

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

JOANNA PAIXÃO PINTO RODRIGUES

(IM)POSSIBILIDADE DE COLETIVIZAÇÃO DA RESPONSABILIZAÇÃO DE  
ADOTANTES NOS CASOS DE DEVOLUÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES  
ADOTANDOS E ADOTADOS

BELO HORIZONTE

2015

Joanna Paixão Pinto Rodrigues

(IM)POSSIBILIDADE DE COLETIVIZAÇÃO DA RESPONSABILIZAÇÃO DE  
ADOTANTES NOS CASOS DE DEVOLUÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES  
ADOTANDOS E ADOTADOS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau.

Belo Horizonte

Faculdade de Direito da UFMG

2015

---

R696i Rodrigues, Joanna Paixão Pinto  
(Im)possibilidade de coletivização da responsabilização de adotantes nos casos de devolução de crianças e adolescentes adotandos e adotados / Joanna Paixão Pinto Rodrigues . - 2015.

Orientadora: Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau.  
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito civil - Teses 2. Direito de família 3. Adoção  
4. Anulação (direito) 5. Crianças adotadas 6. Adolescentes adotados  
6. Responsabilidade civil I. Título

CDU<sub>(1976)</sub> 347.633

---

Joanna Paixão Pinto Rodrigues. *(Im)possibilidade de coletivização da responsabilização de adotantes nos casos de devolução de crianças e adolescentes adotandos e adotados*

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFMG como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de pesquisa: Direitos Humanos e Estado Democrático de Direito: Fundamentação, Participação e Efetividade.

Projeto estruturante: Governança Pública, Acesso à Justiça, Efetividade, Consensualidade e Dimensão Processual dos Direitos Humanos

Projeto coletivo: Governança Pública, Coletivização e Efetividade dos Direitos

Orientadora: Professora Doutora Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau

Faculdade de Direito da UFMG

Aprovada pela banca examinadora constituída pelas professoras:

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Monica Sette Lopes

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Rosana Ribeiro Felisberto

Ao meu avô Arthur.

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente, a Deus, por ter me dado forças quando eu já não tinha mais; por ter me dado paz quando a minha havia acabado; por cuidar de mim quando não tive tempo e disposição para fazê-lo. Também, por ter colocado pessoas tão especiais no meu caminho, sem as quais este trabalho, certamente, não existiria.

À Professora Tereza, pela acolhida, pelos ensinamentos e pelo exemplo.

À minha mãe, pelo incentivo constante, pela distração necessária e pelo amor incondicional.

Ao meu pai, pelas orações, pelo carinho e por ter me feito atleticana, já que sem a raça alvinegra esse trabalho não teria sido terminado.

Aos meus irmãos, Ricardo, Marcelo e Gustavo, por me mostrarem cada um a sua maneira, o seu apoio e por me lembrarem, por meio de seus exemplos, que somos capazes de muitas coisas. Às minhas cunhadas, pela torcida.

Aos meus sobrinhos, Bernardo, Guilherme e Leonardo, por me lembrarem constantemente que as crianças valem a pena (e também pelas brincadeiras de colorir, pular e correr, que ajudavam a desestressar a titia).

À toda minha família, especialmente ao Tio Tuca, por me acolher quando precisei e por ter me ensinado muito em tão pouco tempo.

Às minhas amigas Rê, Aline, Ret, Pitchon, Cris e Bella, pelas revisões e traduções, por me aguentarem quando eu só tinha um assunto e, simplesmente, por serem essas pessoas fofas que são. Aos amigos Diego e Chefinho, pelos cafés, e ao Santos, por me ajudar durante o processo seletivo.

A todos aqueles que cuidaram de mim, do meu corpo físico, da minha mente e da minha alma.

Por último, ao Pablo, meu amigo, meu colega, meu noivo, amor da minha vida, pela comemoração nos momentos bons e pelo apoio nos momentos ruins, por não me deixar desanimar, por fazer as primeiras revisões de todos os capítulos, por passar por essa loucura de mestrado junto comigo e por ser essa pessoa excepcional.

“É a tia Petúnia batendo na porta”, pensou Harry, desanimando. Mas, ainda assim, não abriu os olhos. Tinha sido um sonho tão bom.

J. K. Rowling (Harry Potter e a Pedra Filosofal)

## RESUMO

Muito embora a adoção seja no Direito Brasileiro um meio de natureza irrevogável de colocação de crianças e adolescentes adotandos em família substituta, há casos de devolução de crianças e adolescentes, adotandos e adotados (isto é, durante o procedimento adotivo ou após o seu fim). A discussão acerca da possibilidade da devolução pelos adotantes (no caso da devolução de adotando) e pelos pais (no caso do adotado) perde o sentido quando se analisa a tentativa de devolução pela ótica do melhor interesse da criança: não se pode deixar uma criança ou um adolescente em um ambiente no qual ele não é respeitado e querido. Estabelecida a possibilidade da concretização da devolução, passou-se a verificar os meios existentes para a responsabilização civil dos “devolventes” de crianças e adolescentes adotandos e adotados. Assim, observa-se que, muito embora essa responsabilização dos devolventes seja, hoje, processada por meio da ação civil pública, a coletivização dessas demandas ainda não é possível, visto que no ordenamento jurídico pátrio o processo coletivo passivo não está regulamentado. A hipótese inicialmente formulada sobre a possibilidade de coletivização das demandas de responsabilização dos devolventes está, então, refutada.

Palavras chaves: Criança e adolescente; Adoção; Devolução; Responsabilização; Ação Civil Pública.



## **ABSTRACT**

Although adoption is, in Brazilian Law, an irreversible means of placing adoptable children and teenagers in a substitute family, there are cases of return of these children and teenagers, both adoptable and adopted (that is to say, during the adoption process or after it is completed). The discussion about this possibility of return by the adopters (in the case of returning an adoptable) and the parents (in the case of an adopted), loses meaning when the attempt of return is analyzed through the lenses of the child's best interest: one can't leave a child or a teenager in an environment where they are not respected or wanted. After establishing the possibility of actual devolution, there is the need to verify the available means of civil liability for the "returners" of these children and teenagers. Thus, even though this liability is presently processed by means of a public civil action, the collectivization of these demands is not possible yet, because the Brazilian Law doesn't regulate the passive collective action. The hypothesis initially presented about the possibility of collectivization of the returners' liability actions is, therefore, refuted.

**Keywords:** Children and teenagers; Adoption; Devolution; Liability; "Class action".

## **LISTA DE ABREVIATURAS**

CR/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
ECA	Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente
CC/16	Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916 – Código Civil dos Estados Unidos do Brasil de 1916
CC/02	Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil brasileiro de 2002
EJ	Lei 12.852, de 5 de agosto de 2013 – Estatuto da Juventude
CDC	Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Direito do Consumidor
LACP	Lei 7.347, de 24 de julho de 1985 – Lei da Ação Civil Pública
CPC/73	Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil de 1973
CPC/15	Lei 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil de 2015.

