianças e adolescentes adotáveis, assim como o de interessados em adotar:

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

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

§ 2º - Não será deferida a inscrição se o interessado não satisfazer os requisitos legais, ou verificada qualquer das hipóteses previstas no artigo 29.

Em 29 de abril de 2008, foi editada a Resolução nº 54, pelo Conselho Nacional de Justiça, que instituiu o Cadastro Nacional de Adoção, cujo objetivo é ordenar a colocação de crianças e adolescentes em família substituta, na modalidade de adoção, obedecendo à anterioridade dos interessados, brasileiros ou estrangeiros, e as peculiaridades de cada caso quanto à pessoa a ser adotada, como expõe Luiz Antonio Miguel Ferreira.⁴

Este cadastro fica vinculado ao CNJ e busca consolidar os dados de todas as comarcas das unidades da federação. O sistema consistirá num banco de dados nacional, que será alimentado pelas Corregedorias dos Tribunais de Justiça de cada Estado. Também foi instituído o cadastro de crianças e adolescentes disponíveis para adoção.

As Corregedorias dos Tribunais de Justiça dos Estados também funcionarão como gerenciadoras do sistema, ficando responsáveis pela liberação do acesso ao Juiz de cada comarca. Esse cadastro nacional não substitui o cadastro estadual que ainda continua em vigor. Apenas unificou as informações da federação de forma a ter um banco de dados a nível nacional. Assim, uma consulta a pretendentes a adoção, deve se iniciar na comarca, passando para o Estado, e em caso de improcedência, se fará então a consulta no cadastro nacional. Trata-se assim de um procedimento de natureza administrativa.

⁴ Disponível em: <www.apmp.com.br/juridico/artigos/.../cadastro_preten_adocao.doc>. Acesso em: 20.06.2009.

O Cadastro Único Informatizado de Adoção e Abrigo – CUIDA reúne informações de crianças e adolescentes abrigados, assim como dados de adoções realizadas em todo o Estado de Santa Catarina, oferecendo através de relatórios, os perfis de crianças e adolescentes disponíveis para a adoção, assim como dos pretendentes habilitados para adoção. Até o ano de 2009, o Cadastro será implantado em todo território nacional, funcionando como um importante instrumento de formulação de políticas públicas para crianças e adolescentes. (SILVA, 2008, p. 33)

Quanto à adoção por estrangeiro, conhecida como adoção internacional, foi regulada pelo Estatuto nos arts. 51 e 52, permitindo ao estrangeiro residente ou domiciliado fora do país adotar criança ou adolescente brasileiro, lembrando que essa medida tem caráter excepcional e deve seguir todos os requisitos expostos, a fim de se evitar qualquer tipo de prejuízo ao adotando, como o tráfico de crianças e adolescentes. Sendo que o adotado só sairá do país quando completar todo o estágio de convivência em território nacional e a sentença transitar em julgado.

Art. 51 Cuidando-se de pedido de adoção formulado por estrangeiro residente ou domiciliado fora do País, observar-se-á o disposto no art. 31.

§ 1º O candidato deverá comprovar, mediante documento expedido pela autoridade competente do respectivo domicílio, estar devidamente habilitado à adoção, consoante as Leis do seu país, bem como apresentar estudo psicossocial elaborado por agência especializada e credenciada no país de origem.

§ 2º A autoridade judiciária, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá determinar a apresentação do texto pertinente à legislação estrangeira, acompanhado de prova da respectiva vigência.

§ 3º Os documentos em língua estrangeira serão juntados aos autos, devidamente autenticados pela autoridade consular, observados os tratados e convenções internacionais, e acompanhados da respectiva tradução, por tradutor público juramentado.

§ 4º Antes de consumada a adoção não será permitida a saída do adotando do território nacional.

Art. 52. A adoção internacional poderá ser condicionada a estudo prévio e análise de uma comissão estadual judiciária de adoção, que fornecerá o respectivo laudo de habilitação para instruir o processo competente.

Parágrafo único. Competirá à comissão manter registro centralizado de interessados estrangeiros em adoção.

Quanto à comissão estadual judiciária de adoção, exposta no art. 52, nos ensina Venosa (2009, p. 290):

O art. 52 dispôs que a adoção internacional poderá ser condicionada a estudo prévio e análise de uma comissão estadual jurídica de adoção, que fornecerá o respectivo laudo de habilitação para instruir o processo competente. Incumbe a essa comissão manter o regime centralizado de interessados estrangeiros em adoção. A Lei estabeleceu nesse dispositivo uma faculdade, não tendo fixado a obrigatoriedade do estudo prévio. A existência dessa comissão é facultativa. De qualquer forma, o laudo dessa comissão, como qualquer perícia, é opinativo e não vincula a decisão do

juiz. No Estado de São Paulo, foi criada a Comissão Estadual Judiciária de Adoção Internacional (Cejai), em 1992. Há várias entidades estrangeiras ligadas à adoção, credenciadas pelo organismo paulista.

A adoção é objeto de regras internacionais, sendo o Brasil signatário da Convenção sobre a Cooperação Internacional e Proteção de Crianças e Adolescentes em Matéria de Adoção Internacional, concluída em Haia, em 29-05-93. Essa convenção foi ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 3.087/99 e visa uma nova oportunidade à criança ou adolescente de obterem uma família substituta.

A presente Convenção, conhecida por Convenção de Haia, 1993, teve como fonte de inspiração a Convenção sobre os Direitos da Criança, 1989, e entende a adoção internacional como uma medida excepcional, que deveria ser aplicada somente nos casos em que forem esgotadas todas as possibilidades de viver em ambiente familiar em seu país de origem, primeiramente junto à sua família biológica, e posteriormente numa família adotiva nacional, só depois dessas “etapas” se poderia pensar na adoção internacional, como aplicação subsidiária. (VERONESE; PETRY, 2004, p. 57).

Cabe ainda observar que a denominada “adoção à brasileira”, que consiste no registro de filho alheio como próprio, sem respeito aos procedimentos legais, é, na verdade, procedimento irregular, podendo configurar crime, não se tratando de modalidade de adoção, como ensina Guimarães (2003).

Apesar de ilegal a adoção à brasileira, Fonseca (2006) constatou em suas pesquisas ser muito utilizada esta prática, a família simplesmente vai ao cartório e registra a criança por simples ato notário, sem qualquer procedimento judicial para regular a adoção.

Que essa “adoção à brasileira” é extremamente comum, ninguém duvida. Em 1990, a revista *Isto É* publicou a saga de um agricultor do interior gaúcho, acusado de ter declarado filha de sua companheira, mãe solteira, como sendo dele. Ameaçado de multas e até pena de prisão, ele foi socorrido por uma legião de juristas, declarando que, no Brasil, a prática (de falsificação ideológica) é, no mínimo, dez vezes mais comum do que a adoção. (FONSECA, 2006, p.129)

Contudo, a tolerância de tal prática, acaba por levar as famílias substitutas a não regularizarem a situação da adoção, e assim, formam um quadro de instabilidade para crianças e adolescentes, pois, apenas com a adoção legal a criança ou adolescente passa a ser considerado como filho legítimo.

1.3. Adoção segundo o Código Civil – Lei nº 10.406/2002

A adoção pelo Código Civil de 2002, na parte do direito substantivo, é regida por suas regras, disciplinada nos arts. 1.618 a 1.629, e quanto ao seu procedimento seguem os princípios preceituados pelo Código de Processo Civil.

O atual Código Civil alterou o limite de idade da maioridade civil para dezoito anos, preceitua assim seu art. 1.618: “Só a pessoa maior de 18 (dezoito) anos pode adotar”. Contudo, cabe ao juiz verificar o caso concreto para verificar se o candidato interessado possui aptidão para adotar, pois, ao completar 18 anos não significa que a pessoa adquire maturidade suficiente para assumir uma criança ou adolescente.

Quando se tratar de adoção por duas pessoas, traz o Código Civil uma exceção, bastando apenas um deles possuir 18 anos, como disciplina o parágrafo único do art. 1.618: “A adoção por ambos os cônjuges ou companheiros poderá ser formalizada, desde que um deles tenha completado 18 (dezoito) anos de idade, comprovada a estabilidade da família”, como já ditava o art. 42, § 2º, do ECA.

Completa o art. 1.622, do Código Civil, a adoção por cônjuges ou companheiros: “Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável”.

É prevista, também, no parágrafo único do citado artigo, reeditando regra inserida no §4º do art. 42 da Lei nº8.069, adoção por adotantes divorciados ou judicialmente separados: “Os divorciados e os judicialmente separados poderão adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas, e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância da sociedade conjugal”.

O art. 1.619 do Código atual requer uma diferença de idade entre adotando e adotante de dezesseis anos: “O adotante há de ser pelo menos 16 (dezesseis) anos mais velho que o adotado”, impunha igual diferença de idade o Estatuto da Criança e do Adolescente, no § 3º do art. 42.

Na forma do art. 371 do Código Civil anterior e do art. 44 da Lei nº 8.069, autorizava-se a adoção por tutor ou curador, desde que prestadas às contas da

administração dos bens da criança ou adolescente. O Código Civil em vigor, no art. 1.620, conservou o mesmo princípio: “Enquanto não der contas de sua administração e não saldar o débito, não poderá o tutor ou curador adotar o pupilo ou o curatelado”.

O art. 1.621 do Código Civil em vigor: “A adoção depende de consentimento dos pais ou dos representantes legais, de quem se deseja adotar, e da concordância deste, se contar mais de 12 (doze) anos”, trata do consentimento dos pais biológicos e do adolescente como requisito para o processo de adoção. Comenta o § 1º sobre a dispensa do consentimento, em caso de pais desconhecidos ou destituídos do poder familiar.

Ainda dispõe sobre outras hipóteses de dispensa do consentimento o art. 1624:

Art. 1.624. Não há necessidade do consentimento do representante legal do menor, se provado que se trata de menor exposto, ou de menor cujos pais sejam desconhecidos, estejam desaparecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar, sem nomeação de tutor; ou de órfão não reclamado por qualquer parente, por mais de um ano.

Contudo, o respectivo artigo tem gerado polêmica, pois estaria ferindo o melhor interesse da criança ou do adolescente, que teria que esperar por um ano a ausência de reclamação de algum parente, para só assim poder ser adotado, algo inviável para quem se encontra destituído da convivência familiar, como defende Guimarães (2003, p. 42):

A exigência agora contida no art. 1.624 do novo Código Civil, para que se aguarde por um ano antes de se promover a adoção do órfão não reclamado por parentes fere os princípios gerais do Estatuto da Criança e do Adolescente, no que se refere à proteção integral e prioridade absoluta. Em consonância com o art. 227 da Constituição Federal, reza o art. 4º do ECA, que *é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público, assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária*, sendo que, nos termos do parágrafo único, alínea a, do referido art. 4º do ECA, *a garantia a prioridade compreende primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias*. (grifo do autor).

Comete também o § 2º, do artigo 1.621, controvérsias, pois torna revogável o consentimento dos pais para a efetivação da adoção até a publicação da sentença, e com isso gera um quadro de instabilidade à criança e aos

pretendentes à adoção, pois os pais biológicos ao voltarem atrás de sua decisão encontram o adotando já com a família substituta. Por isso esta etapa do consentimento é muito delicada, em vista da confusão que pode se formar caso a família resolva voltar atrás sobre sua autorização para a adoção.

Inova, ainda, o novo Código Civil, ao afirmar que o consentimento dos pais para com a adoção, previsto no caput do art. 1.621 do novo Código Civil, é revogável até a publicação da sentença constitutiva da adoção. O dispositivo poderá gerar insegurança aos pretendentes à adoção, bem como à criança, em razão da possibilidade conferida aos pais biológicos de voltarem atrás em sua decisão, em momento em que o adotando já se encontra, muitas vezes, na guarda dos requerentes à adoção. (BRAUNER E AZAMBUJA, 2003, p. 37)

Para complementar, o art. 1.621 e seus parágrafos correspondem ao já exposto art. 45, do ECA, que regula exatamente sobre o consentimento e as hipóteses de sua dispensa.

Por esta razão, para evitar qualquer tipo de confusão e prejuízo para o adotando, a lei civil passou a exigir o processo judicial, com expressa autorização do juiz, através de sentença constitutiva para conceder a adoção e a assistência do Poder Público, tanto para crianças e adolescentes, quanto para maiores de 18 (dezoito anos) anos, como preceitua seu art. 1.623 e seu parágrafo único.

Art. 1.623. A adoção obedecerá a processo judicial, observados os requisitos estabelecidos neste Código.

Parágrafo único. A adoção de maiores de dezoito anos dependerá, igualmente, da assistência efetiva do Poder Público e de sentença constitutiva.

Não obstante as regras acima referidas, que servem para proteger a adoção, vale ressaltar, que há projeto de Lei em tramitação, que altera o novo Código Civil e que, no que tange ao tema, dará nova redação ou acrescentará parágrafos aos dispositivos adiante mencionados, estabelecendo o seguinte: a adoção de maiores de 18 anos reger-se-á, no que for aplicável, pelas normas do novo Código Civil, sendo formalizada por escritura pública, cuja eficácia dependerá de registro no Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais, depois de homologada pelo Ministério Público, conforme nos explica Guimarães (2003). Cabe assim discutir se a referida mudança traria benefício para a legitimidade da adoção

de maiores de 18 anos de idade, ou se poderia trazer mais fraudes e conflitos sem a respectiva decisão do juiz, pessoa competente para julgar processos de adoção.

Também em consonância com o art. 41 do ECA, o Código Civil de 2002 rege em seu art. 1.625 sobre a proteção integral da criança e do adolescente, devendo sempre serem eles os efetivos beneficiados com a adoção, pois, afinal, o que se busca proteger é o adotando, a parte mais frágil e que por isso merece maior atenção.

O ECA passa a promover a adoção como primordialmente um ato de amor e não simplesmente uma questão de interesse do adotante. Os efeitos da adoção especificam que 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. (WEBER, 2005, p. 61)

Assim, com a Lei n° 8.069 e o Código Civil de 2002, desapareceram possíveis dúvidas, pois o adotado adquire a condição de filho, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes consangüíneos, salvo quanto aos impedimentos matrimoniais, segundo o art. 1.626 da Lei civil, o que envolve o nome que trazia da família anterior.

O art. 1.627 confirma a mudança do sobrenome, e, aliás, vai mais longe, pois autoriza, inclusive, a mudança do prenome: “A decisão confere ao adotado o sobrenome do adotante, podendo determinar a modificação de seu prenome, se menor, a pedido do adotante ou do adotado”.

Ainda cabe conforme art. 1.626, parágrafo único, a adoção de filho de cônjuge ou companheiro pelo outro, sem extinguir o vínculo de filiação entre o adotado e o cônjuge ou companheiro do adotante e os respectivos parentes, relacionado com o art. 41, § 1º, do ECA.

Confirma ainda o Código Civil de 2002, os efeitos da sentença após o trânsito em julgado, como já definido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 42, § 5º, sendo exceção a adoção *post mortem*, em que a lei determina o efeito retroativo à data do óbito, como explica Venosa (2009, p. 285):

O procedimento já deve ter sido iniciado em vida, cabendo ao juiz analisar sobre a conveniência de adoção *post mortem* (art. 1.628). Não é admitida a adoção sem que o interessado tenha iniciado o processo. Não se trata, pois, de modalidade de adoção nuncupativa, que o legislador não contemplou.

O Código Civil também não apresenta a proibição prevista no ECA de adoção por ascendente e irmãos do adotando. Embora não exista no Código Civil regra proibitiva de adoção de pessoas ligadas por estreitos laços de parentesco com o adotante, não há sentido moral nenhum a adoção de um irmão por outro irmão, ou de neto pelo avô, afinal a família do adotante deve ser distinta da família do adotado, a fim de se evitar confusões de, por exemplo, a avó se transformar em mãe ou o irmão virar pai.

O novo Código silenciou sobre a proibição prevista no ECA adoção por ascendente e irmãos do adotando. Justifica-se tal proibição porquanto os parentes próximos já estão obrigados a prestar-lhe toda a assistência. Nesse caso, não tendo sido revogado expressa ou tacitamente o § 1º, do art. 42 da Lei especial, permanece a proibição, como permanece, pela mesma razão, a vedação da adoção por procuração. (GRISARD FILHO, 2003, p. 30)

Reconhece Rizzardo (2004) que apenas em situações especiais há de se admitir a adoção de netos, como nas hipóteses de filhos não reconhecidos pelos pais. Contudo não é posição majoritária. Exemplifica ainda Grisard Filho (2003), situação de adoção de neto por avós, contrariando a lei, e levando-se em consideração a proteção integral da criança e do adolescente, entendeu assim o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás ao julgar recurso de apelação interposto pelo Ministério Público (ApC 4.595-01/188, rel. Des. Gonçalo Teixeira e Silva, Revista Jurídica 209/77-81).

O art. 1.629 também silencia quanto à adoção internacional, deixando a adoção por estrangeiros às regras da Lei, em especial ao Estatuto da Criança e ao Adolescente. Prevaecem assim os casos e condições dos arts. 51 e 52, para os menores de 18 (dezoito) anos, sendo que para os maiores de idade não fica proibido à adoção internacional, porém não cabem a eles respectivas regras.

Diferentemente dos arts. 373 e 374, do Código Civil de 1916, que permitia a devolução da criança e do adolescente, como já visto, o atual Código Civil não permite a devolução, contudo há exceções.

Ensina Rizzardo (2004), que ainda o incapaz tem o direito de entrar com ação para discordar da adoção, ou anulá-la, por um prazo de quatro anos, a contar de quando cessada sua incapacidade⁵, como ratifica o art. 178, inc. III, do Código

⁵ A incapacidade civil cessa aos 18 anos, quando o adolescente passa a assumir responsabilidade por todos os seus atos, trata-se da capacidade de direito, determinada por lei e conferindo à pessoa a titularidade de seus direitos, segundo o art. 2º, do Código Civil. Como explica Veronese (1999), este tipo de capacidade não deve ser confundido com a capacidade de fato,

Civil (art. 178, § 9º, inc. V, letra C, do Código anterior), onde está que decai em quatro anos o direito para anular os negócios jurídicos, relativos aos atos dos incapazes, contado o prazo do dia em que cessar a incapacidade.

Relata ainda Rizzardo (2004) sobre a inexistência, nulidade e anulabilidade da adoção. Comenta o autor sobre as hipóteses de inexistência da adoção citadas por Pontes de Miranda: a) se não existir a pessoa que se quis adotar, ou se já estiver falecida na data do ato; b) quando não existir, ou na data do ato já estiver morto o pretendido adotante; e, c) se não consentiu o adotado, ou, se absolutamente incapaz, não o representou o pai, tutor ou curador. E ainda acrescenta duas hipóteses, uma em caso de ausência de formalidade essencial e falta de objeto, e a outra na ausência das condições da pessoa em adotar.

Quanto à nulidade, cita o mesmo autor as hipóteses que tornam a adoção nula, são elas a inobservância da idade que deve ter o adotante, ou a diferença entre este e o adotado, a falta de prestação de contas pelo adotante se era antes curador ou tutor, a existência de anterior adoção e a incapacidade do adotante.

Quanto à anulabilidade da adoção, Rizzardo (2004, p. 561) sugere tais proposições:

De acordo com as hipóteses mais freqüentes, salientam-se as seguintes possibilidades de anulação:

- a) Falta de consentimento dos pais, ou do tutor, ou curador, no ato da adoção, sendo o adotado relativamente capaz.
- b) Não prestação de contas, pelo autor ou curador, antes de um ou outro adotar o tutelado ou curatelado.
- c) Não assentimento do menor relativamente capaz.
- d) Falta de consentimento da pessoa que tinha a guarda.
- e) A existência de vício de consentimento (erro, dolo, coação ou simulação).

O ato de adoção se torna anulável por irregularidade, constatando-se a presença de prejuízo a uma das partes, contudo pode ser convalidado, se em consonância com a vontade do adotado e do adotante, não se declarando assim a sua anulação. Possui legitimidade para pedir a anulação ou a nulidade da adoção, o adotado, os pais do adotado, terceiros interessados, e o Ministério Público.

1.4. Processo de adoção e suas fases

O processo de adoção ocorrerá judicialmente à semelhança de uma demanda, respeitando-se os procedimentos previstos na Lei nº 8.069/90 e no Código Civil de 2002. O procedimento para adoção⁶ ocorrerá conforme os arts. 165 a 170, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Pode-se afirmar, ainda, com base nas várias disposições do ECA, quanto ao processo, que este é *isento de custas e emolumentos* (art.141, § 2º), corre em *segredo de justiça* (art. 206), é da competência do *Juiz da Infância e da Juventude* (art. 148, III) do domicílio dos pais ou responsáveis ou do lugar onde se encontra a criança (art. 147). (GRANATO, 2005, p.174)

A primeira fase do processo de adoção é a concordância dos pais biológicos ou do representante legal do adotando, como dispõe o art. 45, do ECA, e o art. 1.621, do novo Código Civil. Relata Guimarães (2003, p. 41), “não havendo anuência dos pais, e estando presentes os motivos ensejadores da perda do poder familiar, poderá ser proposta ação de destituição, pelo Ministério Público ou por quem tenha legítimo interesse, visando possibilitar a adoção”.

Ainda se faz necessário o consentimento do adotando, quando este for maior de 12 (doze) anos, estabelece assim o art. 45, § 2º, do ECA, e art. 1.621 do Código Civil de 2002, e sempre que possível a criança de até 12 (doze) anos deverá ser ouvida sobre o pedido, segundo art. 168, do Estatuto.

O requerimento da adoção será padronizado e conterá os requisitos constantes do art. 165, do ECA, e aplicáveis à adoção por força de seu parágrafo único, a competência será do Juizado da Infância e da Juventude.

Art. 165. São requisitos para a concessão de pedidos de colocação em família substituta:

- I - qualificação completa do requerente e de seu eventual cônjuge, ou companheiro, com expressa anuência deste;
- II - indicação de eventual parentesco do requerente e de seu cônjuge, ou companheiro, com a criança ou adolescente, especificando se tem ou não parente vivo;
- III - qualificação completa da criança ou adolescente e de seus pais, se conhecidos;

⁶ Cabe apontar, como divulga Granato (2005), que existe um Projeto de Lei Nacional da Adoção, de iniciativa do deputado federal João Matos, do estado de Santa Catarina, sob o nº 1.756/2003, que visa concentrar em uma única lei todas as disposições a respeito da adoção, conforme justificativa fundamentada, o projeto já foi aprovado pela Câmara dos Deputados, faltando à votação do senado.

IV - indicação do cartório onde foi inscrito nascimento, anexando, se possível, uma cópia da respectiva certidão;
V - declaração sobre a existência de bens, direitos ou rendimentos relativos à criança ou ao adolescente.

Parágrafo único. Em se tratando de adoção, observar-se-ão também os requisitos específicos.

Documentos ou informações sobre o adotante são importantes e por isso também costumam ser exigidos, como atestados ou certidões de antecedentes, folha corrida judicial, comprovante de residência, da profissão, dos rendimentos e grau de escolaridade, como expõe Rizzardo (2004).

A petição com o pedido de adoção pode ser assinada por advogado, ou pelos próprios adotantes, em caso de falecimento dos pais naturais, não havendo mais poder familiar, assim como, no caso de destituição ou suspensão do poder familiar, ou se consentido pelos pais, podendo ser formalizado o pedido diretamente no cartório, como esclarece o art. 166, do Estatuto. É obrigatório os pais serem ouvidos e suas declarações tomadas a termo, assim como a participação do Ministério Público (art. 166, parágrafo único).

Depois do pedido, inicia-se uma nova fase, de estudo acerca da família adotante, são verificadas as condições pessoal, social e econômica, trata-se de um momento muito importante, pois é nessa fase que se verifica a estrutura da família para receber o adotando, afinal o que se busca é uma família para a criança. Por isso se faz necessário um estudo psicossocial para se apurar o equilíbrio psíquico, afetivo e moral da família, conta-se para isso com o auxílio de pessoas especializadas, psicólogos, assistentes sociais, médicos, entre outros, que irão assim auxiliar o juiz, como dispõe o art. 167, do Estatuto.

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

Além do estudo psicológico, se faz necessário um estudo jurídico do candidato, afinal o adotante ou os adotantes devem ter consciência do sentido de uma adoção, suas responsabilidades, obrigações, efeitos e suas repercussões civis.

O juiz, depois de analisar o estudo feito acerca do adotante, deve constatar se o candidato está apto para a adoção. Estando o candidato habilitado a

adotar, segue o estágio de convivência, período fixado pelo juiz para a criança ou adolescente se adaptar à nova família, o prazo deve ser observado de acordo com cada caso, como determina o art. 46, do ECA.

Atualmente, é defesa a devolução do adotado após o trânsito em julgado da sentença que efetiva a adoção. Por isso, durante o curso do processo de adoção é permitido à família substituta um estágio de convivência, necessário este para se confirmar à vontade de adotar e estabelecer a relação de pais e filhos. O estágio de convivência constitui a oportunidade dos pretendentes de devolverem a criança ou adolescente, procurando-se evitar com isso situações confusas e a posterior desistência da adoção.

O prazo do estágio de convivência será determinado pelo juiz, como dispõe o ECA e o Código Civil de 2002, diferentemente da Lei n° 5.655, de 1965, concernente à legitimação adotiva, que o fixava em três anos, e da Lei n° 6.697, de 1.979, relativa à adoção plena, a qual fixava em um ano tal lapso de tempo.

A dispensa deste período ocorre em duas hipóteses, se o adotando não alcançou um ano de idade, ou se o mesmo já se adaptou ao adotante, como dispõe o art. 46, §1º, do ECA: “O estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando não tiver mais de um ano de idade ou se, qualquer que seja a sua idade, já estiver na companhia do adotante durante tempo suficiente para se poder avaliar a conveniência da constituição do vínculo.”

O juiz definirá o seu critério para estipular o tempo necessário do período do estágio de convivência, para que assim se efetive a adoção, porém, deve-se respeitar o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Somente nos casos de adoção de estrangeiros, conhecida também como adoção internacional, é que o prazo mínimo do estágio de convivência é determinado por lei.

Sendo de quinze dias, quando se tratar de criança com idade igual ou inferior a dois anos, e de trinta dias, na hipótese de o adotando ter mais de dois anos de idade, conforme art. 46, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Cabendo assim ao juiz estabelecer o prazo que reputar necessário, obedecido ao mínimo legal. Assim, para esta modalidade de adoção foi determinado um prazo mínimo de convivência do adotante com o adotado, devendo este obrigatoriamente permanecer em seu país de origem até ser concedida a adoção.

O adotante possui o direito de desistência do processo ou retratação no período do estágio de convivência, quando devidamente justificado, podendo

requerer ao juiz novo pedido de adoção, decisão que caberá ao juiz, o qual deverá primar pelo princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Como conseqüência da imprescindibilidade do pedido pelos cônjuges conjuntamente, está o princípio de que a desistência do processo ou retratação, por um deles, implica a terminação do feito. Pode, porém, ser novamente requerida a adoção plena do mesmo ou de outro menor. A desistência ou retratação não impede novo pedido; apenas serve de elemento para o juiz negá-la pela insegurança (elemento subjetivo, de mérito) que possa revelar para o menor.

A desistência pode ter lugar, por qualquer dos cônjuges, até o trânsito em julgado de sentença; só então torna-se irrevogável a medida. (BITTENCOURT, 2002, p. 284)

Aconselha Rizzardo (2004), que no período do estágio deve haver um acompanhamento pela equipe de pessoas do juizado, onde se processa o pedido, a fim de se averiguar como transcorre o convívio da família com o adotando. Muitos doutrinadores entendem ser o estágio de convivência não apenas uma avaliação requerida pelo juiz, mas sim um momento de necessidade da família e por isso deve ser acompanhado por pessoas capacitadas para ajudarem neste período de adaptação para todos os envolvidos na adoção.

[...], podemos considerar que todo esse processo, que implica rupturas dolorosas e que se caracteriza por um período de intensa instabilidade, chamado estágio de convivência, requer um trabalho de acompanhamento técnico específico à família. Segundo as próprias famílias, este não deveria se limitar ao período do estágio probatório como uma avaliação requerida pelo judiciário, mas ser um suporte técnico que atenda à necessidade da família. (VARGAS, 1998, p. 149)

Depois de tomadas todas as providências devidas, chega o momento final do procedimento, com vistas dos autos ao Ministério Público, conforme art. 168 do diploma específico: “Apresentado o relatório social ou o laudo pericial, e ouvida, sempre que possível, a criança ou o adolescente, dar-se-á vista dos autos ao Ministério Público, pelo prazo de cinco dias, decidindo a autoridade judiciária em igual prazo”.

Logo após a ouvida do Ministério Público, o juiz proferirá a decisão, sendo indispensável à sentença e o novo registro civil da criança ou adolescente, suprimindo o anterior, como dispõe o art. 47, do ECA.

O procedimento será de jurisdição voluntária quando houver consentimento dos pais para a adoção ou os mesmos não possuírem mais o poder

familiar; ou, então, de jurisdição contenciosa, caso a família ainda possua o poder familiar ou quando duas ou mais pessoas pretenderem a adoção do mesmo infante.

O próprio Estatuto prevê, porém, taxativamente, dois casos de dispensabilidade do consentimento, hipóteses em que o procedimento ainda continua sendo consensual, de jurisdição voluntária: (1) o adotando cujos pais sejam desconhecidos e (2) o adotando cujos pais tenham sido destituídos do pátrio poder. (ATAIDE JR., 2001, p. 214)

Cabe observar ainda no processo de adoção o direito do contraditório e do devido processo legal para que haja a perda do poder familiar, garantido pelo art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal, e assim como para a concessão da adoção a observação do já visto art. 47, como determina os arts. 169 e 170, do Estatuto.

Art. 169. Nas hipóteses em que a destituição da tutela, a perda ou a suspensão do pátrio poder constituir pressuposto lógico da medida principal de colocação em família substituta, será observado o procedimento contraditório previsto nas Seções II e III deste Capítulo.

Parágrafo único. A perda ou a modificação da guarda poderá ser decretada nos mesmos autos do procedimento, observado o disposto no art. 35.

Art. 170. Concedida a guarda ou a tutela, observar-se-á o disposto no art. 32, e, quanto à adoção, o contido no art. 47.

A sentença seguirá os pressupostos e os requisitos do Código de Processo Civil, assim como o procedimento para interpor recursos, levando-se em consideração o que dispõe o art. 198, do Estatuto:

Art. 198 - Nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude fica adotado o sistema recursal do Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973, e suas alterações posteriores, com as seguintes adaptações:

I - os recursos serão interpostos independentemente de preparo;

II - em todos os recursos, salvo o de agravo de instrumento e de embargos de declaração, o prazo para interpor e para responder será sempre de dez dias;

III - os recursos terão preferência de julgamento e dispensarão revisor;

IV - o agravado será intimado para, no prazo de cinco dias, oferecer resposta e indicar as peças a serem trasladadas;

V - será de quarenta e oito horas o prazo para a extração, a conferência e o conserto do traslado;

VI - a apelação será recebida em seu efeito devolutivo. Será também conferido efeito suspensivo quando interposta contra sentença que deferir a adoção por estrangeiro e, a juízo da autoridade judiciária, sempre que houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação;

VII - antes de determinar a remessa dos autos à superior instância, no caso de apelação, ou do instrumento, no caso de agravo, a autoridade judiciária

proferirá despacho fundamentado, mantendo ou reformando a decisão, no prazo de cinco dias;

VIII - mantida a decisão apelada ou agravada, o escrivão remeterá os autos ou o instrumento à superior instância dentro de vinte e quatro horas, independentemente de novo pedido do recorrente; se a reformar, a remessa dos autos dependerá de pedido expresso da parte interessada ou do Ministério Público, no prazo de cinco dias, contados da intimação.

Existe ainda o processo de habilitação, o qual ocorre quando não há disposição de criança ou adolescente para adoção, os interessados se dirigem ao juizado para fazerem a solicitação e a partir deste momento se inicia o estudo acerca dos possíveis adotantes, suas condições sociais e materiais, feita por equipe interprofissional do próprio juizado, como num processo de adoção. Depois os dados colhidos e os pareceres são mandados para o Ministério Público, que segue para o juiz, que decidirá se os candidatos são habilitados para adotar. Com a sentença de habilitação, os candidatos entram para uma lista, e assim quando aparecer uma criança ou adolescente desejado, dispensa-se as etapas anteriormente analisadas, e concede-se o estágio de convivência ou a imediata adoção.

São os efeitos da adoção, listados por Rizzardo (2004): a) desaparecem todas as ligações com a família natural, salvo quanto aos impedimentos para o casamento; b) os parentes do adotado serão os dos pais adotantes; c) o adotado é equiparado nos direitos e obrigações ao filho sangüíneo, assegurando-se a ele o direito a alimentos e assumindo os deveres de assistência aos pais adotivos; d) no direito sucessório há igualdade de participação na herança com outros filhos; e) o novo vínculo da filiação é definitivo; f) nada mais constará referentemente aos pais biológicos, e assim aos outros parentes, pois será cancelado o registro original; g) os efeitos pessoais compreendem o direito a nome do adotando e o parentesco com a família adotiva; h) quanto aos adotados, em razão dos poderes e deveres de guarda, criação e educação dos pais, decorrem naturalmente os deveres de respeito e obediência, até completarem a maioridade, ou se tornarem independentes, assim como ao direito de receberem alimentos enquanto dependentes, advém a obrigação de prestarem tal assistência quando capazes economicamente, e necessitarem os pais; i) as obrigações alimentares são extensivas a todos os ascendentes e, somente na falta destes, aos descendentes, guardada a ordem da sucessão, sendo que inexistindo ascendente ou descendente, tocará o dever aos irmãos germanos ou unilaterais; j) igualdade dos direitos sucessórios, envolvendo também a sucessão dos avós e dos colaterais, tudo identicamente como acontece na filiação biológica.

Assim, a adoção visa instituir um novo estado de filiação, à qual possui caráter de irrevogabilidade e prima pelo melhor interesse da criança e do adolescente. A adoção é uma modalidade de colocação em família substituta, juntamente com a guarda e a tutela, contudo, inegável seu valor diante do maior benefício trazido à criança e ao adolescente, uma vez que cria vínculos definitivos entre a família e o adotado. Entretanto, nem mesmo com todo o cuidado e precauções do processo de adoção, tem-se conseguido evitar o problema de crianças e adolescente “devolvidos”.

CAPÍTULO 2

2. O PROBLEMA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES “DEVOLVIDOS”

A colocação da criança e do adolescente em família substituta tem por finalidade assegurar a proteção integral, priorizando o direito à convivência familiar e comunitária, responsabilidade da família, da sociedade e do Estado. Entretanto, os direitos da criança e do adolescente nem sempre são respeitados, e muitas famílias adotantes acabam devolvendo crianças e adolescentes.

O problema da devolução de crianças e adolescentes ocorre em todas as modalidades de colocação em família substituta, na guarda, na tutela e na adoção. Na modalidade de adoção, a devolução ocorre tanto no período do estágio de convivência, quanto após a adoção, embora depois da sentença transitar em julgado ela se torne irrevogável.

O problema de crianças e adolescentes “devolvidos” é de responsabilidade de todos, pois os danos causados repercutem por toda a sociedade, é um tema que exige maior atenção e estudo, em todas as áreas, no direito, na psicologia, no serviço social, para que juntas possam encontrar uma maneira de amenizar o problema que atinge muitas crianças e adolescentes.

Assim, necessário se faz a análise sobre a extinção do poder familiar e a colocação em família substituta, para se abordar o problema de crianças e adolescentes “devolvidos”, assim como, as motivações que levam a família substituta a praticarem o ato da devolução, como forma de buscar uma solução para amenizar esse problema.

2.1. A extinção do poder familiar

O poder familiar trata de um conjunto de direitos e deveres associados ao pai e a mãe, tanto de ordem pessoal, quanto patrimonial, instituto que foi criado em Roma, então chamado de pátrio poder, e que visava exclusivamente o interesse do chefe de família, como explica Venosa (2009). Atualmente o poder familiar se encontra disposto nos arts. 1.630 a 1.638 e dos arts. 1.689 a 1.693, do Código Civil de 2002.

Assim, a nomenclatura de “poder familiar” é preferida à de “pátrio poder”, expressa no Estatuto da Criança e do Adolescente, pois, agora, os direitos e deveres são de ambos os pais em relação aos filhos, exercidos harmonicamente. (HOPPE, 2003, p. 16)

Atualmente ambos os pais têm o poder familiar sobre a criança ou o adolescente, em regime de absoluta igualdade, como preceitua o Código Civil de 2002, art. 1.631, nenhuma distinção ou preferência existe entre os genitores no exercício do poder familiar, cabendo a eles, em igualdade de condições, os respectivos direitos e deveres.

Isto posto, o “Poder Familiar”, conforme a denominação dada pelo novo Código Civil, é o misto de poder e dever imposto pelo Estado a ambos os pais, em igualdade de condições, direcionando ao interesse do filho menor de idade não emancipado, que incide sobre a pessoa e o patrimônio deste filho e serve como meio para mantê-lo, protegê-lo e educá-lo. (VERONESE; GOUVÊA; SILVA, 2005, p. 21)

No Código Civil de 2002 relativos ao instituto do poder familiar, localizam-se os arts. 1.635 ao 1.638, onde se verifica situações em que os pais podem sofrer suspensão ou perda dos direitos inerentes ao instituto. É preciso distinguir antes de entendermos os procedimentos, a distinção entre perda e extinção do poder familiar.

A extinção do poder familiar se opera *ipso iure* (pelo próprio direito), e é decorrência natural da verificação nos casos previstos no art. 1.635 do CC. Cabe destacar que a adoção como causa de extinção do poder familiar pode restringir-se as hipóteses de jurisdição voluntária, em que o juiz não precisa decretar a perda para deferir a adoção. Assim, como nos explica Ataíde Jr. (2001), o poder familiar dos pais naturais, neste caso, simplesmente se extingue pela adoção deferida, o

qual constitui um novo estado de direito com a criação do poder familiar para os pais adotivos.

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:
I - pela morte dos pais ou do filho;
II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;
III - pela maioridade;
IV - pela adoção;
V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

Já a destituição ou perda do poder familiar é uma espécie de sanção pela violação de deveres jurídicos preestabelecidos aos pais e somente se verifica por ato judicial, em procedimento contencioso, garantido o contraditório e a ampla defesa, conforme art. 24, do ECA. As hipóteses estão previstas no art. 1.638, do Código Civil de 2002, castigos imoderados, abandono, prática aos atos contrários á moral e aos bons costumes e o descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22, do ECA, dever de sustento, guarda, e educação dos filhos, além da obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

A destituição do poder familiar passa a figurar como pressuposto lógico para a adoção, devendo ser observado o procedimento contraditório previsto nos arts. 155 a 163 do Estatuto.

O pedido para a perda ou suspensão do poder familiar pode se dar por provocação do Ministério Público, por quem tenha legítimo interesse ou até mesmo de ofício pelo juiz, o qual reduzirá a termo e dará vista ao Ministério Público, conforme art. 155, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Terá legítimo interesse para entrar com o pedido a mãe ou o pai em relação ao outro, os parentes, e qualquer pessoa que pretenda tutelar ou adotar a criança ou o adolescente. Esclarece Veronese, Gouvêa e Silva (2005), que se trata de legitimidade extraordinária, situação que a lei permite expressamente que outro, que não for o sujeito da relação jurídica de direito material possa litigar em nome próprio, direito alheio, como dispõe art. 6º, da lei processual.

A petição inicial seguirá os requisitos do art. 156, do ECA, e subsidiariamente como ordena o art. 152, aplicar-se-á as normas da legislação processual. Assim, há de se respeitar os arts. 282 a 296 do CPC, dando especial atenção ao art. 284, o qual determina que a petição inicial poderá ser emendada ou completada, a fim de que a ação seja iniciada.

Art. 156. A petição inicial indicará:

I – a autoridade judiciária a que for dirigida;

II – o nome, o estado civil, a profissão e a residência do requerente e do requerido, dispensada a qualificação em se tratando de pedido formulado por representante do Ministério Público;

III – a exposição sumária do fato e do pedido;

IV – as provas que serão produzidas, oferecendo, desde logo, o rol de testemunhas e documentos.

Existem duas formas de inibição do poder familiar: a perda, forma definitiva, e a suspensão, forma provisória. A perda do poder familiar não pode ser decretada de imediato, uma vez que é obrigatório o devido processo legal, respeitando-se os princípios do contraditório e da ampla defesa. Por isso só nos casos expressos por lei será aplicada esta medida, enumeradas no art. 1.638, do Código Civil de 2002.

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

Já a suspensão do poder familiar pode ser decretada liminar ou incidentalmente, até o julgamento definitivo, quando comprovado motivo grave, como dispõe o art. 157, do Estatuto. As hipóteses de suspensão estão no art. 1.637 e seu parágrafo único do Código Civil de 2002. Neste caso, a criança ou o adolescente fica confiado à pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade.

Tendo sido decretada a suspensão provisória do poder familiar, quer seja liminar ou incidentalmente, será conferida a guarda da criança ou adolescente a pessoa idônea (art. 33, § 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente), sob termo de responsabilidade, consoante a parte final do artigo em estudo. (VERONESE; GOUVÊA; SILVA, 2005, p. 202)

Observando que esta prerrogativa já é concedida pelo art. 798, do Código de Processo Civil, quando pelo poder geral de cautela, o juiz poderá determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, no caso de existir fundado receio de lesão grave e de difícil reparação.

O requerente depois de citado, terá o prazo de 10 (dez) dias para oferecer resposta, indicando desde logo, as provas documentais e testemunhais, procedimento disposto no art. 158, do ECA. A citação deverá obedecer aos arts. 213 a 233 do CPC e todos os meios deverão ser esgotados para a citação pessoal.

Todavia, se o réu não apresentar resposta em tempo hábil, não será considerado revel, afinal, o poder familiar é um direito indisponível, nos termos do art. 319 e 320, inciso II, do CPC. Neste caso, se houver citação por edital ou por hora certa, o Juiz da Infância e da Juventude nomeará curador especial (art. 9º, inciso II, do CPC).