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO .....	14
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE .....	17
2.1 A situação da criança na Idade Antiga .....	17
2.1.1 Babilônia hamurabiana.....	17
2.1.2 Índia – Código de Manu.....	18
2.1.3 Roma .....	19
2.2 A situação da criança na Idade Média.....	23
2.3 A situação da criança na Idade Moderna.....	24
2.4 A situação da criança na Idade Contemporânea.....	25
2.5 A situação da criança no Direito Brasileiro.....	27
2.5.1 Período da pré codificação .....	27
2.5.2. O Código Civil de 1916 .....	28
2.5.3 O Código de Menores de 1926 e o Código Mello Mattos de 1927 .....	29
2.5.4 O Estado Novo .....	30
2.5.5 Lei 3.133, de 1957.....	31
2.5.6 Lei 4.665, de 1965.....	31
2.5.7 O Código de Menores, de 1979.....	32
2.5.8 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.....	34
2.5.9 Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990 .....	35
2.5.10 O Código Civil de 2002 .....	36
2.5.11 Lei 12.010, de 2009.....	37
2.6 Conceitos indispensáveis à compreensão da situação jurídica da criança, do adolescente e do jovem.....	37
3 A ADOÇÃO E AS CRIANÇAS “DEVOLVIDAS” .....	40
3.1 Requisitos da adoção no Direito Brasileiro.....	41
3.1.1 Idade mínima de dezoito anos para o adotante.....	41
3.1.2 Diferença de idade de dezesseis anos entre adotante e adotando.....	42
3.1.3 Consentimento dos pais ou dos representantes legais de quem deseja adotar.....	43
3.1.4 Concordância do adotando se este contar com mais de 12 anos .....	44
3.1.5 Processo judicial como requisito da adoção.....	44
3.1.6 Real benefício para o adotando como requisito da adoção .....	45
3.2 Impedimentos para a adoção .....	46

3.2.1 Impedimentos temporários .....	46
3.2.2 Impedimentos permanentes.....	47
3.3 Habilitação e cadastro para a adoção .....	48
3.4 Efeitos da adoção .....	51
3.5 Estágio de convivência entre adotando e adotantes .....	55
3.6 Da (im)possibilidade de devolução da criança e do adolescente adotados após iniciado o procedimento adotivo.....	57
3.7 Motivos que levam à devolução do adotando e do adotado.....	59
3.8 Responsabilização civil dos devolventes decorrente da devolução dos adotandos e adotados.....	62
3.9 Danos indenizáveis decorrentes da devolução dos adotandos e adotados.....	66
3.9.1 Possibilidade de dano moral nas situações de devolução.....	67
3.9.2 Possibilidade de dano patrimonial nas situações de devolução.....	68
3.10 Possíveis consequências da responsabilização civil dos devolventes .....	68
4 (IM)POSSIBILIDADE DE COLETIVIZAÇÃO DA RESPONSABILIZAÇÃO DOS “DEVOLVENTES” .....	70
4.1 As bases da teoria processual: esclarecimentos terminológicos e conceituais.....	70
4.1.1 Elementos identificadores de uma ação .....	70
4.1.2 Condições da ação.....	72
4.2 Os direitos coletivos em sentido amplo.....	74
4.2.1 Da inutilidade da tipificação dos direitos coletivos.....	75
4.2.2 As classificações legislativas dos direitos coletivos no Direito Brasileiro.....	76
4.2.2.1 Direitos difusos .....	76
4.2.2.2 Direitos coletivos em sentido estrito .....	77
4.2.2.3 Direitos individuais homogêneos .....	77
4.3 Ação civil pública <i>versus</i> ação coletiva como meio de tutela de direitos coletivos .....	79
4.3.1 Aspectos processuais relevantes da ação civil pública.....	80
4.3.1.1 Legitimação ativa e passiva na ação civil pública do ECA.....	81
4.3.1.2 Coisa julgada na ação civil pública .....	84
4.4 Aspectos processuais relevantes da ação coletiva passiva .....	85
4.5 Limitações à coletivização dos processos .....	92
4.6 Da (im)possibilidade de coletivização das demandas de responsabilização contra os devolventes.....	93
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	98
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	101

ANEXO 1.....	115
--------------	-----

## 1 INTRODUÇÃO

Nos últimos séculos, a visão da sociedade sobre as crianças e os adolescentes vem passando por grandes transformações, assim como a proteção jurídica dedicada a eles. Sabe-se hoje que crianças e adolescentes constituem um grupo particularmente vulnerável, em razão de sua condição de pessoas em desenvolvimento (físico, mental e emocional). Tal condição, juntamente com a vulnerabilidade, justifica a existência de políticas públicas e de normas protetivas que visam possibilitar que crianças e adolescentes se desenvolvam da melhor maneira possível, em um ambiente saudável, no qual suas necessidades sejam satisfeitas.

Se crianças e adolescentes, de modo geral, constituem um grupo vulnerável, essa vulnerabilidade é ainda maior em crianças e adolescentes abrigados. Neste grupo, há aqueles que não podem ser adotados por ainda possuírem vínculos jurídicos com sua família biológica e outros que estão disponíveis para a adoção, os chamados “adotandos”.

Findo o processo adotivo, o adotando torna-se filho da família que o adotou. Para fins de maior clareza na exposição da pesquisa, estes últimos serão doravante designados “adotados”.

Ocorre que nem sempre o processo adotivo acontece da maneira esperada, havendo casos em que crianças e adolescentes, adotandos e adotados, são devolvidos pela família que inicialmente os acolheram.

A temática dos problemas oriundos do insucesso da adoção tem sido relegada ao esquecimento pela maioria dos doutrinadores do Direito. Como a norma é categórica ao afirmar a irrevogabilidade da adoção, poucos procuram saber do destino das crianças e dos adolescentes devolvidos. A realidade dessas crianças e adolescentes é invisível na sociedade, sendo que essa invisibilidade se reflete na Academia.

Contrariando o senso comum, o Ministério Público começou a ingressar com ações civis públicas visando à responsabilização dos adotantes e dos pais dessas crianças e adolescentes adotandos e adotados, respectivamente.

A realização desta pesquisa se insere na tentativa de proporcionar maior acesso à Justiça a esse grupo de crianças e adolescentes adotados e adotados que são devolvidos por aqueles que lhes haviam oferecido uma família.

Admite-se como hipótese da pesquisa que existe a possibilidade de coletivização das demandas de responsabilização dos “devolventes” em favor do grupo de devolvidos.

Toda a análise foi feita tendo como base o marco teórico <sup>1</sup> baseado na ideia exposta por BOBBIO de que o grave problema dos direitos do homem não é o de fundamentá-los, mas sim o de protegê-los. Assim, toda a pesquisa teve por base a ideia de que é necessário garantir a proteção e efetivação dos direitos positivados.

O texto divide-se em cinco capítulos, incluindo esta Introdução.

No capítulo 2, “EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE”, descreve-se a história da adoção em diferentes povos e culturas, seus objetivos e finalidades. Na Antiguidade, o objetivo primordial da adoção era conferir um filho àquele que não o possuía, usualmente, com objetivo de dar prosseguimento aos cultos familiares do período. Com a evolução dos direitos da criança e do adolescente essa perspectiva foi modificada, de modo que hoje o objetivo da adoção prende-se mais à necessidade de encontrar uma família para a criança do que uma criança para a família.

No capítulo 3 “A ADOÇÃO E AS CRIANÇAS ‘DEVOLVIDAS’”, investigam-se os requisitos para a adoção e os impedimentos existentes. Os efeitos da adoção serão demonstrados e analisados, dando-se especial atenção à irrevogabilidade. Partindo dessa premissa da irrevogabilidade, discute-se a possibilidade da devolução do adotando e do adotado, os seus motivos e a responsabilização dos devolventes nestes casos.