Pode o requerido desde que hipossuficiente requerer que seja nomeado advogado dativo, para apresentar resposta, contando-se o prazo a partir da sua nomeação, trata-se de preceito constitucional reiterado pelo art. 159, do ECA.

A apresentação de documentos que interesse à causa, de ofício ou a pedido das partes ou do Ministério Público poderá ser requerida, a qualquer momento, de órgão público, conforme art. 160, do ECA, preceito já determinado pelo art. 130, do Código de Processo Civil, além da previsão constitucional, no art. 5º, XXXIV, b, e do art. 399, do CPC.

Depois de citado o requerido, e não havendo contestação, dar-se-á vistas ao Ministério Público por 5 (cinco) dias, devendo após o juiz decidir em igual prazo. O juiz ainda pode determinar a realização de estudo social ou perícia por equipe interprofissional, bem como a oitiva de testemunhas, e quando possível e razoável, a oitiva da criança ou do adolescente, quando o pedido importar modificação de guarda. Procedimentos estes estabelecidos no art. 161 e seus parágrafos, do ECA.

Caso contrário, como menciona o art. 162, do ECA, se a parte apresentar resposta, dar-se-á a vista dos autos ao Ministério Público, por 5 (cinco) dias, e se for este o requerente, a audiência de instrução e julgamento será designada imediatamente.

E como explica Elias (1994, p. 142), “se não houver outras provas que demandem tempo para a sua realização, a urgência em se resolver a questão recomenda que a audiência seja marcada com rapidez, logo após a juntada do estudo social.” O que se busca é proteger a criança ou o adolescente, que necessita de urgência para resolver a questão, não podendo esperar pelas demandas do processo judicial.

Contudo, Josiane Veronese discorda de tal posicionamento, afirmando que deverá ser aberto prazo para apresentação de réplica.

Contrariamente ao disposto no caput desse artigo, apresentada a defesa no prazo legal, caberá ao magistrado, como providência preliminar, abrir oportunidade ao requerente (Ministério Público ou particular legitimado) para que apresente a “réplica” (arts. 326 e 327 do CPC), referentemente à arguição de fatos impeditivos, modificativos, extintivos de seu direito ou em

razão da apresentação de alguma das preliminares previstas no art. 301 da lei adjetiva civil. (VERONESE; GOUVÊA; SILVA, 2005, p. 210)

Poderá ainda ser determinado estudo social ou perícia por equipe interprofissional, de ofício ou a requerimento das partes ou do Ministério Público, conforme § 1º, do art. 162, do ECA. E quanto ao decorrer da audiência, estabelece o procedimento o § 2º, do mesmo artigo do Estatuto.

Art. 162. Apresentada a resposta, a autoridade judiciária dará vista dos autos ao Ministério Público, por cinco dias, salvo quando este for o requerente, designando, desde logo, audiência de instrução e julgamento.

§ 1º A requerimento de qualquer das partes, do Ministério Público, ou de ofício, a autoridade judiciária poderá determinar a realização de estudo social ou, se possível, de perícia por equipe interprofissional.

§ 2º Na audiência, presentes as partes e o Ministério Público, serão ouvidas as testemunhas, colhendo-se oralmente o parecer técnico, salvo quando apresentado por escrito, manifestando-se sucessivamente o requerente, o requerido e o Ministério Público, pelo tempo de vinte minutos cada um, prorrogável por mais dez. A decisão será proferida na audiência, podendo a autoridade judiciária, excepcionalmente, designar data para sua leitura no prazo máximo de cinco dias.

Por último, determina o Estatuto em se art. 163 que “a sentença que decretar a perda ou a suspensão do pátrio poder será averbada à margem do registro de nascimento da criança ou adolescente”. Providência necessária para a devida publicidade, estabelecida no art. 102, § 6º, da Lei nº 6.015/73, conhecida como a Lei de Registros Públicos, expressa que no livro de nascimento serão averbadas a perda ou a suspensão do poder familiar, por força do art. 264, constante das disposições finais e transitórias do Estatuto. Sendo que, a eficácia da sentença não depende, de forma alguma, de sua averbação.

No caso de adoção, o Estatuto prevê em seu art. 47, § 2º o cancelamento do registro original, ainda quando precedida da sentença de destituição, dispensando a averbação da sentença no registro da criança ou do adolescente. O novo Código Civil, contudo, equivocadamente, incluiu dentre os atos que reclamam a averbação a decisão constitutiva da adoção (art. 10, II), dispositivo este que entendemos ser flagrantemente inconstitucional (art. 227, § 6º, CF), pois estaria a legitimar a menção, no Registro de Nascimento da criança ou adolescente, de um anterior processo de adoção e, conseqüentemente, de um vínculo de filiação “não-natural”. (VERONESE; GOUVÊA; SILVA, 2005, p. 215-216)

Com referência ao art. 166, do ECA, não se pode falar em perda ou suspensão do poder familiar, afinal o consentimento dos pais na adoção não se encontra nas situações legais ensejadoras da perda do poder familiar previstas no

ordenamento jurídico. Assim, a autorização para a adoção não é uma causa de destituição, mas sim de extinção do poder familiar.

Logo a destituição do pátrio poder não encontra, no caso, o mínimo respaldo na legislação de regência, até porque a conduta dos pais, consistente em aderir à colocação do filho em família substituta, apresenta um único objetivo: proporcionar-lhe melhores condições de vida, o que nem sempre seria possível se a criança permanecesse sob a guarda deles. (SILVA, 1996, p. 7)

Sendo assim, com a perda ou a destituição do poder familiar fica a criança sob os cuidados do Estado, que passará a procurar uma família substituta para a criança ou o adolescente, buscando assim o seu melhor interesse e o seu direito à convivência familiar.

2.2. A família substituta

A criança e o adolescente possuem o direito fundamental de crescer e ser educado no seio de uma família seja ela natural ou substituta, como comenta Venosa:

A alternativa da família substituta para o menor deve surgir somente quando todas as possibilidades de manutenção do infante em sua família natural se esvaem. Desse modo, a colocação do menor em família substituta é medida excepcional de proteção destinada a amparar as crianças e adolescentes cujos direitos fundamentais se encontram suprimidos ou ameaçados. Nessa situação se inserem os menores em estado de abandono. (VENOSA, 2009, p. 276)

Para Brauner e Azambuja (2003), a adoção, assim como a guarda ou a tutela, serve como uma medida de proteção à criança ou ao adolescente. (art. 101, inciso VIII, do Estatuto da Criança e do Adolescente), aplicada quando se mostrar inviável a conservação da criança junto à família natural.

Em caso de impossibilidade da permanência da criança e do adolescente com sua família de origem, o Estatuto coloca como solução a viabilidade de uma família substituta, a qual constitui três modalidades: a primeira, a guarda, possui caráter de urgência e provisoriedade, já a tutela pressupõe uma maior duração, não

sendo utilizada em caso de urgência, e por último a adoção, medida definitiva e irrevogável.

Na colocação em família substituta, deve-se, sempre que possível, consultar a opinião da criança ou do adolescente, assim como, se levar em consideração o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, conforme rege o art. 28, do ECA.

Deve-se oferecer a criança um ambiente familiar adequado e em caso de transferência da criança ou adolescente à terceiros ou alguma instituição é necessário autorização judicial, dispõe assim os arts. 29 e 30, do ECA.

Como descreve Elias (1994, p. 19), “Além dos requisitos necessários referentes ao novo responsável, quer-se, a nosso ver, que o menor permaneça, sempre que possível; no mesmo lar, o que contribuirá para sua estabilidade emocional, necessária ao perfeito desenvolvimento”. Por isso, necessário é o cumprimento de todos os requisitos, afinal, o que o Estatuto pretende é evitar futuros danos irreparáveis as criança e adolescentes.

Ao assumir a guarda ou a tutela, o adulto presta compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo, mediante termos nos autos, e na adoção, assume a responsabilidade de pais, por força do poder familiar que lhes é transmitido, segundo art. 32, do ECA.

Diga-se, embora de passagem, que a regulamentação pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, relativamente à guarda e à tutela, envolve apenas o menor em situação irregular, processando-se as medidas protetivas pelo juizado da infância e da juventude. O mesmo acontece quanto à adoção, que sempre depende, para os menores de dezoito anos, da intervenção da autoridade judiciária do referido juizado, inclusive quando o adotando não está em situação irregular. Já no pertinente à adoção de pessoas maiores de dezoito anos, a competência recai nos juzizados comuns de família. (RIZZARDO, 2004, p. 564)

Ainda há a colocação em família substituta estrangeira, somente admissível na modalidade de adoção. A adoção internacional constitui medida excepcional, disciplinada pelo art. 31, do ECA, de caráter definitivo e irrevogável, já vista no capítulo anterior.

Sendo assim, analisar-se-ão as modalidades de família substituta que ainda não foram tratadas, ou seja, a guarda e a tutela, que embora tenham caráter temporário e revogável, ainda possuem grande importância à criança e ao

adolescente, quando estas não possuem condições de permanecer com a família natural e ainda não foram adotadas, isto é, não instituíram uma nova filiação.

Como observa Granato (2005), “Ora, a adoção é muito mais que do que apenas colocação em família substituta. Daí, colocá-la em pé de igualdade procedimental com uma simples guarda ou mesmo com a tutela, que tem características totalmente distintas da adoção, é, no mínimo, censurável”, razão pela qual a adoção ser tratada em um capítulo inteiro.

2.2.1. Guarda

Os casos de situações irregulares decorrentes de abandono, de negligência ou incapacidade dos pais, sujeitam-se à jurisdição do Juizado da Infância e da Juventude, sendo regido pela Lei nº 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente. Diferentemente dos litígios, em decorrência da separação ou do divórcio, que tramitam junto às varas de família, submetendo-se aos ditames do direito de família, contidos no Código Civil de 2002 e em leis especiais, não se tratando de família substituta.

Na modalidade de guarda deve ser fornecido à criança ou ao adolescente a assistência material, moral e educacional, não se transferindo o poder familiar, contudo o guardião tem o direito de se opor a terceiros, inclusive aos pais, o que se pretende é regular a posse de fato.

Pode ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto na adoção internacional, sendo caso excepcional sua concessão fora destes procedimentos, sendo permitidas apenas nos casos de situações peculiares ou na falta eventual dos pais ou responsável, conforme art. 33, do ECA.

A guarda pode possuir função autônoma, nem sempre antecedendo a tutela e adoção, ela pode ser deferida como forma de documentar a entrega da criança e do adolescente à nova família, ocorre especialmente em casos de abandono, de falecimento dos pais ou impossibilidade da criança ou adolescente em

permanecer com a família de origem, concedendo nestes casos o juiz a guarda a uma terceira pessoa.

O mesmo artigo determina a condição de dependente à criança ou adolescente, sem restrições de direito, inclusive previdenciários (art. 33, § 3º, do ECA). Quanto à não concessão de guarda no caso de adoção por estrangeiro, resulta do art. 31 e do art. 46, § 2º, o qual determina que o estágio de convivência deve ser integralmente cumprido no território nacional.

O Estatuto da Criança e do Adolescente ainda determina a estimulação do poder público com incentivos fiscais e subsídios da guarda de crianças ou adolescentes órfão ou abandonado (art. 34). A guarda pode ser revogada a qualquer tempo, devendo o juiz fundamentar sua decisão e o Ministério Público ser ouvido (art. 35).

Devido a essa revogabilidade, a guarda possui um caráter precário, afinal ela nunca será definitiva. Cabendo ao juiz, quando julgar conveniente, fazer o filho retornar à sua família natural. Contudo, há doutrinadores, como Rizzardo (2004), que estabelece uma divisão da guarda em definitiva e precária, a primeira resultante de uma decisão definitiva no processo, estabelecendo com quem ficará a criança; e a segunda deferida enquanto não envolvido o processo, como nas separações dos casais.

De modo geral, o processo da guarda é similar ao da adoção, sendo necessário o consentimento dos pais para a concessão da guarda, exceto se já destituídos do poder familiar. E, para a formalização do pedido, seguem-se igualmente os trâmites do art. 165 e 166, do ECA, encaminhando-se a postulação ao juiz, com a qualificação do requerente e de seu cônjuge ou companheiro, da criança ou do adolescente, e seus parentes, especificando se estes vivem.

Caso os pais forem falecidos ou tenham sido suspensos ou destituídos do poder familiar, ou se concordarem com o pedido de colocação em família substituta, a postulação será levada diretamente ao cartório, bastando à assinatura dos requerentes, e sem a necessidade de advogado. Sendo necessária a oitiva do adolescente, maior de doze anos (art. 28, § 1º), dos pais ou responsáveis, e do pretendente à guarda.

2.2.2. Tutela

A tutela é um instituto criado para proteger o incapaz e administrar seus bens, quando da falta dos pais, devendo ser deferida de acordo com lei civil e sendo necessária a prévia decretação da perda ou suspensão do poder familiar, implicando assim no dever de guarda, como disposto no art. 36, e seu parágrafo único, do ECA.

A tutela, como vimos, tem sua origem no Direito Romano, e, num primeiro momento, visava proteger mais os interesses do tutor do que do tutelado. Com o passar dos tempos o instituto evoluiu, ou seja, passou a preocupar-se mais com a pessoa e os interesses do pupilo, sendo que hoje a função do tutor é considerada um múnus público. Tem por escopo proteger os menores de 18 anos, não emancipados, que, por qualquer motivo, não estejam sob o poder familiar dos pais. (VERONESE; GOUVÊA; SILVA, 2005, p. 170)

Explica Rizzardo (2004), que há três modalidades de tutela: a testamentária, instituída por ato de última vontade; a legítima, que decorre de lei, incumbindo-a a parentes até determinado grau; e a dativa, que advém de sentença ou decisão judicial. Afirma ainda o autor que o Estatuto da Criança e do Adolescente não determina o prazo para a tutela e que visa essa modalidade de família substituta à criança e ao adolescente carente ou abandonado. Pois caso estes se encontrarem em situação regular, o pedido processa-se perante o juiz de família.

O tutor tem o dever de prestar contas dos bens do tutelado, sendo dispensado em quatro situações dispostas no art. 37 e seu parágrafo único, do ECA, quando não houver bem ou por motivo relevante, e no caso de bem imóvel, quando em nome do tutelado estiver devidamente registrado no Cartório de Registro de Imóveis, ou caso os rendimentos forem suficientes apenas para a manutenção do pupilo.

Cabe ao tutor o dever de sustento, guarda e educação, bem como de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. A falta injustificada desses deveres e obrigações, bem como a perda ou suspensão do poder familiar, serão decretadas pelo juiz, em procedimento contraditório, como determina o art. 38, do ECA.

Conforme lição do professor Walter Moraes, citado por Roberto João Elias (1994, p. 23), os dois principais efeitos da destituição da tutela são: “a) a remoção do

tutor extingue por inteiro seu vínculo pessoal e jurídico com o pupilo, só restando responsabilidade de ordem patrimonial; b) cessada a tutela, é necessária outra relação de proteção ao menor, análoga ao pátrio poder, caso contrário, o menor fica sob a tutela do Estado”.

Uma vez extinto o poder familiar dos pais, com a perda ou a suspensão do poder familiar, segue-se a nomeação do tutor, ingressando o pedido em juízo nos moldes do pedido de guarda e adoção. Formula-se, assim, o pedido segundo os preceitos dos arts. 165 e seguintes, do ECA, que tratam da colocação de criança e adolescente em família substituta, no que engloba a tutela, podendo o requerimento ser diretamente formulado no cartório.

Se houver necessidade, procede-se a instrução, com a ouvida de testemunhas, o Ministério Público interferirá em todos os atos, logo após serão ouvidas as partes, para no final, decidir o juiz. Ao assumir o encargo, o tutor prestará compromisso, mediante termo nos próprios autos, de bem e fielmente desempenhar o cargo, segundo art. 32, do ECA.

Sobre a destituição do tutor, preconiza o art. 164, do ECA, que deverá ser observado o procedimento previsto na lei processual civil, arts. 1.194 a 1.198, do CPC, ou, no que couber, o disposto na seção II, do capítulo III, do Estatuto.

Ainda determina o ECA em seu art. 38, que aplica-se à destituição da tutela o disposto no art. 24, o qual rege a obrigação de decisão judicial, mediante o direito do contraditório, nos casos previstos na legislação civil, assim como o desrespeito ao art. 22, que trata do dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, e da obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Assim, deve existir uma causa para a exoneração, não se mostra suficiente a mera vontade do juiz, como ocorre na guarda. Sendo que ao tutor é concedido, conforme o art. 1.198, do Código Civil de 2002, o direito de requerer a sua exoneração do encargo, após o decurso do prazo de dois anos de exercício.

2.3. O problema de crianças e adolescentes “devolvidos”

Quando não há mais a possibilidade da criança ou do adolescente de permanecer com a sua família natural, seja por perda ou extinção do poder familiar, busca-se proteger seus interesses e direitos, e com isso visa-se à colocação em família substituta, a qual conforme o art. 28, do Estatuto da Criança e do Adolescente, ocorre nas três modalidades já vistas, a guarda, a tutela e a adoção.

Assim, a colocação em família substituta da criança ou do adolescente tem por finalidade assegurar a proteção integral de seus direitos, entre eles o de crescer e se desenvolver no seio de uma família, que lhe traga amor e aconchego, por isso a importância da responsabilidade da família, da sociedade e do Estado diante de tal procedimento, porque é ele que vai assegurar que crianças e adolescentes cresçam e se tornem adultos felizes e prósperos.

Contudo, não é assim que ocorre com o destino da maioria das crianças e dos adolescentes que se encontram nesta situação frágil de estarem simplesmente desamparadas. O Estado quando não encontra famílias dispostas a aceitarem estas crianças e adolescentes, as levam para instituições mantidas pelo governo, como abrigos ou casas lares, onde permanecem até completarem a maioridade, sem família, e muitas vezes também sem as condições materiais e psicológicas necessárias para seu desenvolvimento, levando estas crianças institucionalizadas a uma valoração negativa quanto a seus próprios projetos de vida.

Da mesma forma, Weber e Kossobudzki (1993), pesquisando instituições do Paraná, constataram que nas instituições de internamento, por melhor equipadas que sejam, a criança recebe um tratamento massificado que não lhe possibilita um crescimento total, ou seja, biopsicossocial, uma vez que existem poucas oportunidades que possibilitem a criação de vínculos afetivos. (FRASSÃO, 2000, p. 21)

A adoção seria uma alternativa para essas crianças e adolescentes, que se encontram desamparados pelo Estado e pela sociedade, pois seria a forma de colocá-los novamente em uma família, junto à qual eles ganhariam seu papel de filho, uma vez que a adoção é a única modalidade de família substituta capaz de criar vínculos de filiação. Como argumenta Veronese e Oliveira (1998), deve-se buscar construir uma nova “cultura da adoção”, a qual prima pelo melhor interesse

da criança, ou seja, de se desenvolver numa família e não em abrigos, por melhor que sejam as condições estruturais desses últimos.

Com relação à irrevogabilidade da adoção, incorreto seria falar em devolução nesta modalidade, uma vez que depois da sentença concessiva da adoção transitar em julgado, esta se torna irrevogável, não havendo possibilidade para a devolução, conforme art. 48, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Contudo, na prática não é o que acontece, o problema de crianças e adolescentes “devolvidos” tem ocorrido em todas as modalidades de colocação de família substituta, inclusive na adoção.

O termo “devolução”, apesar de não ser a melhor palavra para designar a desistência da família substituta da criança ou do adolescente, é o termo empregado pela doutrina, como uma maneira de chamar a atenção para tal prática considerada cruel e indigna para um ser humano que por já se encontrar em uma situação frágil, acaba sofrendo mais uma agressão, a sua devolução a um estado de abandono.

Contudo, existem divergências quanto ao termo utilizado, por estar estigmatizando a criança e o adolescente, que já são os maiores prejudicados, afinal trata-se de devolver pessoas, e não produtos defeituosos, por isso há autores que procuram empregar outro termo, por exemplo, como sugere Frassão (2000), com o termo “interrupção”, já utilizado por americanos.

Nos Estados Unidos, onde existem as agências de adoção, agências essas que fazem o encaminhamento das crianças para as famílias pretendentes à adoção bem como o treinamento desses referidos casais, as pesquisas Steinhauer (1991), Barth e Berry (1990), McDonald, Lieberman, Partridge e Hornby (1991), retratam os procedimentos que os pesquisadores têm observado como necessários na prevenção da devolução ou fracasso na adoção. Observa-se porém que nestas pesquisas não aparece a palavra devolução, mas sim interrupção (*disruption*). Um termo pode ser diferenciado do outro considerando que nem todas as situações relatadas configurar-se-iam como devolução, ou seja, um retorno a uma situação anterior, mas uma interrupção no relacionamento criança ou adolescente e a família substituta. Esta seria, porém, apenas uma discussão sobre a diferenciação dos procedimentos que acompanham este processo, pois o componente interno é o mesmo, a separação. (FRASSÃO, 2000, p. 29)

A guarda por ser a modalidade de adoção mais precária, uma vez que não exige a perda do poder familiar da família de origem, por ser revogável e caber apenas o dever de assistência, sem estabelecer nenhum tipo de relação filial, acaba por ser a modalidade que possui um índice maior de devolução.