No capítulo 4 “(IM)POSSIBILIDADE DE COLETIVIZAÇÃO DA RESPONSABILIZAÇÃO DOS “DEVOLVENTES”, procede-se, primeiramente, à

---

<sup>1</sup> “[...] tive oportunidade de dizer, num tom um pouco peremptório, no final de minha comunicação, que o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los. [...]

Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados” (BOBBIO, 2004, p. 25).

apresentação dos esclarecimentos terminológicos e conceituais da teoria processual, tais como: parte, pedido, causa de pedir, entre outros. Após, verifica-se a disciplina dos direitos coletivos no ordenamento jurídico pátrio atual, bem como as confusões decorrentes do uso indiscriminado dos termos *ação civil pública* e *ação coletiva*. Abordam-se, por fim, a possibilidade de ação coletiva passiva e as limitações à coletivização de demandas.

No capítulo 5, “CONSIDERAÇÕES FINAIS”, formulam-se os apontamentos gerais desenvolvidos ao longo do texto e retoma-se a hipótese, para verificar se ela foi comprovada ou refutada, diante do que foi desenvolvido na pesquisa.



## 2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A ênfase desta pesquisa está no Direito Brasileiro e na proteção à criança e ao adolescente no País. Entretanto, não se pode olvidar a importância da evolução dos conceitos de infância e de proteção à criança e ao adolescente no contexto mundial.

Não se pretende esgotar a abordagem histórica quanto à proteção da criança e do adolescente. Especial atenção é dedicada às normas concernentes à evolução geral da proteção à criança e ao adolescente e aos fatos históricos relativos, especificamente, ao instituto jurídico da adoção.

Os locais e as épocas abordados foram escolhidos por sua relevância na evolução histórica da proteção jurídica da criança e do instituto da adoção.

A adoção no Alcorão, na Grécia Antiga e no Direito Germânico foi propositalmente suprimida deste texto em razão da grande especificidade e da pouca relevância no primeiro caso<sup>2</sup> e da grande semelhança com o instituto em Roma no segundo<sup>3</sup> e no terceiro.<sup>4</sup>

Os aspectos civis<sup>5</sup> relativos às crianças e aos adolescentes merecem destaque nesta pesquisa, bem como as modificações legislativas mais relevantes<sup>6</sup> no tocante à adoção.

### 2.1 A situação da criança na Idade Antiga

#### 2.1.1 Babilônia hammurabiana

---

<sup>2</sup> O Alcorão estabelece que nos casos de adoção o adotado permanecerá com o nome dos pais biológicos (CASTRO, 2014, p. 170).

<sup>3</sup> “Em Atenas [...] a adoção dependia da intervenção do juiz e, efetivada, rompia os vínculos com a família natural, podendo o ato ser revogado por ingratidão; contudo, não se distanciando da fisionomia religiosa em assegurar a continuação do culto doméstico, não se mostrando de certo modo diferente do instituto em Roma, onde a religião tinha forte influência sobre a família, cometendo ao *pater* prestar as honras e dar continuação às tradições dos antepassados” (MADALENO, 2013, p. 626).

<sup>4</sup> O pai (*vater*) (sic) exercia poder absoluto dentro da família, equivalente ao poder do *pater familias* romano (SCALQUETTE, 2014, p. 58).

<sup>5</sup> Para mais detalhes quanto à evolução das normas criminais relativas à criança e ao adolescente recomendamos a leitura da excelente obra “Adolescente em conflito com a lei: prevenção e proteção integral”, de Maurício Neves de Jesus.

<sup>6</sup> Para um histórico mais pormenorizado e minucioso, recomenda-se a leitura do livro “Da adoção: categorias, paradigmas e práticas do direito de família”, de Simone Franzoni Bochnia.

A Babilônia, região do Crescente Fértil, onde hoje está o Iraque, uma parte do Irã e alguns outros países, não deixou como herança apenas a escrita, a jardinagem e a cerveja. Legou, também, à humanidade um conjunto de leis com 282 artigos, conhecido hoje como “Código de Hammurabi”, assim denominado por ter sido feito a mando do rei Hammurabi, que reinou na Babilônia entre os anos de 1792 e 1750 a.C (CASTRO, 2014, p. 11-12).

Tal codificação possui como seu dispositivo mais famoso a previsão da “Pena ou Lei de Talião” que, em síntese, determina ser necessário haver rigorosa reciprocidade entre o crime e a pena. Ou seja, deve ser aplicada a “retaliação” pelas ilegalidades praticadas. Todavia, não obstante trazer em seu texto tal conteúdo, atualmente tido como bárbaro e cruel, o *Código de Hammurabi* trouxe também um conjunto de leis muito humanas com relação à adoção, chegando a prever:

- Se uma criança fosse adotada logo após seu nascimento, não poderia mais ser reclamada.
- Se a criança fosse adotada para aprender um ofício, e o ensinamento estivesse sendo feito, ela não poderia ser reclamada. Caso esse ensino não estivesse sendo feito, o adotado deveria voltar à casa paterna.
- Se a criança, ao ser adotada, já tivesse mais idade e reclamasse por seus pais, tinha que ser devolvida.
- Em outros casos, se o adotado renegasse sua adoção, seria severamente punido.
- **Se o casal, após adotar, tivesse filhos e desejasse romper o contrato de adoção, o adotado teria direito a uma parte do patrimônio deles a título de indenização** (CASTRO, 2014, p. 22) (grifou-se).

Observa-se da análise das normas expostas que no tocante à adoção o *Código de Hammurabi* foi bastante vanguardista ao prever normas que de fato pareciam levar em consideração o que seria “correto” para a criança, o que, conforme se verá, não foi observado pelos outros diplomas legais da Antiguidade.

### 2.1.2 Índia – Código de Manu

Para buscar um mínimo entendimento sobre os preceitos elencados no *Código de Manu*, deve-se ter em mente, que este documento tem um contexto mais religioso do que jurídico.

O nome *Manu*, ao contrário do que pode parecer à primeira vista, não se refere a uma pessoa, mas sim a uma denominação que se dirigia à casta dos brâmanes, religiosos da casta superior (SCALQUETTE, 2014, p. 6).

Para a sociedade da Índia na Antiguidade, regida pelo *Código de Manu*, era de extrema importância ter filhos, herdeiros do sexo masculino, diante dos parâmetros religiosos que esse povo seguia (CASTRO, 2014, p. 58).

Quando não era possível conceber filhos homens, o *Código* permitia outras maneiras de consegui-lo, dentre estas a adoção (CASTRO, 2014, p. 58-59).

Estabelecia o *Código de Manu*:

Art. 585. Quando um homem toma para filho um rapaz da mesma classe que ele, que conhece a vantagem da observação das cerimônias fúnebres e o mal resultante de sua omissão, e dotado de todas as qualidades estimadas em um filho, este filho é chamado filho adotivo (CASTRO, 2014, p. 60).

Importante observar que a adoção no contexto do *Código de Manu* e da maioria dos códigos da Antiguidade visava sanar o problema da falta de herdeiros naturais ou biológicos. A adoção não se dava por interesse na criança em si ou em seu bem-estar, e sim para suprir a falta de herdeiros biológicos do sexo masculino.

A motivação para a adoção na Índia antiga era muito similar àquela observada na Roma antiga, como se verá adiante.

### 2.1.3 Roma

O princípio básico da família romana apoiava-se na autoridade, e esta abrangia todos quantos a ela estavam submetidos. O *pater familias* era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Constituíam-se, assim, a família como a unidade dessa sociedade, em contraposição à posição do indivíduo na sociedade Moderna (NOGUEIRA in WOLKMER, 2014, p. 114).

Os poderes do *pater familias* eram vários, dentre eles a *patria potestas* – poder sobre os filhos – e o *mancipium*, sobre pessoas livres, *alien iuris*, que passaram de um *pater familias* a outro pela venda, por exemplo (CASTRO, 2014, p. 98).

Durante praticamente toda a história do Direito Romano, o poder do *pater familias* era absoluto, de vida e morte sobre, todos sob sua chefia.

Para se ter uma dimensão da extensão desse poder, basta ter em mente que entre as prerrogativas concedidas ao *pater familias* estava a de abandonar o filho recém-nascido (*ius exponendi*), cumprindo-lhe o direito de seleção eugênica quando nascesse uma

criança débil (MADALENO, 2013, p. 675). Era possível ao *pater familias*, também, vender seus filhos, de qualquer idade (CASTRO, 2014, p. 98).

Essa venda dos filhos tinha duração de até cinco anos. Depois de cessado o prazo da venda, a potestade era recuperada. Operava-se nesse “negócio” uma momentânea suspensão do pátrio poder, com a finalidade de suprir eventuais dificuldades financeiras da família. Sacrificava-se um dos integrantes da família visando ao benefício do grupo (MADALENO, 2013, p. 675).

Os poderes do *pater familias* diminuíram sensivelmente com o advento do cristianismo como religião oficial de Roma, momento a partir do qual “tornam-se inconciliáveis as antigas leis despóticas de poder de mando sobre a vida e a pessoa do filho, sendo proibida a venda, a morte ou entrega do filho a um credor” (MADALENO, 2013, p. 675).

A autoridade paterna era mantida sobre os filhos enquanto estes vivessem na casa do pai, independentemente da idade, já que naquela época não se distinguiam “maiores” e “menores”. Filhos não eram sujeitos de direitos, mas sim objeto de relações jurídicas, sobre os quais o pai exercia um direito de proprietário (FONSECA, 2012, p. 44).

A *patria potestas* é de grande importância no desenvolvimento do Direito Romano, como explica CASTRO:

A História do Direito Romano muito tem a ver com o Pátrio Poder (*patria potestas*) exclusivo do *pater familias*. Como uma balança, quanto maior era o poder do *pater familias*, menor era o poder do Estado e, conforme o tempo passou, essa balança tendeu a dar vitória ao Estado em detrimento do *pater familias* (CASTRO, 2014, p. 98).

A principal fonte do pátrio poder era o nascimento do filho em casamento legítimo, sendo que a filiação legítima era presumida. Vale ressaltar, contudo, que mesmo o reconhecimento dos filhos nascidos na constância do casamento dependia do pai. Os filhos tidos fora do casamento e não reconhecidos pelo pai não estavam sob o pátrio poder (CASTRO, 2014, p. 99). “Outra forma de aquisição do pátrio poder era a adoção [...]” (CASTRO, 2014, p. 99). A adoção era, ao mesmo tempo, forma de aquisição e de perda do pátrio poder. O *alien iuris* adotado por outro *pater familias* saía da esfera de poder do *pater familias* original e entrava na esfera de poder do *pater familias* adotante (CASTRO, 2014, p. 99).

A família, que, como visto, constituía a unidade da sociedade, ficava submetida às crenças referentes aos mortos e ao culto a eles. A felicidade do morto, segundo as crenças então vigentes, dependia não da sua conduta em vida, mas da conduta que seus descendentes tinham a seu respeito após a sua morte. Assim, havia a necessidade por parte dos mortos de que a sua descendência jamais se extinguisse, porque a extinção da família provocaria a ruína da sua religião e a infelicidade dos ancestrais (NOGUEIRA in WOLKMER, 2014, p. 122).

Era obrigação dos vivos satisfazer a necessidade dos mortos por comida e bebida (NOGUEIRA in WOLKMER, 2014, p. 117). O encarregado de continuar o culto aos ancestrais era o primogênito (primeiro filho homem). Se este, que era *o pater familias*, não cumprisse suas obrigações religiosas, acabaria por trazer à família infelicidade e morte.

Sobre a religião em Roma, leciona NOGUEIRA:

Como, entre os antigos, o morto necessitava de alimento e de bebida, tornou-se um dever, uma obrigação dos vivos, satisfazer-lhe essa necessidade. Dessa forma, estabeleceu-se uma verdadeira religião da morte, cujos dogmas logo desapareceram, perdurando, no entanto, os seus rituais até o triunfo do cristianismo (NOGUEIRA in WOLKMER, 2014, p. 117).

O primeiro filho era encarregado de continuar o culto aos ancestrais. Se deixasse de fazê-lo, traria infelicidade e morte para a família (NOGUEIRA in WOLKMER, 2014, p. 119).

Toda casa romana possuía um altar onde dia e noite o dono da morada deveria conservar o fogo que só poderia ser extinto quando toda família tivesse morrido. Este culto ao fogo só era exercido pelos homens e entre eles era transmitido o direito de fazer os sacrifícios ao lar, resultando desta regra religiosa a ideia de a mulher ser incapaz de transmitir a vida e o ofício religioso, já que a religião doméstica se dirigia unicamente aos ascendentes em linha masculina (MADALENO, 2013, p. 473).

Fica evidente a importância do fogo, “que só deixava de brilhar quando a família inteira houvesse morrido. Fogo extinto significava família extinta” (NOGUEIRA in WOLKMER, 2014, p. 118).

Sobre o fogo sagrado, ensina NOGUEIRA:

A religião doméstica – baseada no culto aos mortos –, ao determinar a existência, em cada casa, de um altar com fogo sagrado sempre aceso, e a reunião diária da família em torno dele para a adoração aos seus deuses, demonstra que o que caracteriza a família é a possibilidade de cultivar e

adorar os mesmos deuses, sob o princípio da autoridade paterna (NOGUEIRA in WOLKMER, 2014, p. 120).

Como visto, em Roma os laços familiares eram estabelecidos pelo culto à religião, e não pelas relações afetivas ou biológicas (FONSECA, 2012, p. 43-44).

O critério determinante no reconhecimento do parentesco não era, portanto, a consanguinidade, mas a sujeição ao mesmo culto, a adoração aos mesmos deuses-lares e a submissão ao mesmo *pater familias*, cujo poder era concedido exatamente pela religião e abarcava os demais aspectos da vida em família (NOGUEIRA in WOLKMER, 2014, p. 121). Logo, “o princípio do parentesco está escorado entre os romanos na veneração da religião doméstica e não no ato material do nascimento” (MADALENO, 2013, p. 473).

O instituto da adoção nessa sociedade tinha sentido essencialmente religioso, na medida em que visava perpetuar o culto doméstico dos antepassados. Este era o último recurso para evitar a morte sem descendentes, que, como visto, poderia gerar repercussões gravíssimas no âmbito religioso (SILVA FILHO, 2009, p. 20).

A adoção em Roma era corriqueira e bastante aceita pela sociedade. Era considerada uma forma de imitar a natureza no tocante à procriação (CASTRO, 2014, p. 104), o que justifica em grande parte a proibição de que o adotando fosse mais velho que o adotante.