A participação das decisões judiciais na determinação da guarda fica centralizada na necessidade de colocação da criança, pois em alguns casos a permanência na instituição já se estende por alguns anos e a colocação em família substituta torna-se necessária. Os critérios que são estabelecidos na adoção, através do processo de habilitação, não ocorrem na guarda. O acompanhamento do Serviço Social nem sempre acontece de forma constante na guarda. A própria entrega da criança com o termo de guarda parece finalizar a atuação dos órgãos protetores. A guarda é buscada como fim último, e não a passagem para uma relação mais efetiva. (FRASSÃO, 2000, p. 79)

Na opinião da mesma autora, a possibilidade legal de devolução apenas na modalidade de guarda pode ter sido um determinante para a grande ocorrência de devoluções nesta modalidade. Relata ainda, que em sua pesquisa dos dez casos, nove eram de famílias guardiãs, e apenas uma era de família adotiva; contudo, acredita dever haver na prática mais casos de devolução na adoção do que o pesquisado.

Das doze crianças/adolescentes devolvidas, sete foram adotadas posteriormente ou estão em processo de adoção. Os outros, têm idade avançadas, muito acima do perfil dos pretendentes brasileiros e mesmo das adoções internacionais, o que justifica a permanência no abrigo. Dentre os doze casos estudados, seis eram casos de devolução ocorridas em período de guarda, os outros seis casos eram de crianças/adolescentes que já estavam com a adoção consentida pelo Juiz da Vara da Infância. (SILVA, 2008, p. 55-56)

Além disso, na prática muitas vezes a família, com a intenção de adotar, acaba não tendo paciência para aguardar todas as etapas do processo de adoção, e ao preencher o cadastro junto ao Juizado da Infância e da Juventude, durante esse período de espera pela criança desejada, acaba recorrendo aos meios ilegais de colocação como a “adoção à brasileira”, adoção essa caracterizada pelo registro ilegal da criança como sendo filho natural, e que acaba gerando irresponsabilidade, diante da falta de compromisso que a família assume em relação à criança ou adolescente.

Não se admite, portanto que o perfilhante peça a desconstituição do registro, sob a alegação de que não corresponde à verdade, quando admitida que, à época do perfilhamento, tinha conhecimento da falsidade das declarações e, mesmo assim, as fez de forma livre e consciente. (KOPPER, 1966, p. 20)

Sendo apenas possível a devolução em caso de vício de consentimento, situação permitida por lei, pois se à época do registro de nascimento, pensava o pai

ou a mãe, ser a criança filho seu, aqui não é levado em consideração a relação sócio-afetiva.

Assim, aquele que figurou como pai em registro de nascimento somente pode pleitear sua anulação com fulcro na existência de vício de consentimento. A alegação dessa existência é pressuposto para que a ação possa ser admitida. Tanto isso é verdade que invariavelmente os autores invocam como causa de pedir o fato de haverem sido induzidos em erro, ou de a genitora da ré haver procedido com dolo, circunstâncias essas que, na maioria dos casos, o conjunto probatório coligido revela não se terem verificado. (KOPPER, 1966, p. 20)

Não é diferente o entendimento do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul⁷, *in verbis*:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE CUMULADA COM EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS. ADOÇÃO À BRASILEIRA. O reconhecimento espontâneo da paternidade daquele que, mesmo sabendo não ser o pai biológico, registra como seu o filho da sua companheira, tipifica verdadeira adoção, irrevogável, descabendo, posteriormente, a pretensão anulatória de tal registro, por não demonstrado vício de consentimento. Improcedência da ação mantida. Apelação desprovida. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70008096562, OITAVA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: JOSÉ ATAÍDES SIQUEIRA TRINDADE, JULGADO EM 22/04/2004)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. PAI REGISTRAL. O RECONHECIMENTO ESPONTÂNEO DA PATERNIDADE POR QUEM SABE NÃO SER O PAI BIOLÓGICO TIPIFICA VERDADEIRA ADOÇÃO (adoção à brasileira), A QUAL É IRREVOGÁVEL, DESCABENDO POSTULAR-SE ANULAÇÃO DO REGISTRO DE NASCIMENTO, SALVO SE DEMONSTRADA DE FORMA CONVINCENTE A EXISTÊNCIA DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO, O QUE INOCORREU. APELAÇÃO PROVIDA. VOTO VENCIDO. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70006173769, OITAVA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: ALFREDO GUILHERME ENGLERT, JULGADO EM 18/09/2003)

Já durante o processo de adoção, é no momento do estágio de convivência, determinado pela autoridade judiciária, quando ocorrerá a avaliação do desenvolvimento dos laços afetivos entre adotando e adotante, que a legislação permite a devolução da criança e do adolescente, pois é neste período que ocorre às manifestações das dificuldades de relacionamento, que acabam se tornando empecilhos para a concretização da adoção.

Recentes estudos demonstram que muitas devoluções ocorrem ainda durante o estágio de convivência em que os adotantes estão com a guarda da criança. É preciso que essa fase seja acompanhada, principalmente nas adoções tardias, e que os pais e a criança possam ser orientados e

⁷ Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/infancia/jurisp/idt260.htm>>. Acesso em: 20.06.2009.

apoiados. Reconhecer os conflitos, enfrentar as dificuldades, buscando apoio especializado se necessário, podem ser algumas das medidas necessárias para a reconstrução, para a reparação dos vínculos rompidos ou desgastados de uma adoção. Finalmente, os fracassos sempre dramáticos das devoluções devem nos levar a estudar mais, pesquisar mais, e reconhecer tudo aquilo que ainda não sabemos a respeito da complexidade de uma adoção. (FREIRE⁸, 2006, p. 9)

Por isso, durante o estágio de convivência se faz necessário o acompanhamento de um profissional da equipe técnica, para dar suporte e apoio sobre essas manifestações que advêm desse novo relacionamento.

[...], podemos considerar que todo esse processo, que implica rupturas dolorosas e que se caracteriza por um período de intensa instabilidade, chamado estágio de convivência, requer um trabalho de acompanhamento técnico específico à família. Segundo as próprias famílias, este não deveria se limitar ao período do estágio probatório como uma avaliação requerida pelo judiciário, mas ser um suporte técnico que atenda à necessidade da família. (VARGAS, 1998, p. 149)

Além do acompanhamento de um profissional de equipe técnica antes e durante o processo de adoção, também se faz necessário um trabalho pós-adoção, buscando-se evitar um novo abandono, mesmo depois da adoção.

Esse dado demonstra que as famílias, em algum momento na sua história, apresentaram “sinais” que deflagravam a necessidade de uma intervenção técnica. Aqui, a questão da prevenção da devolução pode ser discutida. Se eram crianças que estavam sob a guarda, acompanhadas pela Justiça, a intervenção justificaria a própria atuação dos profissionais enquanto responsáveis pela colocação da criança naquela família. No caso da devolução na adoção, mesmo de bebês, essa família não fica isenta do aparecimento de conflitos que possam advir da relação familiar, denotando a necessidade de trabalhos na pós-adoção. Se a justiça tem como função a colocação de crianças em famílias substitutas, quando esta se apresenta em risco, acredito que o processo de colocação não termina quando essa é colocada, mas também no momento posterior à colocação, quando a dinâmica está se processando. Essa perspectiva está firmada na idéia de que as relações familiares não estão asseguradas apenas pela determinação judicial. (FRASSÃO, 2000, p. 90)

Outro problema levantado pela mesma autora, e de grande importância, diz respeito às visitas de famílias voluntárias às crianças e adolescentes que se encontram em instituições, autorizadas pela coordenação do abrigo, mas sem nenhum critério de acompanhamento dessas famílias e às vezes até sem o conhecimento do Poder Judiciário. A dificuldade não está na contribuição que a família pode oferecer à criança, desde que fique claro para a criança ou adolescente

⁸Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id150.htm>>. Acesso em: 20.06.2009.

o tipo de relação que se estabelece nestas visitas, uma vez que tais visitas não estão relacionadas à colocação dos mesmos em família substituta.

O caminho percorrido por um processo de colocação em família substituta e da devolução é muito bem explicado por Frassão (2000), em sua tese sobre a devolução de criança e adolescente, inicia-se com a colocação em família substituta: a) manifestação dos profissionais do Serviço Social do Juizado, Conselho Tutelar ou SOS Criança; b) nomeação do profissional psicólogo, caso os profissionais do Juizado percebam a necessidade do parecer deste profissional, pois a função de psicólogo não existe no quadro funcional do juizado (ação de adoção e de situação irregular); c) encaminhamento da criança para os abrigos (principalmente nos casos de verificação de situação irregular); d) relatório do Abrigo sobre a criança; e) relatório do Serviço Social do Juizado referente à família substituta; f) levantamento dos documentos exigidos para a colocação em adoção (processo de habilitação); g) manifestação da promotoria; h) pedido de um curador para defesa da família de origem no caso de destituição do poder familiar; i) edital de citação a ser publicado no Diário Oficial da Justiça na busca da família de origem; j) e, por último, a determinação do juiz.

Já, para a devolução da criança e do adolescente o caminho é outro, simplesmente a família vai até o juizado, afirma não querer mais ficar com a criança ou o adolescente, e o Juizado se vê obrigado a recolher a criança sem nenhum tipo de processo de responsabilidade sobre a família: a) manifestação do Serviço Social do juizado ou relatório do Conselho Tutelar e SOS criança, referindo-se à família que deseja proceder à devolução, com sugestões; b) realização de encaminhamentos de profissionais que possam intervir na família em crise; c) promotoria se manifesta; d) determinação do juiz para revogação da guarda (se for o caso); e) e se promove novamente o abrigamento da criança.

E depois da devolução, inicia-se novamente a busca por uma nova família: a) relatório do abrigo sobre a criança; b) o juiz, no caso de adoção, encaminha pedido para que a CEJA (Comissão Estadual Judiciária da Adoção) para que se verifique a possibilidade de colocação em outra família substituta; c) ofício da Corregedoria Geral informando a possibilidade de nova colocação em família substituta; d) nova colocação.

A atuação da equipe interprofissional, preconizada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 151, é de grande importância para o

sucesso da adoção. Assim, todos os Juizados dos Estados brasileiros devem contar com uma equipe de profissionais qualificados para prestar a assistência necessária tanto à família quanto à criança ou adolescente, equipe esta formada por assistentes sociais, psicólogos e psiquiatras, firmado na interdisciplinaridade. Contudo, não acontece⁹ assim em todos os Juizados, inclusive com o do Estado de Santa Catarina, como relata Frassão em sua pesquisa.

Diante desse referencial, pode-se supor que organismos que trabalhem com colocação de crianças em famílias substitutas tenham como procedimento básico a formação dessa equipe. Porém, no Estado de Santa Catarina, mesmo sendo preconizado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, a equipe fica restrita ao profissional do Serviço Social. Diante dessa realidade, descreverei algumas atuações do Juizado de Florianópolis nos casos de devolução estudados. Dos dez casos de devolução estudados, a intervenção, quando houve, foi depois da devolução, e restringiu-se ao encaminhamento da família para atendimento psicológico, junto aos profissionais que atendem em programas da prefeitura ou na rede de atendimento dos postos de saúde. (FRASSÃO, 2000, p. 91-92)

É notória a necessidade dessa equipe interdisciplinar dentro do juizado, com profissionais treinados para que possam prestar atendimentos a essas famílias, com intervenção de apoio e de esclarecimentos, para assim poder-se concretamente evitar a devolução, e com ela a dor da criança, do adolescente, da família e dos envolvidos.

Acreditamos que essa crença na possibilidade de mudança da dinâmica familiar, de forma a favorecer o sucesso da adoção e o bem-estar da criança, é que possibilita o oferecimento de ações sócio-educativas da equipe na forma de intervenções psicossociais (grupos de preparação, intervenções durante as entrevistas com a família e seus subsistemas), a fim de auxiliar as famílias no processo de acolhimento e adoção. Ao refutar a existência de uma família “ideal” ou “perfeita” para adoção, busca-se trabalhar com as famílias adotantes “reais” e naturalmente “imperfeitas”, como todas as demais, no sentido de ampliar sua competência de forma a auxiliá-las no processo de adoção. Neste sentido, o estudo psicossocial não deve se revestir apenas de avaliação e encaminhamentos, mas também de oferecimento de ajuda às famílias adotantes. (CAMPOS E COSTA, 2003, p. 120)

Nos casos de adoção, a entrevista da Assistente Social enfoca qualificação completa dos requerentes, constituição familiar, situação habitacional, sanitária e econômico-financeira, relacionamento familiar, motivação para a adoção,

⁹ Conforme relatou a assistente social Maria Elizabeth Schimitz Coelho, do Juizado da Infância e da Juventude de Florianópolis, foi contratada uma psicóloga, através de concurso público, neste ano de 2009, para formar o quadro da equipe interprofissional da Capital de Santa Catarina (informação verbal).

características da criança pretendida, diagnóstico social e conclusão; tarefa árdua e de grande encargo, que exige muito do técnico, por isso sua grande importância.

No contato com a equipe técnica e famílias atendidas pelo Setor de Adoção de uma Vara da Infância e da Juventude, percebemos que o trabalho de avaliação psicossocial não é isento de preconceitos, valores e crenças, nem objetivo, como alerta Weber (1999). Além disso, a responsabilidade assumida pelo técnico, a fim de evitar o fracasso da adoção, um segundo abandono, negligência, abuso físico e sexual, torna a tarefa de selecionar pais para crianças sem famílias, e/ou de avaliar os casos em que o acolhimento já ocorreu, particularmente difícil e, muitas vezes, sofrida. (CAMPOS E COSTA, 2003, p. 114)

No Brasil, entretanto, esse trabalho é dificultado, pois além do pequeno número de profissionais comprometidos com esta tarefa, há um número reduzido de produções científicas que discutam esse problema jurídico-social no país, e que já existe em outros países, inclusive com artigos publicados.

Observa-se, atualmente, que ainda existe certa resistência para o acompanhamento profissional especializado em processos de adoção mesmo dentro de certos juizados. Vivi isso na prática, tendo recebido várias negativas por parte de juízes de algumas comarcas do interior do Estado de São Paulo, que justificaram o “segredo de justiça” como impedimento para pesquisa; ou que alegaram ter um trabalho voluntário (damas da sociedade) ótimo, não querendo, por isso, a “interferência” (sic) de psicólogas ou pesquisadoras no trabalho com adoção. (VARGAS, 1998, p. 151)

Faz-se necessário aumentar os números de estudos acerca do tema, para pesquisar suas causas e conseqüências, visando buscar uma solução para este problema tão importante e que vem atingindo cada vez mais crianças e adolescentes.

Falamos então de construir aquilo que podemos chamar de “adoções necessárias”. Para isso estimulamos o estudo, a pesquisa, a realização de eventos, a capacitação dos técnicos e apoiamos a publicação de livros, revistas e boletins. Acreditamos que essa nova cultura da adoção é construção de muitos, espalhados por todo o Brasil, e que cada um de nós tem a possibilidade de dar uma contribuição preciosa, insubstituível, para que um destino de dor, privação, exclusão e abandono, dê lugar a uma vida de direitos assegurados, de alegria, de pertencimento, de inclusão para todas as crianças e adolescentes brasileiros. (FREIRE, 2006, p. 2)

Muito importante para a compreensão da devolução da criança e do adolescente é o estudo interdisciplinar entre direito e a psicologia, não seria possível enclausurar a adoção na estática rigidez das leis, em vista do dinamismo da questão, da instabilidade da vida.

O acolhimento não é uma imposição jurídica, conseqüência de uma sentença, fruto de um processo previsto legalmente. É uma conquista emocional, proveniente do preparo dos envolvidos e de sua adequação ao ato de adotar. É conseqüência da construção necessária de um relacionamento duradouro, repleto de descobertas e conhecimento mútuo. Processo que envolve vontade, desejo, coragem, paciência e muito aprendizado recíproco. Envolve, principalmente, dois elementos: o jurídico e o emocional. (MACEDO, 2005, p. 151)

Será, portanto, a sentença judicial que trará amparo e segurança ao processo de adoção, contudo, só isso não basta para a criação de uma família, necessário se faz o apoio da psicologia, envolvendo o lado emocional dos adotados e adotantes, sustentado pelo amor que irá solidificar uma família.

2.4. A motivação da devolução de crianças e adolescentes

O problema jurídico-social de crianças e adolescentes “devolvidos” advém de muitos motivos ocasionados pelas famílias substitutas, pelo Estado e pela própria sociedade, geralmente reflexo de uma irresponsabilidade sobre as crianças e adolescentes, a parte mais fraca e que necessita de maior proteção.

Para Rocha (2000), as causas da devolução podem ser as mais variadas, mas na maioria das vezes traz algo em comum, uma motivação equivocada e inadequada que leva as famílias a acolherem as crianças, formando um preceito cultural de desmerecimento, o qual leva as crianças e adolescentes a serem desacreditados em seus direitos e por isso sofrendo as maiores conseqüências.

O fio condutor destas histórias (de devolução) passa por pontos comuns:

- a) Falta de preparo e maturidade humana e psicológica para assumir a responsabilidade de uma criança, quer sob guarda, quer sob adoção (legal ou informal);
- b) Facilitação extrema para se assumir de fato a guarda duma criança abandonada, formando-se vínculos de fato à revelia do Poder Judiciário e sem que possa ser analisada previamente a família que acolhe a criança;
- c) Colocação de menores em famílias inadequadas, pela Justiça de infância, sob guarda judicial ou sob adoção, muitas vezes em virtude do respeito a laços afetivos constituídos sob o pálio da situação de fato anterior, e que surgem no Juizado já como fatos consumados e difíceis de desfazer, sem sofrimento dos envolvidos, sobretudo a criança;
- d) Resistência cultural geral à intervenção e atuação dos Juizados nestas relações privadas: o Juizado é visto como mero homologador de adoções que são feitas a partir de contatos diretos com a família biológica ou com os intermediários, e, como tal as famílias não

- procuram ali orientação nem apoio para problemas de adaptação familiar, usando o Juizado apenas como última instância (para devolver e para ameaçar os menores com a entrega ao Juiz...);
- e) Colocação de menores em modalidades jurídicas inadequadas à sua idade e características, pela Justiça da Infância (pois não se justifica, por exemplo, que uma criança de menos de 5 anos de idade, com reais possibilidades de adoção, seja colocada apenas sob guarda, numa situação que não lhe garante um futuro familiar mais estável);
 - f) Banalização, pelos órgãos governamentais e pelos Juizados, da gravidade destes “abandonos tardios”;
 - g) Impossibilidade de responsabilizar criminalmente tais condutas;
 - h) Revogabilidade das guardas judiciais sem maiores problemas nem exigência de justificações plausíveis;
 - i) Inexistência de serviços de “advocacia em prol dos menores” (especializada e distinta da atuação institucional do Ministério Público, sobrecarregada com múltiplas atribuições constitucionais) que de fato pudesse tomar a fundo a solução jurídica destas situações prejudiciais aos direitos das crianças.
(ROCHA, 2000, p. 81 e 82)

A devolução da criança e do adolescente ocorre por diversos fatores, contudo, a maioria das histórias possuem reflexos da irresponsabilidade das famílias frente às crianças e aos adolescentes, juntamente com o descaso do Estado frente a essa problemática, sem nenhuma solução jurídica e social.

Como já visto, a devolução da criança e do adolescente pode ocorrer em todas as modalidades de colocação em família substituta, embora a adoção possua caráter irrevogável, os casos mais comuns e conhecidos ocorrem nas guardas de fato, afinal os guardiões acolhem as crianças sem nenhum compromisso, e por isso acaba sem nenhum tipo de responsabilidade sobre as crianças e adolescentes, o mesmo ocorre com a guarda judicial, pois esta possui caráter de provisoriedade e não forma nenhum vínculo de filiação, e ocorrendo também nos casos de “adoção à brasileira”, em que o registro da criança é feito diretamente em nome dos adotantes, e das adoções prontas, a qual a criança é “obtida” fora do Juizado, como explica Rocha (2000).

Contudo, quando a criança ou adolescente não corresponde a expectativas da família, vem então a possibilidade da “devolução”, e neste momento diversas são as causas para a família não querer mais permanecer com o filho adotivo. Como podemos ver no relato de Fonseca (2006):

Mas o mais importante é que a criança, não sendo concebida como emocionalmente frágil, não é o motivo de grandes preocupações. Assim, se ela se mostrar, por alguma razão, inconveniente, ninguém fica muito constrangido em mandá-la de volta para o lugar de onde veio, mesmo sendo um orfanato, ou, no caso de adolescentes, a “rua”. Como explicou uma mulher sobre o menino da FEBEM que ela tinha adotado: “Não deu

certo. Ele começou a ficar na rua até tarde e nós levamos ele de volta". Sua idade, ao ser devolvido: sete anos. (FONSECA, 2006, p. 41-42)

Quando a devolução acontece, surge então a dúvida, de quem é a culpa, qual a razão para uma criança ou adolescente serem entregues novamente ao poder judiciário, da família, da criança, do juiz, da equipe interprofissional ou do Estado.

Nos casos lidos, percebeu-se que a situação de devolução mobilizou em todos, isto é, nas famílias, nas crianças e nos profissionais, um sentimento de fracasso, provocando a partir daí a busca de culpados. Ficava a pergunta: "de quem era a culpa da devolução?", que na maioria das vezes era direcionada para a criança, devido ao manifesto de seu comportamento inadequado. Assim apresentava-se a situação: os profissionais percebidos como aqueles que teriam omitido informações sobre a criança para "empurrar um produto com defeito", a família conceituada como a perversa por estar devolvendo a criança e ser depositária de aspectos negativos na função de pais substitutos, e a criança sendo a responsável, através de seu comportamento inadequado, pela situação de devolução. Todos sofriam. (FRASSÃO, 2000, p. 96-97)

Muitas famílias substitutas, no entanto, alegam como razão para a devolução ser a própria criança ou adolescente os causadores de tal atitude, parte da doutrina constata que é muito mais fácil e cômodo para a família colocar a culpa em terceiros, na burocracia do Juizado, na incompetência da equipe interprofissional, no descuido do Estado, e principalmente no comportamento da criança.

Estas atitudes (em maior ou menor grau) certamente estavam por trás desse seu gesto aparentemente altruísta, pois nas justificativas para devolução uma constante é a culpabilização do outro, da criança ou seus pais biológicos, raramente há a admissão do próprio desamor ou falta de capacidade, tolerância ou paciência perante a individualidade da criança. (ROCHA, 2000, p. 80)

Colocam-se como as vítimas da situação, como se tivessem arcando com o prejuízo por não conseguirem ter o filho tão desejado e sonhado, e terem investido às vezes tempo e dinheiro com uma criança que não soube retribuir sua compaixão. É lastimável que ainda muitas famílias se sintam assim em relação às crianças e adolescentes, que tratam o ato da adoção como um ato de caridade, de bondade, onde a família passa a cuidar e a alimentar, dando uma oportunidade a criança ou adolescente de possuírem uma família, e quando a criança já não mais satisfaz sua

necessidade, resolvem assim devolver essa criança, levam-na para uma instituição, e pronto o problema está resolvido.

Com relação às motivações para adoção, a pesquisa de Weber e Cornélio (1994) retrata a satisfação de interesses próprios dos adultos como: criança para resolver o problema de esterilidade; criança como substituta de um filho natural falecido; criança terapêutica ou remédio para preencher um vazio; criança como companhia de um filho único e criança de um determinado sexo; fatores esses determinantes na decisão de adotar. As pesquisas de Weber e Cornélio (1994) e Weber (1995) mostram os preconceitos que aparecem nos discursos e nas ações dos pais e filhos adotivos como: as pessoas teriam medo de adotar crianças mais velhas, de cor diferente, com problemas de saúde, com muito tempo de internação em orfanatos, medo que os pais biológicos possam requerer a criança de volta, medo das origens da criança; acreditam que mais cedo ou mais tarde a criança trará problemas, acreditam na adoção como recurso para desbloquear fatores psicológicos que impedem a gravidez, acreditam no segredo da adoção como uma maneira de evitar problemas, acham que as adoções no Juizado são demoradas e consideram os laços de sangue como fortes e verdadeiros. **Observamos aqui a representação da criança como objeto de desejo dos pais, destinatário dos anseios e fracassos dos mesmos.** (FRASSÃO, 2000, p. 24, grifo nosso.)

Além disso, quando é oferecido então à família um apoio psicológico para tentar se evitar a devolução, geralmente já é tarde demais, e sendo assim a ajuda é recusada pela família, que afirma não possuir mais condições de permanecer com a criança ou adolescente, e que a única alternativa é devolvê-la.

Ledo engano. Isso seria possível se a família viesse pedir ajuda na primeira dificuldade, mas não é assim que comparecem. Quando vêm, a sua decisão está tomada. Em geral tentativas de terapia e apoio psicológico familiar apenas adiam o problema por algum tempo, quase nunca têm resultados positivos, para a permanência do menor na família. Porque os adultos, em regra, negam-se a qualquer apoio psicológico, pois afirmam que a “culpa” é da criança que não obedece, não quer fazer tarefas, mente demais, puxou à família biológica etc.; etc., etc. Eles adultos raramente reconhecem que estão precisando de ajuda e muito menos se dispõem a investir na solução da problemática (com terapia psicológica ou outra). (ROCHA, 2000, p. 85)

Isso ocorre porque freqüentemente os filhos adotivos são vistos como “filhos-problemas”, e que geralmente não possuem mais solução, diferentemente dos filhos naturais, porque estes estão ligados à família pelo sangue, e por isso estão propensos a serem filhos melhores.

O fato é que não podemos descartar a hipótese diante de tantos estudos já realizados, de que o rompimento do vínculo a que criança fora submetida e de acordo com a sua pré-disposição psíquica, esta poderá apresentar comprometimentos posteriores quanto ao seu desenvolvimento. Podendo evidenciar distúrbios diversos em virtude desse histórico. Diante desse

quadro podemos estar adotando a criança e um conjunto complexo de dificuldades. (VERONESE; OLIVEIRA, 1998, p. 123)

Contudo, apesar da importância da herança biológica para a criança, muito mais eficaz para sua formação social é o meio em que convive, o qual irá influenciar no seu caráter e em suas relações. Sendo assim será a condição cultural, afetiva e social, conseqüências de um relacionamento saudável entre adotado e adotante que irá formar ou não um “filho-problema”, como nos ensina Fernando Freire¹⁰ (2006):

Reconhecer que a herança biológica é vida, início de tudo, matéria-prima, dom, dádiva, gratuidade, por isso preciosa e merecedora de todo o respeito, reconhecer que ela é muito, mas não tudo, que ela, por si só não se basta, e pode ser reduzida à sua própria negação, se o meio em que vive não lhe der as condições básicas de proteção, alimento e afeto. A extensa discussão entre aquilo que é dado e aquilo que é adquirido na história do homem encontra na adoção uma de suas mais interessantes expressões. (FREIRE, 2006, p. 9)

Entretanto, outros são os fatores descritos por Steinhauer (1991), citados por Frassão (2000), considera estarem relacionados ao fracasso na adoção: a) crianças com história de severa privação e múltiplas adoções, especialmente nos primeiros dois anos de vida, são de alto risco para uma quebra na adoção; b) crianças com diagnóstico de desordem de conduta; c) crianças que foram retiradas de uma família, permanecendo grande tempo com pais substitutos, numa relação positiva; d) a adoção de crianças que ainda mantém forte o laço emocional com membros da família de origem ou com a família substituta é vulnerável ao fracasso; e) adoções nas quais um ou ambos os pais têm excessiva expectativa em relação à criança adotada; f) adoção na qual a criança, como resultado da experiência prévia, desenvolveu uma personalidade rígida com exageradas carências, que interfiram na integração familiar; g) a idade da criança na adoção.

Assim, todas essas causas retratam a dificuldade da família e das crianças, às quais podem levar a um novo fracasso na relação familiar. Observa-se que a idade da colocação da criança, por isso a adoção deve ocorrer o mais cedo possível, e as interrupções anteriores, motivos estes que influenciam no distúrbio de

¹⁰ Conforme relata Weber (2004), o psicólogo Fernando Freire é o responsável pela divulgação do movimento suíço “*Terre des Hommes*” no Brasil. O movimento transformou-se em uma ONG nacional (Associação Brasileira Terra dos Homens), com o objetivo de alcançar a sociabilização do conhecimento e incentivar e apoiar a formação de novos grupos.

comportamento, firmam as variáveis mais comuns na interrupção do convívio familiar, como nos alerta Frassão (2000).

Sendo que em relação ao comportamento da criança, que leva muitas famílias a devolverem as crianças têm-se: mentiras, agressão, fuga, desobediência, falta de hábitos de higiene, furtos. Comportamento fruto do abandono, da rejeição, da falta de amor e cuidados, de uma educação inadequada, que acaba gerando crianças e adolescentes frustrados e descrentes das relações familiares, e por isso dificultando uma nova adoção.

No dia-a-dia do Juizado da Infância e da Juventude sentimos que muitos pais, por falta de habilidade na arte de lidar com os limites, chegavam ao ponto de devolver a criança que queriam como filho, desistindo da adoção. (LANSER, 2002, p. 63)

Outras manifestações das dificuldades da família são: divergências entre os guardiões no manejo educacional, desavenças entre os filhos biológicos e a criança, depressão da guardiã, separação dos guardiões, maus tratos da guardiã, gravidez da guardiã, ciúmes entre os guardiões nos cuidados com a criança e medo da guardiã que o sentimento de maternidade não aparecesse; como descreve Frassão (2000).

Para Fonseca (2006), existe uma diferença de tratamento para os filhos de criação e os filhos nascidos da família, estes gozam de mais compreensão e tolerância, enquanto os outros quando começam apresentar determinados problemas, se tornam propensos ao abandono e a devolução. Na maioria das vezes, quando passa o período de conflito com os filhos consangüíneos, os laços de família são reatados, enquanto na relação dos adotantes com o adotado a relação já está desgastada e a família geralmente não possui mais vontade de permanecer com a criança ou adolescente.

É interessante notar que não foram manifestados motivos financeiros para a devolução, sabe-se, porém, que esta questão favorece a manifestação de conflitos entre os membros da família. A incidência de problemas emocionais, como a depressão, aparece principalmente na figura das guardiãs, sendo elas em sua maioria do lar, ficando assim firmada nessas figuras a tarefa do cuidado com as crianças. (Frassão, 2000)

A própria Justiça possui sua parcela de culpa no processo de devolução, devido aos seus grandes problemas estruturais, como por exemplo, a morosidade, a falta de equipes profissionais e de políticas de atendimento.

A experiência profissional tem nos permitido identificar, quando tratamos da adoção de uma criança, fatores que caminham na contramão do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, valendo citar, a título exemplificativo: a) a fragmentação que se estabelece na comunicação entre os profissionais que atuam nas diversas instâncias do sistema protetivo, como por exemplo, Conselho Tutelar, abrigos, Ministério Público e Poder Judiciário; b) a dificuldade em acompanhar o andamento dos casos, no momento em que são transferidos para outras esferas de atuação, como por exemplo, quando o expediente passa do Conselho Tutelar para o Ministério Público; c) a lentidão na tramitação dos feitos judiciais que visam assegurar a proteção integral àqueles que ainda não atingiram 18 anos; d) a carência de laudos interdisciplinares, nos processos de destituição do poder familiar e de adoção; e) a inexistência de plano terapêutico de trabalho, visando o restabelecimento dos vínculos da criança com os pais biológicos, nos processos de suspensão ou destituição do poder familiar; f) a escassez de programas de atendimento à família em situação de vulnerabilidade; g) a morosidade na comunicação dos fatos ao Judiciário, pelo dirigente do abrigo, das circunstâncias importantes da vida da criança abrigada; h) a falta de advogados, defensores públicos ou mesmo estagiários, supervisionados por universidades, encarregados de peticionar em defesa dos direitos da criança colocada em abrigo e, por via de consequência, afastada do convívio familiar. (BRAUNER E AZAMBUJA, 2003, p. 38)

Deve-se, contudo, observar a importância do processo de adoção, e por isso se respeitar todas as precauções necessárias, uma vez que se pretende evitar um novo abandono, então o que se busca é proteger a criança e o adolescente.

Muitos criticam o processo de adoção, acusando-o de por demais repleto de formalidades e burocracias. Ora, quem assim se manifesta desconhece algumas questões extremamente relevantes:

1- Não é a adoção um processo lento por responsabilidade unicamente sua, não nos esqueçamos que a mesma é realizado pelo Poder Judiciário, o qual se encontra num estágio de crise institucional: excesso de demandas, carência de recursos, de materiais, etc.

2- Entendo como corretíssimo os procedimentos da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), pois não se trata de levar para nossas casas um animalzinho a ser domesticado, trata-se antes de uma criatura humana que sofreu, por inúmeras razões: sociais, psíquicas, emocionais, afetivas, e econômicas, uma ação de abandono por parte de seus genitores. Assim é evidente que se tome alguns cuidados básicos para obstar que um segundo processo de rejeição ocorra. Também não devemos nos esquecer que alguns se servem desta espécie de colocação em família substituta para explorar, inclusive, sexualmente crianças, situemos os pedófilos, ou os que pretendem vantagens financeiras junto ao fisco e outras hipóteses absurdas descritas pela literatura e vivenciada pelos nossos tribunais. Felizmente, tais casos não fazem regra, na grande maioria das vezes são pessoas desejosas de um filho, que não serão adotivos, mas adotados, amados.

3- Há que se recordar, ainda que numa gravidez biológica regular são necessários nove meses para gerar uma nova vida. De igual modo o nascimento de uma criança via adoção, também, exige um período de

preparação/formação/conscientização (se ainda preciso), da importância desse tipo diferenciado de maternidade/paternidade.

4- Como no Brasil esse precioso instituto ainda não penetrou na cultura das nossas famílias, os abrigos estão repletos de crianças negras, com idade superior a cinco anos e, em geral, meninos (os brasileiros adotam preferencialmente meninas). E nesse contexto se apresenta a adoção internacional, a qual, da mesma forma, com uma série de requisitos. Segundo dados apresentados pela CEJA – Comissão Estadual Judiciária de Adoção – de Santa Catarina, não raro é a adoção feita por casais estrangeiros, de dois, três até cinco irmãos. Por isso, nos abrigos tem-se dado a implantação de uma nova atitude – bela, humana – de não permitir a separação dos irmãos.

(VERONESE; OLIVEIRA, 1998, p. 119)

Afinal, a criança exige para a sua proteção, competência e aprimoramento, não possui espaço e nem tempo para as falhas e fracassos da família substituta, do Estado e da sociedade, pois uma vez causado o dano, o abandono, a rejeição, são etapas de sua vida que não se apagam mais.

Os danos causados à criança e ao adolescente são de responsabilidade da família substituta, da sociedade e do Estado, necessário se faz uma análise jurídica e sociológica da devolução de crianças e adolescentes, com o estudo acerca da reparação judicial e da prevenção.

CAPÍTULO 3

3. A ANÁLISE JURÍDICA E SOCIOLÓGICA DA DEVOLUÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Necessário se faz para o estudo do problema de crianças e adolescentes “devolvidos”, a análise jurídica e sociológica a respeito das conseqüências trazidas por tal ato constituído não só pela família, mas também de responsabilidade da sociedade e do Estado. Afinal, examinando as conseqüências da devolução, busca-se uma solução para crianças e adolescentes que passam por essa situação constrangedora e desumana.

Os danos causados pela devolução atingem a todos, mas principalmente à criança e ao adolescente, pois estes ainda estão em processo de formação de sua personalidade e de seu caráter, atingindo seu lado emocional, por ser mais um abandono, mais uma rejeição, em suas vidas. Assim, o dano causado pela devolução é tanto de ordem patrimonial, como moral, e possui caráter irreversível, pois impossível de apagar a “devolução”, da história dessas crianças e adolescentes.

Busca-se, assim, entender qual a responsabilidade da família, da sociedade e do Estado sobre a devolução de crianças e adolescentes, os quais poderiam em conjunto amenizar ou até mesmo impedir este problema, buscando-se evitar que crianças e adolescentes permaneçam desamparados em abrigos ou nas ruas, sem a devida proteção integral priorizada na Constituição da República Federativa do Brasil e no Estatuto da Criança e do Adolescente, e tornando-se assim as maiores vítimas da irresponsabilidade.

Enfim, com a comprovação do dano causado e da responsabilidade da família, da sociedade e do Estado, caberá analisar se há possibilidade de reparação judicial, como uma hipótese de amenizar o trauma sofrido pela criança e pelo adolescente, que é a parte mais frágil e com maior necessidade de proteção. Uma vez que desastroso seria obrigar a família a permanecer com o infante, sem o seu consentimento, pois os danos poderiam ser ainda maiores, a criança ou o

adolescente poderia viver em constante rejeição, em uma família que não o ama e não o respeita, que apenas cumpriria uma obrigação, a de permanecer com este.

Contudo, após percorrer este caminho em busca de uma defesa pelos direitos da criança e do adolescente diante da devolução, chega-se a conclusão que a melhor solução é a prevenção, melhor seria se a criança ou o adolescente não passasse por esta situação, se desde o princípio fosse respeitado o seu direito à proteção integral e à dignidade humana.

3.1. O dano causado pela devolução de crianças e adolescentes

Como já visto, a devolução da criança e do adolescente ocorre em todos os tipos de modalidade de colocação em família substituta. Em face da falta de regularização sobre o assunto é permitido à devolução, pelo menos até a sentença definitiva da adoção transitar em julgado. Essa omissão da legislação sobre o procedimento para a devolução acaba levando muitas famílias e o próprio Estado a assumirem uma postura irresponsável, que fere o princípio da proteção integral, conseqüentemente causando danos irreparáveis às crianças e aos adolescentes.

Assim, embora com direito à proteção integral e à convivência familiar, muitas crianças tem sofrido com a devolução, depois de passarem por um abandono, o da família de origem. Dessa forma, já traumatizada, quando essa criança consegue a oportunidade de ser colocada em uma família substituta corre o risco de ser devolvida.

A continuidade na vida da criança é um aspecto a ser considerado. Diante de uma ruptura, a criança terá que aprender a lidar com uma nova realidade e com a perda de uma vida familiar, que já lhe é indispensável. Uma vez adaptado a uma nova situação familiar, na qual recebe satisfatoriamente o necessário para o seu desenvolvimento, a alteração da guarda e de seu ambiente cotidiano poderá implicar perda desnecessária de referencial, desatendendo seu interesse que deve ter proteção integral e prioridade. Sobre a matéria o Ministro Moreira Alves afirmou que: “o menor, de regra, deve ser mantido onde está, desde que aí se encontre bem. A troca de meio ambiente deve ser evitada o quanto possível, para não causar prejuízo psíquico à criança”. (PAULA, 2007, p.75)

Entretanto, a questão é conflitante, pois, de um lado, não se deve aceitar a devolução, face às dificuldades que o adotando enfrenta para se adaptar à nova

família. Por outro lado, impor à família que rejeita o adotando a permanecer com ele é um risco, pois não se sabe qual o tratamento que irá lhe proporcionar. Há grande possibilidade desse infante vir a passar por maus tratos, uma vez que não é mais aceito por aquela família.

Entende-se que a família substituta (de fato ou de direito) assume voluntariamente e por opção própria o encargo da criança e do adolescente, essa deve assim também responder por sua devolução, para lhe assegurar um futuro digno. Se, contudo, a hostilidade ou o conflito são insuperáveis, inviabilizando a convivência familiar, defende-se a interrupção da relação familiar, desde que haja a responsabilização da família, pelo menos até que se encontre uma nova família.

Para o Juiz, manter a criança com eles à força, à espera do fatal abandono, expulsão de casa, ou tratamento descuidado, negligente, indiferente, humilhante ou até agressivo, violento e hostil, constitui, a meu ver, a mais cruel violação dos direitos humanos, pois é impor à criança continuar sujeita a tratamento discriminatório, violência psicológica, traumas psíquicos muito piores que as agressões físicas, pois matam a auto-estima do ser humano, condição fundamental para seu desenvolvimento humano e social. (ROCHA, 2000, p. 85)

A devolução acaba causando uma desvalorização da criança e do adolescente, que passa a ser visto como um problema, e não mais uma vítima, levando essas crianças realmente a terem falta de auto-estima, a acreditarem que realmente são indignas diante do novo abandono, comprometendo conseqüentemente seu futuro.

A criança passa a ter dúvidas sobre o seu valor, e principalmente sobre sua dignidade, passa a pensar ser indigna de uma família, e conseqüentemente são induzidas a trilharem um caminho negativo, no qual se encontram desacreditadas e abandonadas, dano esse difícil de reverter, para muitos doutrinadores, considerado ser impossível.

A hipocrisia, nestes casos é mais dolorosa, ainda, porque confunde a criança. Fazem “profecias” de um destino indigno para a criança, em que se vislumbra um velado desejo de que se realizem (para justificar a conduta dos adultos, por confirmarem o desvalor da criança e operarem uma aparente “transferência de responsabilidades e culpas” para a criança). Profecias que as vezes acabam mesmo induzindo a criança à conduta e ao destino augurado, como uma fatalidade, pois ela mesma passa a agir segundo o estereótipo em que foi “enquadrada”. (ROCHA, 2000, p. 85)

Diante de tais fatos, parte-se do pressuposto que o dano existiu, uma vez que a maior vítima da devolução, inegável é a criança e o adolescente, que voltam a um estado de abandono e desamparo, geralmente retornando às instituições, sem as condições necessárias para o desenvolvimento de um ser humano. Defende Rocha (2000), que o dano existiu, e é considerável, quer patrimonial, quer moral.