As mulheres poderiam adotar somente em situações especiais. Após a perda dos próprios filhos, poderia ser-lhes dada uma permissão especial para isso (CASTRO, 2014, p. 105). Embora essa regra hoje em dia possa parecer um tanto absurda, deve-se lembrar que quem detinha todo o pátrio poder à época era o *pater familias*. A adoção por uma mulher, isto é, uma pessoa incapaz de exercer o pátrio poder sobre o adotado, era, de fato, incomum.

Havia em Roma duas formas de adoção:

[...] a *adrogatio* e a *adoptio*. A *adrogatio* era a adoção de um *pater familias* por outro (levando, obviamente, todos os seus dependentes e seu patrimônio), a *adoptio* era a adoção de um indivíduo *sui iuris*. Para a adoção não havia limite de idade, mas exigia-se que o adotante fosse mais velho que o adotado (CASTRO, 2014, p. 105).

Na *adrogatio*, o *pater familias* adotando deveria, publicamente, renunciar ao seu antigo culto antes de ingressar na nova família (SILVA FILHO, 2009, p. 26).

Os direitos do adotado em Roma eram os mesmos dos filhos biológicos, inclusive sucessórios (CASTRO, 2014, p. 107). Como a filiação era estabelecida mais pela crença nos mesmos deuses-lares do que pelo critério consanguíneo, não faria sentido a diferenciação entre um filho adotado e um biológico.

## **2.2 A situação da criança na Idade Média**

Muito do que hoje se sabe da história da família e da criança na Idade Média se deve ao famoso estudo de Philippe Ariès intitulado “L’Enfant et la vie familiale sous l’Ancien Régime (História Social da Criança e da Família)”.

Até por volta do século XII, a arte medieval desconhecia a infância ou não tentava representá-la. É difícil crer que essa ausência se devesse à incompetência ou à falta de habilidade. É mais provável que não houvesse lugar para a infância nesse mundo (ARIÈS, 2012, p. 17).

Afirma o historiador francês que não existia na sociedade medieval o sentimento da infância. Isso não quer dizer, todavia, que as crianças não fossem cuidadas. Não é que não houvesse afeição pelas crianças; o que não havia era a consciência da particularidade infantil, a mesma que distingue as crianças dos adultos (ARIÈS, 2012, p. 99). Sobre o tema, Lloyd de Mause justifica: a “inexistência da criança no período anterior ao século XVII é explicada não pela falta de amor dos pais, mas pela falta de maturidade emocional para se tratar a criança como pessoa autônoma” (DÉ MAUSE apud MÉNDEZ, 1998, p. 47). Tudo isso foi reafirmado por Luc Ferry, filósofo francês, ao sustentar que até a Idade Média não havia sequer o conceito de infância (FONSECA, 2012, p. 3).

Na Idade Média, a adoção entra em declínio e perde força. Não era permitido ao adotado herdar, por exemplo, um título nobiliárquico, o qual só poderia ser transmitido pelo direito sanguíneo, passando depois a restringir, inclusive, o direito sucessório entre o adotado e o adotante (MADALENO, 2013, p. 626).

Nesse período histórico, a adoção era, em geral, desconhecida nos direitos costumeiros da Europa ocidental. A estrutura familiar medieval era fundada nos laços sanguíneos, e não mais nos laços religiosos, como na Antiguidade, e rejeitava a ideia romana de “filiação fictícia” e a introdução de um “estranho” no seio familiar (SILVA FILHO,

2009, p. 28-29). Com a substituição da base religiosa que sustentava a adoção na Antiguidade, marcada pela ascensão do cristianismo, declinou também o uso da adoção.

Outro motivo para o declínio da adoção é explicitado por MADALENO:

Também refletiu a influência contrária da Igreja à adoção, porque a constituição de um herdeiro adotivo prejudicava as doações pós-óbito deixadas pelos ricos senhores feudais que morriam sem deixar descendentes (MADALENO, 2013, p. 626-627).

A adoção caiu, então, em desuso, “até que desapareceu completamente” (PEREIRA, 2012, p. 404), só ressurgindo com o advento do Código de Napoleão, já na Idade Contemporânea.

### **2.3 A situação da criança na Idade Moderna**

A situação da criança, tal como observada na Idade Média persistiu no início da Idade Moderna, como se pode abstrair das constatações do Padre de Dainville, historiador dos jesuítas e da pedagogia humanista: “O respeito devido às crianças era então (no século XVI) algo totalmente ignorado. Os adultos se permitiam tudo diante delas: linguagem grosseira, ações e situações escabrosas; elas ouviam e viam de tudo” (ARIÈS, 2012, p. 77).

Ao contar quantos membros havia em determinada família ou em determinado local, as crianças eram sumariamente ignoradas. Esse fenômeno pode ser explicado pela grande mortalidade infantil à época. “A criança muito pequenina, demasiado frágil ainda para se misturar à vida dos adultos, “não contava” [...] porque podia desaparecer” (ARIÈS, 2012, p. 99). Superado esse período de elevado índice de mortalidade, em que a sobrevivência da criança era mesmo improvável, ela passava a se confundir com os adultos (ARIÈS, 2012, p. 100).

Foi nesse período histórico da Modernidade que a situação começou a se alterar, A criança passou a ser percebida de forma diferente (FONSECA, 2012, p. 3). A partir desse momento, ela começou a “contar”, como pode ser observado nessa bela passagem da obra de AIRÈS:

Assim, embora as condições demográficas não tenham mudado muito do século XIII ao XVII, embora a mortalidade infantil tenha se mantido num nível muito elevado, uma nova sensibilidade atribuiu a esses seres frágeis e ameaçados uma particularidade que antes ninguém se importava em



reconhecer: foi como se a consciência comum só então descobrisse que a alma da criança também era imortal (ARIÈS, 2012, p. 25).

Se, de um lado, a criança passou a ser reconhecida, o mesmo não ocorreu com o adolescente. Até o século XVIII a adolescência era confundida com a infância (ARIÈS, 2012, p. 10).

Quanto à adoção, segundo Valdir Sznick, citado por SILVA FILHO, reconhecem-se três legislações da época Moderna em que o instituto da adoção pode ser encontrado: o Código promulgado por Cristiano V, na Dinamarca (1683); o *Código Prussiano*, conhecido também como “*Código de Federico*”, na Alemanha (1751); e o Codex Maximilianus, da Bavária (1756). O *Código Prussiano* teria influenciado o *Código Napoleônico*, o qual trouxe quatro espécies de adoção (SZNICK, [entre 1988 e 1999], p. 23 apud SILVA FILHO, 2009, p. 31).

O marco do fim da Idade Moderna e início da Idade Contemporânea é a *Revolução Francesa*, acontecimento este que, segundo Walter Moraes, propiciou, por meio das reformas das instituições sociais, o ressurgimento da adoção, cujo regime foi consolidado no *Código Napoleônico* (SILVA FILHO, 2009, p. 31).

#### **2.4 A situação da criança na Idade Contemporânea**

O *Código Napoleônico* (1804) institucionalizou a adoção com uma série de exigências. A exigência de que o adotante não tivesse herdeiros e a de que tivesse idade mínima de 50 anos, entre outras, acabaram tornando excessivamente complicada sua efetivação, chegando ao ponto de CASTRO afirmar que, “com tantos entraves, teria sido mais simples proibir” (CASTRO, 2014, p. 263). Não se pode, contudo, concordar com a conclusão da autora.

O *Código Napoleônico* foi uma obra de grande importância em toda a Europa, influenciando vários países e as várias legislações subsequentes que nele se inspiraram. Quando uma obra dessa importância ressurgiu com o instituto da adoção, ela influiu diretamente no ressurgimento da adoção na Europa, já que este instituto havia perdido espaço desde a expansão do cristianismo.

O instituto da adoção entrou em desuso quando desapareceu a base religiosa que o incentivava, até ser reutilizado no Código Civil francês, por orientação de Napoleão, preocupado com a sua sucessão, sendo acolhido pelas demais legislações modernas, com raras exceções (CARVALHO, 2010, p. 2).

A partir do Código de Napoleão, a adoção ingressou nas legislações modernas, como revelam os Códigos romeno, de 1864, italiano, de 1865, e espanhol, de 1889 (SILVA FILHO, 2009, p. 31).

Durante o século XIX, a adoção ainda era pouco praticada, só voltando a receber maior atenção dos legisladores a partir do século XX, em virtude da necessidade de amparar os órfãos da Primeira Grande Guerra Mundial. Tem-se, portanto, que a adoção ganha a partir de tal momento seu cunho caritativo e de ampla aplicação social (SILVA FILHO, 2009, p. 32).

Em um período mais recente da Idade Contemporânea, a preocupação com a criança aumentou sensivelmente, o que pode ser percebido com base no crescente número de convenções, tratados e declarações em prol da criança.

As manifestações legislativas no plano internacional em prol dos direitos das crianças e adolescentes surgiram com a Convenção para a Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças, concluída em Genebra, a 30-9-1921 [...], bem como com a Declaração de Genebra, de 26-3-1924, que foi a primeira menção a direitos das crianças como tais. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, em 1948, salientou os cuidados especiais às crianças e à maternidade, depois seguida da Declaração Universal dos Direitos da Criança, da Organização das Nações Unidas (ONU-UNICEF), em 20-11-1959. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, em 22-11-1969, reafirma os Direitos da Criança (art. 9): “Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado”, o que foi posteriormente confirmado no Protocolo de San Salvador (art. 16), em 17-11-1998. Vieram as regras de Beijing (29-11-1985), versando sobre o tratamento a jovens infratores e 30 anos depois da Declaração Universal adveio a Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças, de 20-11-1989, considerado o primeiro instrumento internacional que fixou um enquadramento jurídico completo para a proteção dos direitos das crianças [...] (FONSECA, 2012, p. 4).

A partir da *Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças* de 1989, em um movimento já iniciado com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil (CR/88), que seria consolidado com a edição do *Estatuto da Criança e do Adolescente* (ECA), firmou-se no Brasil a Doutrina da Proteção Integral, fundada em três pilares: 1º) reconhecimento da peculiar condição da criança e do adolescente como pessoa em desenvolvimento titular de proteção especial; 2º) crianças e adolescentes têm direitos à convivência familiar; e 3º) a persecução dos direitos da criança e do adolescente com absoluta prioridade (FONSECA, 2012, p. 9).

Antes de passar à análise da doutrina da proteção integral e de seus reflexos no ECA, deve-se analisar o histórico da criança e da adoção no Brasil um pouco antes, no período da pré-codificação civil de 1916.

## 2.5 A situação da criança no Direito Brasileiro

### 2.5.1 Período da pré codificação

O poder do pai no Brasil Colônia em muito lembra o *pater familias* romano. Sob as Ordenações e as Leis do Reino de Portugal, o pai tinha um domínio quase absoluto sobre seus filhos. Tal poder se estendia a sua mulher e seus escravos, de modo que todos na casa deviam cumprir suas ordens e respeitar sua autoridade (MADALENO, 2013, p. 676).

Para resguardo da autoridade parental, ao pai era assegurado o direito de castigar o filho como forma de educa-lo, excluindo-se a ilicitude da conduta paterna se no “exercício desse mister” o filho viesse a falecer ou sofresse lesão (FONSECA, 2012, p. 45).

No século XVIII, era prática comum o abandono de crianças (crianças ilegítimas, filhos de escravos, principalmente) nas portas de igrejas, conventos e residências ou, mesmo, pelas ruas. Diante desta situação, aumentou a preocupação do Estado com os órfãos e os expostos. A solução adotada foi importada da Europa: a Roda dos Expostos, mantida pelas Santas Casas de Misericórdia (FONSECA, 2012, p. 46). Esse tratamento dado à infância enjeitada perdurou durante o Império e até os primeiros anos que se seguiram à proclamação da República.

A Roda dos Expostos, também conhecida como “Roda dos Enjeitados” (SILVA FILHO, 2009, p. 34),

[...] era o sistema assistencial aos expostos, assim chamado porque as crianças enjeitadas eram depositadas em um cilindro oco que girava em torno de seu próprio eixo, com abertura em uma das faces que ficava voltada para a rua, enquanto a outra dava para o interior da Santa Casa. Após deixar a criança na abertura da face externa, a mãe ou a pessoa a quem houvesse sido delegada a missão tocava uma sineta. Ao sinal, uma religiosa girava a roda para o interior da casa de recolhimento (JESUS, 2006, p. 36-37).

A chegada dos imigrantes, com os naturais problemas de adaptação, e as dificuldades enfrentadas pelos outrora escravos, agora na condição de trabalhadores assalariados, causaram o aumento do número de crianças rejeitadas, abandonadas nas portas de casas ou, mesmo, nas ruas (JESUS, 2006, p. 35).

Após a declaração da Independência do Brasil, em 1822, surgiram outras instituições de assistência privada, mas as Rodas dos Expostos continuaram existindo e chegaram até o Brasil República (JESUS, 2006, p. 38).

Fora do âmbito privado das relações familiares, havia outras normas às quais as crianças deveriam se submeter. Já depois da Independência, na época dos Códigos Penais de 1830 e 1890 (este já no primeiro ano da chamada “República Velha”), imperava a doutrina do Direito Penal do Menor, na qual o juiz analisava a atuação do jovem apenas no plano penal (FONSECA, 2012, p. 8).

O instituto da adoção nesse período da história do Brasil não era muito utilizado. Conselheiro Lafayette chegou a assim observar em sua obra *Direito de Família*: “Caíram entre nós as adoções em total desuso, como em geral tem acontecido em toda a Europa” (SILVA FILHO, 2009, p. 34). Esse era um dos argumentos para que o instituto da adoção fosse suprimido do tão aguardado Código Civil Brasileiro.

As duas Constituições do Brasil do período anterior à codificação, a Constituição Política do Império do Brasil de 1824 e a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, não trouxeram normas atinentes à criança e ao adolescente, sendo a situação destes tratada apenas na legislação infraconstitucional (OLIVEIRA, 2002, p. 32/35).

### **2.5.2. O Código Civil de 1916**

Noventa e dois anos depois de a Constituição brasileira de 1824 prever a necessidade de se editar um Código Civil nacional<sup>7</sup>, o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil de 1916 (CC/16) foi finalmente promulgado.

A adoção no Brasil ganhou sistematização com o CC/16, não sem fortes restrições e resistências de quem advogasse a eliminação do instituto (MADALENO, 2013, p. 627), quando passou a ser regulada com o intuito de atender aos interesses dos adotantes que não possuíam filhos (CARVALHO, 2010, p. 2). Os reflexos e as consequências dessa resistência se fizeram presentes no caráter rígido e fechado dado ao instituto no Código (MADALENO, 2013, p. 627).