Dessa forma, enquanto para uns o dano afetaria apenas o patrimônio material do indivíduo, para outros, devem ser enquadrados como sujeitos a danos todos os bens jurídicos da pessoa. É de se pensar, então, que aí estão entendidos os bens materiais, mais aqueles relativos á personalidade humana. Sendo a ofensa direcionada ao patrimônio material; quando o alvo fosse a personalidade ou o lado íntimo da pessoa, haveria que se entender como ocorrente a figura do **dano moral**, cujo estudo e pesquisa, seja no tocante às suas formas de manifestações, seja como a quantificar sua compensação, seja o objetivo maior deste trabalho, sem, no entanto, ter-se a pretensão de esgotar o assunto. (PICCOLOTTO, 2003, p. 21, grifo do autor)

A criança, revoltada e muito sensibilizada, tem de enfrentar pela segunda (ou terceira, quarta) vez a situação de abandono e rejeição, que trazem danos irreparáveis para sua vida. Embora possa haver uma maneira de se reparar o dano causado, a situação de fato do abandono, não há mais o que se fazer com essa chaga, pois, isso marca a vida da criança e não há mais como se apagar, contudo, pode se tentar amenizar. Como se pode perceber no desabafo de Lanser (2002, p. 68), “Quanto sentimento de tristeza na devolução de crianças e adolescentes! Quanta dor e revolta no olhar do rejeitado pela segunda, terceira, quarta, enésima vez”.

Diante disso, como defende Rocha (2000), não há dúvida de que o dano mais apreciável é o moral, o psicológico, o afetivo, difícil de reverter pela vida afora. Por isso, a doutrina anuncia que a criança e o adolescente podem ser vítimas dos danos de ordem puramente moral, podendo caber assim a reparação judicial. Já não há dúvidas sobre a reparabilidade do dano moral, e a doutrina proclama que a criança e o adolescente podem ser vitimados pelo malefício de ordem puramente moral, dano esse que deve ser reparado.

Além do dano moral, pode ser caracterizado o dano patrimonial, afinal a criança e o adolescente quando devolvidos perdem o conforto que possuíam junto à família substituta, pois retornam à instituição, afetando assim suas condições materiais, até serem novamente adotados. Afinal, geralmente as condições

existentes nas instituições são muito precárias e insuficientes para o melhor desenvolvimento da criança e do adolescente.

Mas não é o único, também é significativo o prejuízo patrimonial: crianças jogadas em abrigos perdem, além do conforto material, a chance de um aprendizado formal de qualidade que as habilite para um futuro profissional digno, como bem demonstrou um ex-interno de instituições de menores, no seu livro *Filhos do Governo*. (ROCHA, 2000, p. 88)

A devolução também prejudica o lado social da criança, pois estes passam a ter um futuro comprometido, com um destino afetivo, pessoal, humano e familiar imprevisível, com perspectivas sombrias. Como especula Rocha (2000), o destino social destas crianças e adolescentes seguramente será precário, instável ou, em casos mais dramáticos, poderão ser aliciados para prostituição, tóxicos ou engrossarão as fileiras dos infratores juvenis.

Como reparar danos materiais e psicológicos resultantes de uma adoção mal sucedida? A existência de danos psicológicos à criança/adolescente devolvido são pressupostos para o direito à reparação destes. O dano psicológico, moral, afetivo é difícil de reparar, alguns profissionais entrevistados dizem ser impossíveis de reverter. O prejuízo patrimonial também é significativo, já que o retorno para o abrigo implica em perda de conforto material. (SILVA, 2008, p. 63)

Nesse sentido, toda e qualquer lesão aos direitos da criança e do adolescente resulta também no dever de reparar, em face do ato ilícito de terceiro que resultou no dano causado. Afinal, a criança e o adolescente são sujeitos de direito e por isso possuem igualmente o direito à reparação. Neste caso, os lesionados teriam direito a uma reparação por danos materiais e morais.

Enquanto no caso dos danos materiais a reparação tem como finalidade repor as coisas lesionadas ao seu *status quo ante* ou possibilitar a vítima a aquisição de outro semelhante ao destruído, o mesmo não ocorre, no entanto, com relação ao dano eminentemente moral. Neste é impossível repor as coisas ao seu estado anterior. A reparação, em tais casos, reside no pagamento de uma soma pecuniária, arbitrada pelo consenso do juiz, que possibilite ao lesado uma satisfação compensatória da sua dor íntima. (REIS, 2001, p. 4-5)

Por conseguinte, resta a idéia de que a função satisfatória da indenização tem um sentido real de defesa do patrimônio moral da vítima e uma punição para o lesionador, pois, impossível é reverter o dano causado com a devolução. Assim, a reparação só amenizaria a situação da criança e do adolescente, contudo, não

apagaria o dano moral causado, ao contrário do dano material, que poderia ser afastado, se a família subsidiasse as despesas da criança e do adolescente.

Por isso, muitos acreditam na dificuldade da reparação do dano moral, afinal, difícil é reverter este dano psicológico causado à criança pela devolução, com uma quantia pecuniária. No entanto, esta indenização não visaria reverter o dano, apenas compensá-lo, fazendo uma alerta para os pais adotivos sobre sua responsabilidade para com o adotado, levando a este a possibilidade de fazer um tratamento psicológico, uma tentativa de fazer a criança ou o adolescente ainda ter um futuro digno.

Para alguns o *quantum* indenizatório não teria a função de indenizar ou reparar a dor sofrida, mas, sim, e tão somente, servir de compensação à dor sofrida, pois esta não é passível de avaliação. Essa satisfação teria sentido dúplice para o ofendido – a compensar, em parte, seu direito ferido; vez, por outro lado, o seu ofensor, de alguma forma, punido. Para outros tantos, a função de indenização – ou da reparação como preferimos denominá-la – é de cunho eminentemente punitivo ao agente que pratica a ofensa. Punição essa que deve revelar-se exemplar, para que o ofensor não seja tentado a repetir o ilícito. (PICCOLOTTO, 2003, p. 49)

Ante a dificuldade de se fixar a indenização por dano moral, caberá assim ao Juiz determinar o valor da indenização que melhor se adequaria ao caso da devolução de crianças e adolescentes, referente à compensação que deverá ser a mais ampla possível, a aproximar-se de uma verdadeira reparação, como nos ensina Clayton Reis:

A idéia prevalente do livre arbítrio do Magistrado ganha corpo na doutrina e na jurisprudência, na medida em que se transfere para o juiz o poder de aferir, com o seu livre convencimento e tirocínio, a extensão da lesão e o valor da reparação correspondente. Afinal, é o juiz quem, usando de parâmetros subjetivos, fixa a pena condenatória de réus processados criminalmente e/ou estabelece o *quantum* indenizatório, em condenação de danos ressarcitórios, de natureza patrimonial. (REIS, 2001, p. 94)

Ainda alerta o mesmo autor para a importância da reparação dos danos morais, e defende que toda a sociedade deveria levar em consideração esta reparação, afinal é a moral que faz com que os seres humanos possam ter limite para viver em sociedade.

A reparação dos danos morais, além de constituir um direito maior do indivíduo, é também um dever que a sociedade impõe aos seus componentes. Somente os indivíduos que vivem insulados e, portanto, não convivem no meio social, não sabem compreender a extensão dessa regra comunitária. Afinal, o maior sentimento que une os homens e os leva a

conviver em sociedade, é exatamente o sentimento de fraternidade e amor ao próximo que os une e os mantém ligados através de uma moral social. A não-reparação desses valores poderá se constituir em fator de desagregação da sociedade, eis que ficará sem defesa o mais nobre dos patrimônios do espírito humano e que se constitui na causa maior de unidade da sociedade – a moral. (REIS, 2001, p. 103)

A Constituição Federal de 1988 assegura o direito de haver indenização por danos morais, a todos que se sentirem ofendidos, em sua esfera íntima, conforme preconiza art. 5º, incisos V e X. No mesmo sentido, o Código Civil Brasileiro, no art. 186, estipula ato ilícito aquele que causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral. O dano deve ser reparado, como dispõe os arts. 927 e seguintes, sobre a Responsabilidade Civil.

3.2. A responsabilidade da família substituta, da sociedade e do Estado

Uma vez comprovado o dano moral e material à criança e ao adolescente, não resta dúvida acerca da responsabilidade que a família substituta, o Estado e a própria sociedade tem sobre estas conseqüências. Afinal é dever de todos zelar pela proteção da infância e da adolescência, como dispõe o art. 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

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

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

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

Assim, é dever de todos assegurar à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar e comunitária, e conseqüentemente evitar a devolução de crianças e adolescentes, problema este de responsabilidade tanto da família, quanto da sociedade e do Estado.

3.2.1. A responsabilidade da família substituta

A família substituta, de fato ou de direito, deve ser considerada como a principal responsável pela criança e pelo adolescente, afinal, assumiu voluntariamente e por opção própria o encargo da criança. A família, ao levar a criança para casa, se compromete com sua segurança e proteção, pois, tem a consciência de ser a criança um ser indefeso e dependente, que não possui culpa de estar em determinada situação.

Para Rocha (2000), quando a família resolve assumir a criança nos seus primeiros anos de idade, considerada como “adotável”, pelos critérios de preferência dos casais cadastrados nas Varas da Infância e da Juventude, tira-lhe a oportunidade de ser adotado por uma família que realmente esteja disposta a formar um vínculo de filiação, a legalizar o estado de filiação, sendo assim não haveria justificativa para a rejeição posterior da família.

A mesma autora ainda esclarece que é por esta razão que deve ser negada a guarda quando a família não for idônea ou madura pra assumir uma criança, para se evitar a futura devolução imotivada e irresponsável. Afinal, adotar não é um direito em favor do adulto, mas da criança, buscando a sua inteira proteção.

As pessoas com quem lidamos (que devolvem crianças) sabem bem que seu maior “trunfo” é não terem assinado papel nenhum, não terem se comprometido a nada, ou terem assinado um papel de guarda judicial, que até agora tem sido fácil de revogar por ato unilateral, sem qualquer motivo justificado. (ROCHA, 2000, p. 106)

Deste modo, a família substituta deve ter consciência da importância que é trazer para sua casa uma criança ou adolescente, pois não se trata de um produto, que quando apresentar problema, se pode devolver ou jogar fora, não se trata de um animalzinho, pois é um ser humano que merece ser tratado como sujeito de direitos, e realmente possui direitos.

A família adotiva responsável pelo adotando, deve tratá-lo como filho, pois, quando a adoção transita em julgado, este passa a possuir direitos de filho, e é considerado juridicamente como filho. Contudo, não basta, pois, deve ser adotado emocionalmente como filho. Dificilmente uma mãe abandona seus filhos, na maioria

das vezes isto ocorre por motivos financeiros, ao contrário do que ocorre na devolução, como visto os motivos são outros.

A responsabilidade da família substituta consiste em proteger a criança e o adolescente, buscando dar eficácia a proteção integral, respeitando todas as etapas do processo de adoção, e facilitando a adaptação da criança à família, assim como, após a adoção, considerá-la como filho, jurídica e emocionalmente.

Enfim, o foro competente para analisar estas questões de responsabilidade será a Vara da Infância e da Juventude. As partes terão direito de produzir provas e de interpor recurso, sendo que, caberá a responsabilidade civil e criminal.

3.2.2. A responsabilidade da sociedade e do Estado

Além da responsabilidade da família, também deve ser delimitada a responsabilidade do Estado, em colocações familiares, pelo seu descuido em colocações desastrosas, que acabam gerando esta situação irremediável, a devolução de crianças e adolescentes, onde atualmente a única solução é a institucionalização das mesmas.

Para Rocha (2000), o Estado deve evitar a todo custo à solução do “abrigamento definitivo”, infelizmente vista como tão normal pela sociedade, fruto de uma cultura de assistencialismo e institucionalização banalizada ao extremo. Ao contrário dessa visão, o Estado deveria assumir e reconhecer que existe essa mazela social e cultural, e que ela deve ser coibida, a partir de esclarecimentos e educação.

Portanto, nas chamadas “soluções políticas” reside uma das maiores questões do Brasil, as quais passam necessariamente pelo debate sobre o nosso modelo de desenvolvimento. Aqui as políticas públicas não se caracterizam por serem instituições, o que implicaria em permanência, em continuidade das ações e medidas iniciadas, independentemente das mudanças de governo. Política pública não é sinônimo de assistencialismo, e, muito menos, de paternalismo, antes é conjunto de ações, formando uma rede complexa endereçada sobre precisas questões de relevância social. São ações, enfim, que objetivam a promoção de cidadania. (VERONESE, 1999, p.193)

Cabe ao Estado investir em suas políticas públicas, entre elas a relacionadas ao direito da criança e do adolescente, cuidando de assuntos de relevância social, esclarecendo sobre a atual situação de crianças e adolescentes, a necessidade da adoção e o perigo da devolução. O Estado tem a obrigação de investir em educação, pois é ela a base de todo o ser humano e de uma sociedade consciente. Sem educação o ser humano não se desenvolve e não é capaz de entender os problemas de seu país.

Rocha (2000), ainda sugere campanhas de saúde pública, quanto à saúde mental e psicológica de crianças e adolescentes, praticamente inexistentes no país. Campanhas com temas sobre violência contra crianças, abandono de crianças, paternidade responsável, e até mesmo, guarda responsável de crianças.

Obviamente, não assegurando políticas essenciais nessas áreas, e meios de atender às demandas, o Estado não tem tido moral para desencadear esse tipo de propaganda nem de campanha. Enquanto isso, milhares de crianças continuam sofrendo pela omissão da família, da sociedade e do Estado. (ROCHA, 2000, p. 111)

Faz-se necessário que o Estado invista em educação e informação para a população, que leve às famílias a importância que tem uma adoção, que demonstre serem as crianças e os adolescentes a principal preocupação, fazendo valer as normas da prioridade absoluta, constantes no Estatuto da Criança e do Adolescente.

GUILHERME OLIVEIRA já afirmara que, “infelizmente, as boas leis não chegam para garantir boas estatísticas e muito menos para garantir felicidade”. O alerta vem confirmado, no Brasil, a partir da entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente, que tem permitido, na última década, a possibilidade de levantamento de dados que, em sua maioria, demonstram que é preciso transformar a política de atendimento aos direitos de crianças e adolescentes brasileiros, exigindo a materialização do princípio da prioridade absoluta no atendimento dos interesses destes. (BRAUNER E AZAMBUJA, 2003, p.34, grifo do autor)

Igualmente, não pode o sistema de Justiça se omitir em suas responsabilidades. A atual legislação referente aos direitos da infância e da juventude sabe-se ser uma das legislações mais modernas, o Estatuto da Criança e do Adolescente é garantidor da Proteção Integral, colocando crianças e adolescentes em prioridade absoluta. Contudo, não basta haver leis, deve o Estado dar eficácia as normas, colocando em prática, aquilo que muitas vezes só fica no papel.

Ainda, há os meios de comunicação, que tanto pode ajudar em campanhas e esclarecimentos, veiculando em jornais, rádios e canais de televisão assuntos sobre os direitos da criança e do adolescente, com o auxílio do Estado, levando assim, conhecimento à população de uma maneira mais rápida. Afinal, a mídia atualmente tem sido de grande relevância social, para obtenção de informação.

Contudo, a imprensa está assumindo outro papel, intervindo muitas vezes para lançar mais dúvidas e favorecer a cultura da informalidade quanto à posse de crianças, invertendo a situação, opinando, sem conhecimento de causa e causando conseqüentemente maiores danos.

Inadequado, inoportuno e impertinente é que outras instâncias, em casos extremos e delicados como estes apontados, intervenham de forma desastrosa e inábil, sem conhecimento de causa, às vezes por razões de "solidariedade humana" com uma certa família que está com uma criança, solidariedade que vê sobretudo o interesse do adulto (que reclama, vai à imprensa, dá entrevista e chama atenção), tomando partido a favor ou contra a permanência da guarda (...). Esquecendo que a análise da idoneidade para adoção da família foi reservada por lei à função judicial, e o parâmetro legislativo maior é o interesse dos menores e não dos adultos. (ROCHA, 2000, p. 112)

A mídia deve ter responsabilidade ao veicular suas notícias, deve se comprometer a proteger principalmente a criança e o adolescente, e não determinadas situações que julga serem em nome da justiça. Deve conhecer o Estatuto da Criança e do Adolescente e os direitos fundamentais explicitados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, para assim evitar constrangimentos e danos, principalmente para o infante e o jovem que já se encontram, muitas vezes, em frágeis situações, sendo dever do Estado fiscalizar essas notícias.

A família às vezes inconformada com uma decisão judicial que lhe indeferiu a guarda ou adoção de uma criança, que vai à imprensa reclamar e às vezes até consegue, em grau de recurso, a posse das crianças, esta mesma família irá chamar a imprensa, depois, anos mais tarde, na hora de devolver a criança? Não vai! (ROCHA, 2000, p. 112)

Além disso, também pertence ao Estado e a sociedade em geral, esta responsabilização com as crianças e os adolescentes do Brasil. Um Estado que não investe em educação e saúde, que não conscientiza a sua população acerca das suas crianças abandonadas, e que não politiza os problemas da adoção, é tão

culpado pela devolução quanto à própria família substituta que devolve o infante adotando, e por vezes, já adotado.

Como esclarece Hoppe (2003, p. 12), “a atividade exige não apenas estar ideologicamente comprometido. É preciso a sociedade estar culturalmente preparada para poder dar uma interpretação utilitária da norma jurídica. E, acima de tudo, nunca perder de vista o destinatário de nossas ações: a criança”.

Esta atitude revela a necessidade de, no âmbito nacional, termos um melhor monitoramento dos compromissos assumidos pelo governo federal, uma vez que tem se mostrado muito improdutiva a simples apresentação de propostas sem nenhum acompanhamento e fiscalização da implementação das mesmas. (VOLPI, 1996, p. 10)

Assim, compete à sociedade monitorar os compromissos assumidos pelo governo federal, e este além de apresentar propostas, projetos e leis sobre a proteção da criança e do adolescente, é seu dever acompanhar e fiscalizar a implementação das mesmas, uma vez que tem se mostrado improdutivas tais ações, pois é alarmante a situação de muitas crianças e adolescentes, que se encontram em estado de abandono no nosso país.

Nesse contexto também se insere o próprio conceito de cidadania: sociedade cidadã é aquela que se responsabiliza por suas crianças, incrementando todas as possibilidades que, efetivamente, dêem condições e estimulem as famílias a se habilitarem nesse projeto de vida, no qual se pretende constituir/construir, portanto, um novo entendimento acerca da paternidade e da maternidade que não se limite à geração biológica, antes uma geração que evidencie, sem dúvidas, o grande respeito e fascínio pela humanidade. (VERONESE E OLIVEIRA, 1998, p. 118)

Portanto, é responsabilidade de todos protegerem crianças e adolescentes, responder por suas ações e omissões, diante de tal problema jurídico-social que afeta profundamente crianças e adolescentes “devolvidos”.

3.3. As vias de reparação judicial

Na situação da devolução de criança e adolescente, diante da existência dos danos irreparáveis, tanto por danos morais, quanto patrimoniais, e da comprovação da responsabilidade da família, surge à dúvida sobre a possibilidade

de uma reparação judicial. Nesse caso, questiona-se qual o melhor caminho, para se evitar que mais danos sejam causados aos devolvidos.

Uma vez que a família substituta deve ser responsabilizada pela devolução, pois, assumiu voluntariamente, e por livre opção, a incumbência de assegurar a criança ou ao adolescente, um futuro digno. A reparação judicial poderia incidir sobre o direito a alimentos, sobre uma indenização moral e patrimonial, ou até mesmo ser submetida a uma responsabilização criminal, pelo crime de abandono material e moral. No entanto, tais medidas devem ser pensadas com cautela, pois o que se pretende é proteger a criança e o adolescente e não colocá-los em uma situação mais delicada.

Criar uma punição legal para pretendentes e pais por adoção poderia diminuir os casos de devolução? No entanto poderia forçar uma convivência entre pessoas que não criaram vínculos, ou ainda, resultar em abandono, rejeição e maus tratos físicos e/ou psicológicos, ou seja, a revitimização da criança/adolescente. (SILVA, 2008, p. 63)

Como leciona Rocha (2000), tais soluções poderiam ser criticadas por alguns, pois, elas não devolvem a família à criança, contudo, permitem a obtenção de recursos para que essa criança tenha acesso a um sistema educativo formal de qualidade, possibilitando o acesso a uma terapia psicológica necessária para superar traumas psicológicos profundos. Para que possam até mesmo ser tentado um apadrinhamento apoiado (esses recursos podem ser encaminhados para alguém que possa assumir a guarda dos menores, a partir dessa ajuda material), e para que, enfim, essas crianças e adolescentes possam ter um mínimo de conforto material e perspectivas otimistas para o seu futuro, resgatando assim a sua auto-estima.

Ainda comenta a autora (Rocha, 2000), que tais medidas poderiam funcionar também como desestímulo à devolução leviana e desmotivada de crianças, pois a consequência patrimonial seria mais séria e muitos hesitariam em lançar mão de uma leviana e desmotivada “devolução”, se confrontados com a hipótese de ter de pagar alimentos ou uma indenização por danos morais e patrimoniais. E como prova disso, Rocha (2000) aponta um exemplo desse “desestímulo” em situação semelhante, perante uma mãe biológica desentendida com a filha:

M., de 16 anos, foi entregue pela mãe ao Juizado, e a adolescente foi para uma casa de meninas[...]. Sendo a mãe funcionária pública, o Ministério Público entrou com pedido de alimentos e de desconto em folha de

pagamento, o que foi deferido. Passaram-se poucos meses e a menina acabou voltando para a mãe [...]
 Coincidência ou não [...] sem dúvida que a consciência de direito alheio, forçada por uma decisão judicial, foi ao menos capaz de mostrar para a mãe o prejuízo que estava causando [...] remotamente refletido no valor da pensão coagida a pagar.
 (ROCHA, 2000, p. 105, caso real da 1.^a Vara da Infância de Campo Grande, MS.)