---

<sup>7</sup> “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

[...]

XVIII. Organizar-se-ha quanto antes um Codigo Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade” (BRASIL, 1824).

Só podiam adotar os maiores de 50 anos e que não tivesse prole legítima ou legitimada, tendo em vista que, lembre-se, o intuito da adoção era dar filhos a quem não os tinha.

Quanto ao adotado, este poderia optar, até um ano após a data da concessão da maioridade ou da suspensão de sua interdição, entre a conservação da sua adoção ou o desligamento desta. “A dissolução do vínculo da adoção ocorria quando às duas partes convinha ou quando o adotado cometia ‘ingratidão’” (BOCHNIA, 2010, p. 34).

Salvo o pátrio poder, hoje denominado “poder familiar”, não se extinguíam com a adoção os direitos e deveres decorrentes do parentesco natural.<sup>8</sup>

### **2.5.3 O Código de Menores de 1926 e o Código Mello Mattos de 1927**

Os menores eram tratados apenas nas legislações penais. Essa realidade perdurou até 1926, quando foi elaborado o Decreto 5.083/26, primeiro Código de Menores do Brasil e de toda a América Latina, que cuidava de menores expostos e abandonados. No ano seguinte, esse Código foi substituído pelo Decreto 17.943-A, mais conhecido como “Código Mello Mattos”.

Esse Código representou significativa abertura do tratamento à criança para a época, demonstrando preocupação com os estados físico, mental e moral da criança. (PEREIRA, 2000, p. 11 apud FONSECA, 2012, p. 8).

A influência externa e as discussões internas levaram à constituição de uma Doutrina do Direito do Menor fundada no binômio carência-delinquência. Era a fase da criminalização da infância pobre. Havia uma consciência geral que o Estado teria o dever de proteger os menores, mesmo que suprimindo suas garantias. Delineava-se, assim, a Doutrina da Situação Irregular. (FONSECA, 2012, p. 47)

Em 1943, foi instalada a Comissão Revisora do Código Mello Mattos. Depois de perceber que o problema das crianças era principalmente social, a Comissão trabalhou com o objetivo de criar um código misto, com aspectos tanto jurídicos como sociais (FONSECA, 2012, p. 48).

---

<sup>8</sup>CC/16 “Art. 378. Os direitos e deveres que resultam do parentesco natural não se extinguem pela adoção, exceto o pátrio poder, que será transferido do pai natural para o adotivo.

[...]

Art. 392. Extingue-se o pátrio poder:

[...]

IV. Pela adoção” (BRASIL, 1916).

Era clara no projeto a influência dos movimentos em prol dos direitos humanos, surgidos depois da Segunda Grande Guerra. Esses movimentos são os mesmos que acabaram por levar a Organização das Nações Unidas a elaborar a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, em 1948, e a *Declaração dos Direitos da Criança*, em 1959. Contudo, a Comissão foi desfeita e os trabalhos interrompidos após o golpe militar (FONSECA, 2012, p. 48).

#### 2.5.4 O Estado Novo

No período denominado “Estado Novo”, surgiu a preocupação do Estado com a tutela sobre a infância e a juventude (PARADA in PRIORE; AMANTINO, 2011, p. 354). A criança era concebida como recurso político associado ao tema “Segurança” (PARADA in PRIORE; AMANTINO, 2011, p. 360).

O objetivo do Estado na tutela da infância e da juventude era, antes de tudo, adestrar, física e moralmente, os menores. Essa ideia do adestramento físico e da disciplina moral era recorrente nos discursos e práticas em que a figura do jovem nacional estivesse presente (PARADA in PRIORE; AMANTINO, 2011, p. 355): “O pedagógico seria um domínio cognitivo responsável pela transmissão de um modelo disciplinar ancorado em valores cívicos [...]” (PARADA in PRIORE; AMANTINO, 2011, p. 370).

Tal preocupação estatal com o jovem fica evidente na análise de alguns dispositivos da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 e da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937.

Enquanto o art. 121, “d”<sup>9</sup>, da Constituição de 1934 demonstrava preocupação com o jovem trabalhador, havia também normas para regular o estímulo à educação eugênica, o amparo à maternidade e infância e a proteção da juventude contra exploração e abandono, entre outras.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> “Art 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.  
[...]

d) proibição de trabalho a menores de 14 anos; de trabalho noturno a menores de 16 e em indústrias insalubres, a menores de 18 anos e a mulheres” (BRASIL, 1934).

<sup>10</sup> “Art 138 - Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas:

a) assegurar amparo aos desvalidos, criando serviços especializados e animando os serviços sociais, cuja orientação procurarão coordenar;  
b) estimular a educação eugênica;

A Constituição de 1937 foi além nas garantias ao público infantil. A norma previa direito a educação integral<sup>11</sup> e a “cuidados especiais” por parte do Estado.<sup>12</sup> O artigo 126 da Constituição de 1937<sup>13</sup> chegou a acenar com a garantia de igualdade entre os filhos legítimos e naturais. Mas como não estabeleceu de que forma a lei asseguraria essa igualdade, jamais foi editada, acabando por ser uma norma sem eficácia real.

A Constituição imediatamente posterior à de 1937, a de 1946, ostentava um único artigo sobre a criança, o 164.<sup>14</sup>

### **2.5.5 Lei 3.133, de 1957**

Foi com a Lei 3.133/57 que ocorreu a verdadeira mudança de paradigma com relação à adoção. O instituto passou a ter finalidade assistencial, por deixar de ser um meio de melhorar a condição do adotante, ao remediar a esterilidade. Dessa forma, a idade mínima para adotar diminuiu de 50 para 30 anos e foi suprimida a exigência de ausência de prole legítima ou ilegítima, o que veio a possibilitar maior número de adoções (CARVALHO, 2010, p. 2), acabando com a chamada “imprestabilidade” do instituto (MADALENO, 2013, p. 627). Outra mudança consistia na diminuição da diferença mínima de idade entre adotante e adotado, de 18 para 16 anos.

### **2.5.6 Lei 4.665, de 1965**

---

c) amparar a maternidade e a infância;  
d) socorrer as famílias de prole numerosa;  
e) proteger a juventude contra toda exploração, bem como contra o abandono físico, moral e intelectual;  
f) adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a moralidade e a morbididade infantis; e de higiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis;  
g) cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra os venenos sociais” (BRASIL, 1934).

<sup>11</sup> “Art 125 - A educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais. O Estado não será estranho a esse dever, colaborando, de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular” (BRASIL, 1937).

<sup>12</sup> “Art 127 - A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades.

O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las do conforto e dos cuidados indispensáveis à preservação física e moral.

Aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação da sua prole” (BRASIL, 1937).

<sup>13</sup> “Art 126 - Aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais” (BRASIL, 1937).

<sup>14</sup> “Art 164 - É obrigatória, em todo o território nacional, a assistência à maternidade, à infância e à adolescência. A lei instituirá o amparo de famílias de prole numerosa” (BRASIL, 1946).

Em 1965, foi editada a Lei 4.665, inovadora para a época, que criou duas modalidades de adoção: “adoção propriamente dita, ou adoção simples”; e “legitimação adotiva” (BOCHNIA, 2010, p. 39).