Inegável é que o Estado responsável por colocações familiares desastrosas, sem atender ao interesse da criança e do adolescente, deve procurar assegurar em favor da criança a responsabilização das famílias, através de alimentos ou reparações, que poderão assim ajudar a resgatar a auto-estima do abandonado e até mesmo possibilitar o encaminhamento da criança ou adolescente a outra família, subsidiada pelo ex-guardião.

O Estado ao assumir o seu papel de garantidor dos direitos da criança e do adolescente, com esta atuação do sistema judicial, acabará por difundir a reparação judicial como função pedagógica perante a comunidade, amenizando o problema dessas crianças e adolescentes devolvidos, que retornam ao estado de abandono e se encontram novamente desamparados.

Incumbe ainda analisar quem será encarregado de defender materialmente a criança e o adolescente devolvido, quem terá a capacidade jurídica de entrar com a ação, e requerer o pedido da reparação. Assim, rege o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 201, III, as atribuições do Ministério Público, quanto à defesa de direitos da criança e do adolescente, em matéria cível, justamente quanto aos pontos do tema da devolução.

Art. 201. Compete ao Ministério Público:

[...]

III - promover e acompanhar as ações de alimentos e os procedimentos de suspensão e destituição do pátrio poder, nomeação e remoção de tutores, curadores e guardiães, bem como officiar em todos os demais procedimentos da competência da Justiça da Infância e da Juventude;

O Estatuto estabelece a atuação do Ministério Público como fundamental à sua aplicação, assim quando o Promotor de Justiça ou o Curador atua fiscalizando ou promovendo a aplicação correta das normas estatutárias em favor da criança e do adolescente, está, em última análise, promovendo o interesse público primário, interesse social, buscando o bem-comum, como dispõe o art. 5º e 6º, do ECA.

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Contudo, não é apenas o Ministério Público que possui o dever de zelar pelos direitos e interesses da criança e do adolescente, Hugo Nigro Mazzilli citado por Rocha (2000) aponta outros membros e instituições:

Ademais, cumpre deixar claro, posto óbvio, não é apenas o Promotor de Justiça da Infância e da Juventude o único órgão do Ministério Público que zela pelos direitos e interesses ligados à proteção dos menores. O Promotor criminal, o curador de família, o curador de incapazes, o Procurador de Justiça, enfim, toda a Instituição, na forma e nos limites da lei local de organização do Ministério Público, está investida na proteção da infância e da juventude. (ROCHA, 2000, p. 102)

Já, a Defensoria Pública, nas Varas da Infância age em favor dos guardiões, formalizando o pedido de cancelamento da guarda, contudo, seria perfeitamente possível e viável que sua atuação preferencial passasse a ser em prol da criança e do adolescente, no sentido de lutar processualmente pela permanência da guarda ou ao menos pelo direito a alimentos do infante. Em todo o caso, sempre seria possível e mais desejável que dois Defensores pudessem agir representando estes dois interesses em colisão, como defende Rocha (2000).

Assim, cabe analisar a aplicação da responsabilização criminal e civil, para se chegar ao estudo do caso concreto, pois já existem casos de alimentos e reparação judicial a favor de crianças e adolescentes devolvidos, para enfim comentar-se sobre alguns exemplos.

3.3.1. Responsabilidade criminal

O Código Penal, nos arts. 241 a 243, contempla várias figuras criminosas contra o estado de filiação, reprimindo sucessivamente o registro de nascimento inexistente, o parto suposto, o registro de filho alheio como próprio, a ocultação ou

substituição do recém-nascido, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil. O mesmo Código esclarece que, se praticado o crime por motivo de reconhecida nobreza, o juiz poderá deixar de aplicar a pena (art. 242, parágrafo único), conforme Monteiro (2004). No caso em tela se comenta sobre a “adoção à brasileira”.

A criação e a educação, de todas as obrigações, são vista como uma das mais importantes, por isso a infração desse dever legal e moral acarreta sanções civis e criminais para o cônjuge infrator. Do ponto de vista civil, o abandono do filho induz inibição do poder familiar (art. 1.638, inciso II, do CC/02). Do ponto de vista criminal, as sanções acham-se cominadas nos arts. 244 a 246 do Código Penal, que reprimem os delitos de abandono material e intelectual de crianças e adolescentes.

Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Parágrafo único - Nas mesmas penas incide quem, sendo solvente, frustra ou ilide, de qualquer modo, inclusive por abandono injustificado de emprego ou função, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada.

Art. 245. Entregar filho menor de 18 (dezoito) anos a pessoa em cuja companhia saiba ou deva saber que o menor fica moral ou materialmente em perigo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

§ 1º - A pena é de 1 (um) a 4 (quatro) anos de reclusão, se o agente pratica delito para obter lucro, ou se o menor é enviado para o exterior.

§ 2º - Incorre, também, na pena do parágrafo anterior quem, embora excluído o perigo moral ou material, auxilia a efetivação de ato destinado ao envio de menor para o exterior, com o fito de obter lucro.

Art. 246. Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar:

Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.

Monteiro (2004) defende ainda que se os deveres inerentes ao poder familiar são descumpridos com danos aos filhos, além da suspensão e destituição do poder familiar, é perfeitamente adequada a aplicação dos princípios da responsabilidade civil, com a condenação do genitor na reparação cabível.

Deste modo, os pedidos de suspensão ou de destituição do poder familiar podem ser cumulados com o pedido indenizatório, em face do disposto no art. 292, § 1º, incisos I, II e III, do Código de Processo Civil, em razão da compatibilidade dos pedidos entre si, do mesmo tipo de procedimento para ambos e da competência jurisdicional existente para a sua apreciação, mesmo em comarcas com varas especializadas.

Caberia então, depois de analisar os crimes de abandono material e intelectual, além da entrega de filho menor à pessoa inidônea, no caso da devolução de crianças e adolescentes, estes tipos de pena seriam aplicáveis ao caso, e se teriam eficácia, como argumentar Rocha (2000):

Seria possível processar por crime de abandono? Além de ele estar restrito a responsáveis legais (pelo que me lembro), o que já excluiria algumas das hipóteses (a guarda de fato, p. ex.), ainda é discutível se alguém que leva ao Juizado, declarando-se “impotente” para assumir a criança, esteja “abandonando-a”. A meu ver, não está entregando-a a autoridades competentes. (ROCHA, 2000, p. 86)

Assim, o crime de abandono somente seria possível no caso de adoções já transitadas em julgado, afinal, os pais adotivos respondem como responsáveis legais, pois a adoção possui caráter irrevogável, diferentemente das outras famílias substitutas. Além disso, a criança ou adolescente que é devolvido ao Juizado, não está sendo abandonado de fato, apenas se transfere a responsabilidade da família para o Estado, o qual passará a arcar com as despesas materiais e com a educação do devolvido, não estaria assim caracterizado o crime de abandono.

Há ainda, outro questionamento sobre a eficácia de um processo criminal, se realmente este amenizaria ou evitaria o problema de crianças e adolescentes devolvidos, ou só causaria mais danos. Afinal, a família passaria a hesitar mais ainda em adotar crianças e adolescentes, sob o pretexto de responder a um processo crime, no caso de inadaptação da criança à família.

E, se fosse possível o processo crime, qual seria a utilidade desse processo?

Mas isso é matéria para juízes criminais. Para nós, que queremos proteger a criança, qual utilidade (para a criança) desse processo crime? Ficarão os adultos “mais bonzinhos” por isso? Isto impediria a devolução ou o abandono, maus tratos e humilhações? Duvido muito. (ROCHA, 2000, p. 86)

Para Rocha (2000), a insistência em se acenar com o Direito Penal como a solução para todos os males tem desviado a atenção de outras sedes de solução de conflitos muito mais eficazes, e, como tal, tem perpetuado as problemáticas e a injustiça social, por não dar visibilidade e o devido valor a outros mecanismos mais eficazes dentro do sistema jurídico. Com efeito, é de preferência em outras áreas do Direito que se espera encontrar soluções efetivas, que atendam às reivindicações dos sujeitos de direitos.

Sendo assim, a mesma autora (Rocha, 2000) sugere como melhor forma a utilização do Direito Civil, ou seus desdobramentos dentro dos novos ramos do direito (Consumidor, Meio Ambiente, Infância). Considera como um melhor caminho para se amenizar situações, onde não cabe aplicar o Direito Penal, e que ainda poderia dar uma resposta mais eficiente e mais justa aos anseios das vítimas. No direito civil então que se encontrariam os melhores caminhos para a solução do problema de crianças e adolescentes devolvidos.

3.3.2. Responsabilidade civil

Como já visto, a devolução de crianças e adolescentes ocorre em todas as modalidades de família substituta, porém, cada uma possui características próprias, pois as famílias assumem encargos diferentes, sendo que a cada uma caberá um tipo de responsabilização. Há dúvida sobre se caberá ação de alimentos e/ou ação de reparação de danos morais e/ou patrimoniais em favor de crianças e adolescentes que sofrem a devolução.

Para um jurista, decidir se é cabível ou não alimentos ou reparação, é necessário primeiramente que ele assuma a idéia da criança e do adolescente como sujeitos de direitos, os quais não são meros objetos de poder dos adultos, mas que merecem serem protegidos, diante da injusta e ilegal situação que é o problema da devolução. Faz-se necessário implantar a noção de uma nova “cultura de adoção”, para evitar preconceitos e tabus, não só por parte da sociedade, assim como, por parte de muitos juristas.

Da parte das autoridades, dos técnicos, das instituições de abrigo, esses meninos, em regra, recebem olhares de compaixão, que não abala o conformismo com que têm sido tratadas estas questões. O adulto que devolve alega problemas incontornáveis e isso, em regra, é aceito sem maiores cautelas nem questionamentos, justamente porque, afinal, nossa cultura nos diz que eles estiveram cuidando por longos anos duma criança abandonada, “sem obrigação nenhuma” (sobretudo nos casos de guarda de fato ou judicial): afinal, não eram parentes [...]. (ROCHA, 2000, p. 100)

Logo, reconhecer os direitos de “meninos e meninas devolvidos” será possível, quando tais situações afligirem a consciência jurídica, o real sentimento do justo, quando tais situações forem vistas como problemas, mesmo perante uma suposta aparente lacuna legal. Isso poderá ocorrer quando a visão ideológica que a sociedade tem acerca do “menor abandonado” mudar o suficiente, para que, se possa ver o infante, como o sujeito de direitos que o ECA reconheceu, mas que ainda falta consagrar plenamente na aplicação prática do direito, como esclarece Rocha (2000).

No caso da guarda de fato, a situação é mais delicada e exige uma fundamentação adequada, uma vez que, os “filhos de criação” não possuem nenhum tipo de documentação que comprove a responsabilidade da família¹¹. A família não assume nenhum tipo de dever perante o juiz; e, por isso, se sente no direito de devolver a criança, na verdade não poderia devolver o que nunca foi seu por direito.

Enquanto na guarda judicial, embora revogada por ato judicial, ainda persiste os deveres do guardião, entre os quais, o de prover à subsistência da criança e do adolescente, ou seja, o dever de alimentar (art. 33 do ECA). Mesmo com caráter de revogável, por ato fundamentado do Juiz (art. 35 do ECA), o cancelamento da guarda não significa uma devolução, pois o que se busca é atender aos interesses do infante, não do guardião (devido à obediência ao princípio do art. 6º do ECA, regra máxima de interpretação da lei), ou seja, isso vai ocorrer quando o menor passa a ser hostilizado no lar substituto, e passa a ser vítima de violação de seus direitos.

No caso das crianças “filhos de criação” (**guarda de fato ou judicial**), deveria ser exigido pelos Juízes a comprovação de um motivo justo para não formalizar uma guarda de criança que está em seu poder há anos, bem

¹¹ Cabe observar o art. 1.593, do Código Civil de 2002, “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou **outra origem** (grifo nosso)”. Na guarda de fato, deve-se levar em consideração a relação sócio-afetiva, que irá configurar o parentesco civil.

como para o cancelamento da guarda de criança que viveu longos anos com uma família. (ROCHA, 2000, p. 89, grifo do autor)

Já no caso das “adoções à brasileira”, considerada como informal e por isso ilegal, a doutrina e a jurisprudência muitas vezes vêm entendendo a sua prática com motivo de reconhecida nobreza, afinal a família resolve assumir a criança como seu filho legítimo, registrando e adquirindo assim total responsabilidade.

Todavia, como defende Rocha (2000 p. 92), “[...] depois de 1990 não mais há tantos entraves legais para realizar-se uma adoção legal, e essa desculpa da burocracia já não tem fundamento para justificar o recurso à ‘adoção à brasileira’.” Contudo, ao assumir e registrar a criança, a família passa a ser a responsável legal, devendo assim responder pelos danos causados, bem como na devolução.

Enfim, no caso da sentença da adoção transitar em julgado, o adotado passa a ser filho da família e, por isso, passa a ter todos os direitos de filhos, entre eles, o direito à assistência material, moral e educacional, por isso, quando devolvido, estes deveres da família ainda subsistem.

A reparação judicial pode ser baseada legalmente no art. 186, do Código Civil de 2002, o qual estipula ato ilícito aquele que causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, devendo o dano ser reparado como dispõe os arts. 927, o qual dispõe sobre a responsabilidade civil.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

A análise do art. 186 do Código Civil Brasileiro, o qual disciplina a responsabilidade extracontratual, demonstra que quatro são seus elementos essenciais, ação ou omissão, negligência ou imprudência do agente, relação de causalidade e dano. Como já está comprovada, a devolução da criança e do adolescente é ação voluntária cometida pela família que assumiu a responsabilidade e que conseqüentemente acaba gerando danos materiais e morais, devido aos

traumas sofridos pela criança, além da perda do conforto material proporcionado pela família.

Além da indenização, caberia igualmente o direito a alimentos, pelo que a obrigação alimentar decorre do dever que os pais possuem de sustentar os filhos menores, segundo disposto no art. 1.566, IV, do Código Civil de 2002. Entretanto, mesmo depois da devolução ainda deve configurar o dever de sustento pela família, pois esta possui a responsabilidade sobre a criança e o adolescente, pelo menos até surgir uma nova colocação em família substituta.

3.3.3. O caso concreto

Como relata Monik Fontoura Silva, em pesquisa desenvolvida para trabalho de conclusão de curso, em Florianópolis, houve um caso de ação de alimentos¹² movida contra família que devolveu criança, e sendo determinado o pagamento mensal de uma cesta básica, contudo, não houve reparação por danos morais. Assim, relata Silva (2008, p. 63), em sua monografia, “em um caso de devolução acontecido em Florianópolis, os pretendentes foram obrigados pela justiça a pagarem mensalmente uma cesta básica à criança até o momento que esta for adotada por uma outra família ou ao completar 18 anos”.

Outro caso recente é a Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Estadual de Minas Gerais, por danos morais contra um casal de Uberlândia (MG), o qual devolveu uma criança. O Ministério Público solicitou uma liminar para concessão do pagamento de pensão alimentícia, para que a menina possa receber tratamento psicológico, além de uma indenização por danos morais, conforme notícia publicada no site do Consultor Jurídico¹³.

O promotor de Justiça Epaminondas Costa, responsável pelo pedido da reparação judicial já exposta, ainda informa que está cuidando de outro caso semelhante, de um menino de 15 anos, que também foi devolvido, entretanto, como

¹² Já foi requerido ao juiz vistas dos autos para análise do caso, o pedido foi feito por Enio Gentil Vieira Júnior, advogado do Juizado da Infância e da Juventude de Florianópolis, conforme anexo, e no momento aguarda-se resposta.

¹³ Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mai-27/mp-move-acao-casal-devolveu-crianca-adotada>>. Acesso em: 15.06.2009.

já possui idade suficiente para saber as causas da devolução, poderá ajudar o Ministério Público prestando maiores informações.

Como se pode perceber, a visão dos operadores de direito estão mudando em benefício ao melhor interesse da criança e do adolescente, buscando a reparação dos danos causados pela devolução. Atualmente a jurisprudência e a doutrina, paulatinamente, têm dado prioridade à proteção de seus direitos. Acredita-se assim que mais decisões deverão ser tomadas em prol da proteção integral de crianças e adolescentes devolvidos.

Depois de um longo período de tratamento da criança como objeto de direitos, o novo paradigma que coloca a criança como sujeito de direitos ainda não conseguiu se enraizar no direito brasileiro. Todavia, percebe-se, pelas decisões mais recentes, a sua aplicação como norma principal em face das medidas que envolvem interesses da criança. O STJ constantemente afirma que a sua jurisprudência se consolidou no sentido de interpretar as normas do ECA de maneira a resguardar sempre os interesses do menor. Assim, a tendência é a consolidação deste princípio como garantidor de direitos constitucionais e infraconstitucionais, tarefa na qual a contribuição jurisprudencial e doutrinária tem papel bastante relevante. (MEIRELLES, 2006, p. 489)

Com isso, busca-se analisar juridicamente a questão do problema de crianças e adolescentes “devolvidos”, com a sua reparação, sob a ótica civil e criminal, visando buscar a melhor solução para amenizar o dano causado à criança, principal preocupação do presente estudo.

3.4. A prevenção da devolução, através do prevalecimento do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e do princípio da dignidade da pessoa humana

Como se tem verificado nas últimas décadas, através da possibilidade de levantamentos de dados, a política de atendimento aos direitos de crianças e adolescentes brasileiros, estipulada nos arts. 86 e 87, do Estatuto da Criança e do Adolescente, tem se mostrado ineficiente, sendo necessário fazer valer a materialização do princípio da prioridade absoluta no atendimento dos interesses destes, através do prevalecimento do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e do princípio da dignidade da pessoa humana.

Como afirmam Brauner e Azambuja (2003), o Estatuto da Criança e do Adolescente trata de um instrumento de transformação social e de garantia do princípio da dignidade humana e da proteção integral, uma forma de conscientização da sociedade sobre a violência praticada contra crianças e adolescentes.

No entanto, segundo Rocha (2000), para a efetiva e eficaz proteção da criança e do adolescente resta ainda encontrar uma forma de evitar sua devolução no curso do processo. O que falta é a prevenção, conscientizar a família substituta de sua responsabilidade em adotar, em assumir a criança ou o adolescente como um filho.

Assim, para prevenir a devolução de crianças e adolescentes além da normatização e regularização sobre a matéria, é necessário uma conscientização das famílias substitutas sobre a responsabilidade de se adotar uma criança, além do comprometimento da sociedade e do Estado.

Weber (2005) sugere uma preparação adequada com o suporte dos Grupos de Apoio à Adoção, técnicos do judiciário, e de abrigos, buscando refletir sobre como os membros das famílias por adoção resolvem por si mesmos as questões de discriminação e preconceito, podendo prestar com isso o auxílio necessário para prevenir o problema jurídico-social de crianças e adolescentes “devolvidos”.

Enquanto grupos de apoio à adoção, técnicos do judiciário e abrigos não estabelecerem um diálogo efetivo e capaz de restituir à criança a possibilidade de viver em família; enquanto os pretendentes precisarem esperar anos a fio ainda que não desejem crianças recém-nascidas ou brancas; enquanto nos mantivermos preocupados em nos eximir de responsabilidades e atribuí-las a outros, as crianças continuarão abrigadas e os pretendentes continuarão sua espera sem filhos, o que abre caminhos para muitas iniciativas desastrosas, na maioria das vezes guiada pelo desespero. (MOTTA, 2005, p. 250)

Relevante para se prevenir a devolução de crianças e adolescentes é a atuação desses Grupos de Apoio à Adoção, sociedades sem fins lucrativos, voltadas à construção de uma nova cultura de adoção, conforme preconiza o Estatuto da Criança e do Adolescente e o princípio do melhor interesse da criança.

Considero-o um fenômeno interessante pela maneira franca e aberta como a rede tem sido constituída. São sociedades realmente sem fins lucrativos, cujos membros (geralmente a grande maioria é composta de pais adotivos) trabalham voluntariamente para divulgar a adoção, prevenir o abandono, preparar adotantes e acompanhar pais adotivos, encaminhar crianças para a adoção e, de maneira ampla, conscientizar a crianças mais velhas,

crianças de cor diferente da dos adotantes e crianças com necessidades especiais (WEBER, 2004, p. 80)

Em Florianópolis, existe o Grupo de Estudo e Apoio à Adoção de Florianópolis (GEAAF) ¹⁴, trata-se de uma sociedade civil sem fins lucrativos, formados por pais e filhos, adotivos ou não, profissionais, técnicos, que voluntariamente se colocam à disposição da comunidade interessada em adoção, conforme cartilha divulgada pela própria instituição.

O GEAAF está trabalhando para construir uma nova cultura de adoção e defende que, se esgotadas todas as possibilidades deles permanecerem com sua família de origem, que sejam colocados em uma outra família que lhes proporcionem carinho e segurança através do estabelecimento de vínculos afetivos estáveis, significativos que pouco a pouco as convencerão de que têm valor, são amados e dignos de amor. Para que isso aconteça sem as dúvidas naturais sobre o que é uma adoção, a informação é o melhor caminho. (GEAAF)

“Sabe-se que não é possível acabar com o preconceito ou com a falta de conhecimento com uma ou duas leis! É preciso um processo muito mais amplo de conscientização que envolve esclarecimento e a educação”, afirma Weber (2005, p. 65).

Não resta dúvida de que o melhor é a prevenção do abandono e da devolução, e não sua reparação. Para tanto, deve-se cuidar das conseqüências morais e emocionais da família e da criança, conjuntamente, de forma a priorizar e aplicar o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da solidariedade familiar e do melhor interesse do menor (art. 227, *caput*, da Constituição Federal de 1988), pois o instituto da adoção deve ter como finalidade primordial a proteção à criança e ao adolescente.

Evitar a devolução do adotando é dar eficácia ao art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, priorizando assim a proteção integral da criança e do adolescente, e conseqüentemente visando o seu melhor interesse:

Art. 3.º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

¹⁴ O GEAAF é localizado no Largo São Sebastião, 88 s/25, CEP 88015-560 Florianópolis (SC), sendo uma instituição que tem se comprometido com a devolução de crianças e adolescentes, porém não consegui obter nenhum dado acerca do tema, apenas material bibliográfico.

Assim, a proteção integral será aplicada sempre que os direitos da criança e do adolescente, reconhecido pelo Estatuto, forem ameaçados ou violados, seja por ação ou omissão da família, da sociedade e do Estado, pois são eles sujeitos de direito, devendo ser resguardados seus direitos fundamentais através de medidas de proteção, entre elas a prevenção da devolução da criança e do adolescente.

Por outras palavras, na base do princípio da proteção integral está a idéia de efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, com a criação de instrumentos jurídicos que assegurem tal realização. A tutela jurisdicional diferenciada é uma das facetas da proteção integral dos direitos da criança e do adolescente, que deriva da condição especial desses sujeitos, por serem pessoas em desenvolvimento. (PAULA, 2007, p. 89)

Entende-se ser a forma de realmente elevar o adotando à condição de sujeito de direito, de atingir a finalidade a ser alcançada, ou seja, assegurar seu o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Esse parece ser mesmo o espírito do nosso Código Civil que, modernizando as relações privadas, reconhece a função social da adoção, compreendendo-a como um instituto assistencial, cuja finalidade primordial é promover a dignidade e a solidariedade humanas. Não fosse este o escopo do legislador, ficaria sem sentido a regra constante do art. 1.625, que expressa, com grande propriedade, ser admitida a adoção somente se resultar em benefício para o adotando. (CAMBI, 2003, p. 33)

Além da proteção integral, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, enunciado no art. 1º, III, da Constituição Federal e no art. 6º da Lei n. 8.069/90, também deve ser respeitada, pois, a criança é pessoa, está em condição especial de desenvolvimento, necessário assim, o seguimento dos critérios hermenêuticos para o entendimento do princípio do seu melhor interesse.

A lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), dispõe exatamente sobre a proteção integral da criança. Seguindo o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o ECA trata a criança como pessoa, sujeito de direitos, considerada a sua peculiar condição como pessoa em desenvolvimento. Essa condição especial é que justifica a garantia de prioridade da efetivação dos seus direitos, consoante dispõe o art. 4º da lei estatutária. (MEIRELLES, 2006, p. 475-476)

Enfim, cabe assim proteger a criança e o adolescente, fazendo prevalecer os princípios constitucionais da dignidade humana e da solidariedade humana, com

a intenção de buscar o melhor interesse da criança e do adolescente, buscando assim relações familiares saudáveis e baseadas no afeto e no amor.

Para Cambi (2003), o Estatuto da Criança e do Adolescente, seguido pelo Código Civil de 2002, investiram na afetividade, depositando na família a esperança de construção de uma sociedade mais justa, livre e solidária, com bases constitucionais (art. 3.º, I, da CF), na medida em que reconhece que o bem comum depende da existência de pessoas felizes, emocionalmente equilibradas e, sobretudo, muito amadas.

Cuida-se de uma forma de família substituta, decorrente do princípio da *solidariedade humana*, cujo escopo primordial é integrar o ser humano em uma estrutura familiar, marcada pelo amor, em que se consiga promover vínculos afetivos capazes de proporcionar o desenvolvimento humano e social. (CAMBI, 2003, p. 30)

Para Fonseca (2006), a saída deste dilema seria proporcionar condições semelhantes de vida para todos os grupos, tanto para a família de origem, quanto para a substituta, de forma que houvesse a possibilidade de um consenso sobre o bem estar da criança e do adolescente. Sem desmerecer os ganhos humanitários, conquistados ao longo da história, como a plena integração da criança adotiva na sua nova família.

Afinal, o que se visa é a proteção da criança e do adolescente. Melhor seria se ela permanecesse com a família de origem e esta possuísse condições morais e materiais de criá-las. E só em casos peculiares, se mesmo assim a família não conseguisse ficar com a criança, fosse então feito o processo de adoção, com todo o apoio da sociedade e do Estado, e principalmente com uma família preparada e esclarecida para acolher esta criança ou adolescente.

É de suma importância que essa etapa expresse e evidencie com muita sinceridade: aconchego, acolhimento terno, compreensão, alegria, paciência, que nada mais são do que manifestações do mais nobre sentimento humano, mola propulsora desse processo: o AMOR. Só ele poderá assegurar à criança a verdadeira possibilidade de sentir-se segura, de ancorar-se afetiva e emocionalmente, garantindo-lhes a possibilidade de adaptar-se a uma vida comunitária. (VERONESE; OLIVEIRA, 1998, p. 120)

Constata-se, portanto, que o processo de adoção constitui uma solução de amparo à criança e ao adolescente, um verdadeiro ato de amor, o qual visa formar uma relação saudável de pais e filhos adotivos, e que necessita do apoio da

sociedade e do Estado para atingir tal fim, a proteção e a preservação da criança e do adolescente, evitando-se com isso a “devolução”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo analisar o problema jurídico-social de crianças e adolescentes “devolvidos”, verificando as suas causas e conseqüências, estudando a responsabilidade da família, da sociedade e do Estado e a possibilidade da reparação judicial à criança e ao adolescente, em razão ao princípio da proteção integral, e propondo as medidas preventivas para evitar a devolução.

Através da evolução do instituto jurídico da adoção no Brasil, atualmente com a Constituição da República Federativa do Brasil, os filhos adotivos e biológicos possuem os mesmos direitos, rompendo de forma definitiva a discriminação, a qual foi uma constante em toda a nossa história, prima-se pelo princípio da igualdade e da proteção integral da criança e do adolescente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990, foi um grande marco para a proteção da criança e do adolescente, passando a disciplinar a teoria da Proteção Integral, assegurando a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público, como preceitua o art. 4º, do ECA.

Com o advento do ECA, o instituto da adoção sofreu reais transformações, pois passou a atribuir a condição de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com a família biológica, salvo os impedimentos matrimoniais. Ainda em defesa à integral proteção da criança e do adolescente, o Estatuto determinou que a adoção somente será permitida através de processo judicial. Desta forma, pôs termo à adoção da criança e do adolescente, por escritura pública, prevista pelo Código Civil de 1916, o qual permitia a revogação através, também de escritura pública. Assim, a adoção passa a ter caráter irrevogável, sendo homologada apenas se constatada reais vantagens ao adotando.

O procedimento da adoção continua a seguir a Lei nº 8.069/1990, no pertinente aos menores de dezoito anos, e quanto aos maiores, passou a ser disciplinado pelo atual Código Civil Brasileiro, de 2002. Assim, em ambas as

modalidades, o caminho passou a ser judicial, com a constituição do ato por meio de sentença.

O novo Código Civil passou a normatizar a adoção de adultos, maiores de 18 anos. Para crianças e adolescentes, menores de 18 anos, aplica-se, primordialmente, as regras do Estatuto da Criança e do Adolescente, e as do novo Código Civil que não sejam com ele incompatíveis.

A revogação da adoção, pelo Código Civil de 1916, se processava por simples escritura pública, em caso de convenção das partes ou nos casos em que fosse permitida a deserção, bastava ir ao cartório e desfazer a adoção. Desfazia-se a adoção, devolvendo-se a criança, como se devolve uma mercadoria com defeito, tratava-se de mero contrato. A criança não era vista como um sujeito de direitos, que precisa de proteção e assistência, simplesmente ficando à vontade da família, da sociedade e do Estado.

Atualmente, é defesa a devolução do adotando após o trânsito em julgado da sentença que efetiva a adoção. Por isso, durante o curso do processo de adoção é permitido à família substituta um estágio de convivência, necessário este para se confirmar à vontade de adotar e estabelecer a relação de pais e filhos.

Este estágio de convivência é determinado pelo juiz, ficando a seu critério o tempo necessário para que se efetive a adoção, devendo, porém esse respeitar o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Somente nos casos de adoção de estrangeiros, conhecida também como adoção internacional, é que o prazo mínimo do estágio de convivência é determinado por lei.

Sendo de quinze dias, quando se tratar de criança com idade igual ou inferior a dois anos, e de trinta dias, na hipótese de o adotando ter mais de dois anos de idade, conforme art. 46, § 6º, do ECA. Cabendo ao juiz estabelecer o prazo que reputar necessário, obedecido ao mínimo legal, esta modalidade de adoção passou a ser protegida por lei, pois, foi determinado um prazo mínimo de convivência do adotante com o adotado em seu país de origem.

Entretanto, para a efetiva proteção da criança e do adolescente resta encontrar uma forma de evitar sua devolução no processo de adoção, uma maneira de prevenir, conscientizar a família substituta de sua responsabilidade em adotar, em assumir a criança ou o adolescente como um filho.

É necessário assim o oferecimento de ações sócio-educativas, com intervenções psicossociais, a fim de auxiliar as famílias no processo de adoção,

prevenindo desde o acolhimento da criança e do adolescente, e mesmo depois da adoção, evitando-se a rejeição pela família substituta da criança ou do adolescente.

Conscientização e educação são as principais medidas que deveriam ser tomadas para se evitar a devolução de crianças e adolescentes, tarefas que cabem ao Estado e a sociedade em geral, responsáveis estes pelas crianças e pelos adolescentes. Um Estado que não investe em educação e saúde, que não conscientiza a sua população acerca das suas crianças abandonadas, e que não politiza os problemas da adoção, é tão culpado pela devolução quanto a própria família substituta que entrega a criança ou o adolescente.

Compete à sociedade monitorar os compromissos assumidos pelo governo federal, e este além de apresentar propostas, projetos e leis sobre a proteção da criança e do adolescente, tem o dever de acompanhar e fiscalizar a implementação das mesmas, uma vez que tem se mostrado improdutivo tais ações, pois é alarmante a situação de muitas crianças e adolescentes, que se encontram em estado de abandono em nosso País.

Haveria nesta situação de devolução da criança e do adolescente a possibilidade de uma reparação judicial, diante da existência do dano irreparável, seja tanto por danos morais, quanto patrimoniais. Uma vez que a família substituta deve ser responsabilizada pela devolução, pois assumiu por livre opção a missão de assegurar à criança ou ao adolescente um futuro digno. Poderia caber, assim, o direito a alimentos e a reparação moral e patrimonial, e até mesmo ser proposta uma responsabilização criminal, por crime de abandono.

O Estado é o responsável por colocações familiares desastrosas, sem atender ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Tem o dever de assegurar em favor da criança, a responsabilização das famílias, pois alimentos ou reparações poderão ajudar a resgatar a auto-estima do abandonado. Poderá, inclusive, essa atuação do sistema judicial ter função pedagógica perante a sociedade.

No entanto, a prevenção do abandono e da devolução seria a melhor solução. Para tanto, deve-se cuidar das conseqüências morais e emocionais da família e da criança, conjuntamente, de forma a priorizar e aplicar o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da solidariedade familiar e do melhor interesse do menor (art. 227, *caput*, da Constituição Federal de 1988), pois o instituto da adoção deve ter como finalidade primordial a proteção à criança e ao

adolescente. Entende-se ser a forma de realmente elevar o adotando à condição de sujeito de direito, de atingir a finalidade a ser alcançada: assegurar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

O que se busca é a proteção da criança e do adolescente, melhor seria se ela permanecesse com a família de origem e esta possuísse condições morais e materiais de criá-las. E só em casos peculiares, se mesmo assim a família não conseguisse ficar com a criança, fosse então feito o processo de adoção, com todo o apoio da sociedade e do Estado, e principalmente com uma família preparada e esclarecida para acolher esta criança ou adolescente.

Portanto, o processo de adoção trata de uma solução de amparo à criança e ao adolescente, um ato de amor verdadeiro, que visa formar uma relação saudável de pais e filhos adotivos, que necessita do apoio da sociedade e do Estado para atingir tal fim, a proteção e a preservação dos direitos da criança e do adolescente, evitando-se com isso a “devolução”.

Os objetivos esperados para este trabalho foram alcançados, com a demonstração, inclusive, de casos concretos de reparação judicial à criança e ao adolescente. Da mesma forma, através de pesquisas bibliográficas, demonstrou-se que, apesar de não haver regulamentação sobre o tema, o mesmo é necessário para o estabelecimento do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e o princípio da dignidade humana.

Este estudo não possui a pretensão de ser conclusivo a respeito do tema, porém, servir de base para uma reflexão sobre a responsabilidade da família, da sociedade e do Estado, e assim sobre a possibilidade da reparação judicial. Procura-se apenas fornecer uma maneira de amenizar, através dos meios judiciais, o problema jurídico-social de crianças e adolescentes “devolvidos”.

REFERÊNCIAS

ATAIDE JR., Vicente de Paula. A destituição do pátrio poder com pressuposto lógico da adoção. **Revista de Direito Privado**, coordenação: Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, out./dez. 2001.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *In: Vade Mecum acadêmico de direito*. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2009.

_____. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente. *In: Vade Mecum acadêmico de direito*. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2009.

_____. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil Brasileiro. *In: Vade Mecum acadêmico de direito*. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2009.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo; AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. A releitura da adoção sob a perspectiva da doutrina da proteção integral à infância e adolescência. **Revista brasileira de direito de família**, n.18, p. 30 a 39, junho/julho de 2003.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Família**. Ver, atual. E ampliado por Bittencourt, Neto Joaquim Macedo; Coltro, Antônio Carlos Matias. 5. ed. Campinas, SP: Millennium, 2003.

CAMBI, Eduardo. A relação entre o adotado, maior de 18 anos, e os parentes do adotante. **Revistas dos Tribunais**, ano 92, v. 809, p. 28-34, mar. 2003

CAMPOS, Niva Maria Vasques; COSTA, Liana Fortunato. **A família dos estudos psicossociais de adoção**: experiência em uma vara da infância e da juventude. *Revista dos tribunais*. Ano 92. Volume 813. Julho de 2003. (pág. 114-121)

CONSULTOR JURÍDICO. **MP move ação contra casal que devolveu criança**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mai-27/mp-move-acao-casal-devolveu-crianca-adotada>>. Acesso em: 15.06.2009.

ELIAS, Roberto João; **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. São Paulo: Saraiva, 1994.

FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. **Cadastro de pretendentes à adoção**. Disponível em: <www.apmp.com.br/juridico/artigos/.../cadastro_preten_adocao.doc>. Acesso em: 20.06.2009.

FILHO, Waldir Grisard. **A adoção depois do novo código civil**. Revista dos Tribunais. Ano 92. Volume 816. Outubro de 2003. (pág. 26-38)

FONSECA, Claudia. **Caminhos da Adoção**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

FRASSÃO, Márcia Cristina G. O. **Devolução de crianças colocadas em famílias substitutas**: uma compreensão dos aspectos psicológicos, através dos procedimentos legais. 2000. 127 p. Dissertação de mestrado em psicologia – Curso de pós graduação em psicologia da Universidade Federal de Santa Catarina.

FREIRE, Fernando. As crianças que já não têm família. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id150.htm>. Acesso em: 20.06.2009.

GEEAF. **Adoção**: Vença suas barreiras (cartilha). Florianópolis: Grupo de Estudos e Apoio à Adoção de Florianópolis.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. A destituição do poder familiar e os procedimentos da adoção. *In*: **Adoção: aspectos jurídicos e metajurídicos**. Coordenador: Eduardo de Oliveira Leite et al. Rio de Janeiro: Forense, 2005. (Grandes Temas da Atualidade, v. 4)

GUIMARÃES, Giovane Serra Azul. **Adoção, tutela e guarda**: conforme o estatuto da criança e do adolescente e o novo código civil. 2. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

HOPPE, Marcel Esquivel. **Manutenção de vínculos, destituição do poder familiar e adoção**. Juizado da Infância e Juventude/ (publicado pó) Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Corregedoria-Geral da Justiça. – n. 1 (Nov. 2003). Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas do TJRS, 2003.

KOPPER, Max Guerra. **“Adoção à brasileira” – Existência, efeitos e desconstituição**. Revista de Doutrina de Jurisprudência n° 1 – 2° Sem. Brasília: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, 1966.

LANSER, Felicitas Maria. **Adoção**: pais adotivos suas angústias e certezas. Blumenau – SC: Nova letra, 2002.

MACEDO, Emilisa Curi de. Adoção: que caminho escolher? refletir ou refletir preconceitos? *In: Adoção: aspectos jurídicos e metajurídicos*. Coordenador: Eduardo de Oliveira Leite et al. Rio de Janeiro: Forense, 2005. (Grandes Temas da Atualidade, v. 4)

MEIRELLES, Rose Melo Vencelau Meirelles. O princípio do melhor interesse da criança. *In: Princípios do direito civil contemporâneo*/ Maria Celina Bodin de Moraes (coordenadora). Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**, v. 2: direito de família. 37ªed., ver. e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2004.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Adoção pronta x adoção pelo cadastro. *In: Adoção: aspectos jurídicos e metajurídicos*. Coordenador: Eduardo de Oliveira Leite et al. Rio de Janeiro: Forense, 2005. (Grandes Temas da Atualidade, v. 4)

OLIVEIRA, Valdeci Mendes de. **A.G.T.- Adoção, guarda e tutela**: como institutos jurídicos de família substituta. Bauru, SP: Edipro, 2001.

PAULA, Tatiana Wagner Lauand de. **Adoção à brasileira**: registro de filho alheio em nome próprio. Curitiba: J. M. Livraria Jurídica, 2007.

PEREIRA, Sergio Gischkow. **Algumas considerações sobre a nova adoção**, em AJURIS, nº 53. Porto Alegre: Revista da Associação dos Juízes do RS 1991. p. 75 a 76.

PICCOLOTTO, Neltair. **Dano moral**: caracterização e reparação. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003.

REIS, Clayton. **Dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio grande do Sul. **Jurisprudência**. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/jurisp/idt260.htm>. Acesso em: 20.06.2009.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 2. ed. (2. tiragem). Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ROCHA, Maria Isabel de Matos. (NERY, Nelson Júnior; NERY, Rosa Maria de Andrade / coordenação). Crianças “devolvidas”: quais são seus direitos? **Revista de direito privado**. RT: São Paulo. n. 2. p. 75 a 113. Abril-julho de 2000.

SÁ, Hilda Vieira de. **Os filhos perante a lei: seus direitos e seus deveres**. 2. ed. São Paulo: Livraria e editora universitária de direito Ltda., 1986.

SILVA, José Luiz Mônico da; **Estudos: abandono e adoção**. (publicado em Igualdade, do Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente). 15ª Ed. Paraná: Ministério Público do Paraná, (1996), pp. 1-10.

SILVA, Monik Fontoura. “**Devolvido ao remetente**”: uma reflexão sobre a devolução de crianças e adolescentes adotados em Florianópolis. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso) – Universidade Federal de Santa Catarina: Florianópolis, 2008.

VARGAS, Marizete Maldonado. **Adoção tardia: da família sonhada à família possível**. São Paulo: Casa do psicólogo, 1998.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito de família**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. (Coleção direito civil; v. 6).

VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Luciene Cássia Policarpo. **Adoção e relações familiares**. Revista da faculdade de direito da UFSC. Florianópolis, vol. 1, pp. 115 a 124, 1998.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: LTR, 1999.

VERONESE, Josiane Rose Petry; PETRY, João Felipe Corrêa. **Adoção internacional e Mercosul: aspectos jurídicos e sociais**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVÊA, Lúcia Ferreira de Bem; SILVA, Marcelo Francisco da **Poder familiar e tutela: à luz do novo código civil e do estatuto da criança e do adolescente**. Florianópolis: OAB/SC, 2005.

VOLPI, Mário. **Estudos: abandono e adoção**. (publicado em Igualdade, do Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente). 15ª Ed. Paraná: Ministério Público do Paraná, (1996), pp. 1-10.

WEBER, Lídia Natalia Dobrianskyj. **Laços de ternura**: pesquisas e histórias de adoção. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

_____. **Pais e filhos por adoção no Brasil**: características, expectativas e sentimentos. Curitiba: Juruá, 2005.

ANEXO