Sobre as características e distinções da adoção simples e da legitimação adotiva, ensina BOCHNIA:

A adoção simples é um ato contratual, realizado mediante escritura pública, enquanto que a legitimação adotiva é um ato judicial, realizado mediante sentença constitutiva. A primeira é revogável, como visto alhures, e a segunda é irrevogável, nos termos do artigo 7º da lei em foco. Na adoção simples o parentesco se limita às pessoas do adotante e do adotado, ressalvados os impedimentos matrimoniais. Pela legitimação adotiva, feita sua inscrição no Registro Civil, cessam os vínculos da filiação anterior do adotado, salvo os impedimentos matrimoniais, podendo o parentesco resultante da legitimação adotiva se estender à família dos legitimantes, se os seus ascendentes aderirem à adoção (BOCHNIA, 2010, p. 40).

A legitimação adotiva permitia a perfilhação de menores abandonados, expostos, com idade inferior ou igual a sete anos. Poderiam perfilhar esses menores casais com mais de cinco anos de casamento, sem filhos, desde que pelo menos um dos cônjuges tivesse mais de 30 anos. No caso de esterilidade comprovada por perícia médica, o prazo de cinco anos poderia ser suprimido.

Este tipo de adoção atribuía ao legitimado a condição de filho para todos os fins legais, exceto no caso de sucessão, quando concorresse com filho legítimo subsequente.

A mudança mais significativa proveniente dessa lei foi a possibilidade de desligar o adotado da família de origem, exceto para os impedimentos matrimoniais, o que permitiu uma melhoria do vínculo entre adotante e adotado (BOCHNIA, 2010, p. 39)<sup>15</sup>.

### **2.5.7 O Código de Menores, de 1979**

Diante da necessidade de uma nova legislação que atendesse às mudanças ocorridas nas últimas décadas na sociedade brasileira e que adaptasse o Código Mello Mattos aos debates ocorridos nos anos de 1970, nos âmbitos nacional e internacional, foi aprovado

---

<sup>15</sup> As constituições brasileiras contemporâneas à Lei 4.665/65 não trouxeram dispositivos relevantes no que concerne à legislação da criança e do adolescente. Enquanto a Constituição de 1967 previu, apenas, no §4º do art. 167, a assistência à maternidade, à infância e à adolescência (BRASIL, 1967), a “Emenda” de 1969 estabeleceu, no § 4º de seu artigo 175, que lei especial disporia sobre a assistência à maternidade, à infância e à adolescência e sobre a educação de excepcionais (BRASIL, 1969).



em 1979 o novo *Código de Menores* brasileiro (JESUS, 2006, p. 57), que já nasceu sem a pretensão de, verdadeiramente, inovar ou surpreender, mas, simplesmente, de consolidar a doutrina da situação irregular (AMIN in MACIEL, 2013, p. 48).

Já em seu primeiro artigo, estabelecia a nova norma:

Art. 1º Este Código dispõe sobre assistência, proteção e vigilância a menores:  
I - até dezoito anos de idade, que se encontrem em situação irregular;  
II - entre dezoito e vinte e um anos, nos casos expressos em lei (BRASIL, 1979).

A categoria explícita no inciso I foi a responsável pela já citada doutrina da “situação irregular” (JESUS, 2006, p. 58).

Cabe ressaltar que, para se enquadrar na categoria “em situação irregular”, de acordo com o Código de 1979, poderia o menor, por exemplo, ter sido vítima de maus tratos (art.2, II), estar privado de representação legal, pela falta eventual dos pais ou responsáveis (art. 2, IV) ou então ser autor de infração penal (art. 2, VI). Persistia a legislação pátria que confundia pobreza com criminalidade.

Ao tratar da adoção, o *Código de Menores* revogou expressamente a legislação anterior e substituiu a legitimação adotiva pela adoção plena, com características próximas (BOCHNIA, 2010, p. 41).

A adoção simples era regida pela lei civil, observado o disposto no *Código de Menores*. Dependia de autorização judicial e deveria ser precedida de estágio de convivência com o menor, que poderia ser dispensado se o adotando não tivesse mais de um ano de idade.<sup>16</sup>

Já a adoção plena atribuía a situação de filho ao adotado, desligando-o dos vínculos com pais e parentes biológicos, salvo para os impedimentos matrimoniais.

---

<sup>16</sup> “Art. 27. A adoção simples de menor em situação irregular reger-se-á pela lei civil, observado o disposto neste Código

Art. 28. A adoção simples dependerá de autorização judicial, devendo o interessado indicar, no requerimento, os apelidos de família que usará o adotado, os quais, se deferido o pedido, constarão do alvará e da escritura, para averbação no registro de nascimento do menor.

§ 1º A adoção será precedida de estágio de convivência com o menor, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas a idade do adotando e outras peculiaridades do caso.

§ 2º O estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando não tiver mais de um ano de idade” (BRASIL, 1979).

A adoção plena cabia ao menor de até sete anos de idade em situação irregular não eventual. Caso o menor estivesse com os adotantes ao completar sete anos de idade, ele também poderia ser adotado por essa modalidade de adoção, mesmo tendo passado da idade limite.<sup>17</sup> Os requisitos para os adotantes eram: estarem casados há mais de cinco anos e pelo menos um dos cônjuges ter idade mínima de 30 anos, salvo em caso de esterilidade, quando o prazo de cinco anos poderia ser suprimido.<sup>18</sup> A adoção plena era irrevogável, mesmo com a existência de filhos biológicos supervenientes, com os quais o adotado dividiria direitos iguais<sup>19</sup>, agora, inclusive sucessórios.

### **2.5.8 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**

A promulgação da CR/88 “representou o maior passo dado no ordenamento jurídico brasileiro frente ao Direito de Família” (THIBAU; SILVA, 2013, p. 65). No campo dos direitos da criança e do adolescente, com a promulgação da CR/88, os direitos da criança e do adolescente passaram a ser prioridade absoluta da família, da sociedade e do Estado.

Sobre as crianças e os adolescentes estabelece a CR/88:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

Com o novo perfil social almejado, o legislador não poderia deixar intocado o sistema jurídico da criança e do adolescente, anteriormente restrito aos “menores” em abandono ou estado de delinquência (AMIN in MACIEL, 2013, p. 49). Assim, deixa-se de se referir às crianças e adolescentes como “menores”, por ser esta uma expressão

---

<sup>17</sup> “Art. 30. Caberá adoção plena de menor, de até sete anos de idade, que se encontre na situação irregular definida no inciso I, art. 2º desta Lei, de natureza não eventual.

Parágrafo único. A adoção plena caberá em favor de menor com mais de sete anos se, à época em que completou essa idade, já estivesse sob a guarda dos adotantes” (BRASIL, 1979).

<sup>18</sup> “Art. 32. Somente poderão requerer adoção plena casais cujo matrimônio tenha mais de cinco anos e dos quais pelo menos um dos cônjuges tenha mais de trinta anos.

Parágrafo único. Provadas a esterilidade de um dos cônjuges e a estabilidade conjugal, será dispensado o prazo” (BRASIL, 1979).

<sup>19</sup> “Art. 37. A adoção plena é irrevogável, ainda que aos adotantes venham a nascer filhos, as quais estão equiparados os adotados, com os mesmos direitos e deveres” (BRASIL, 1979).

carregada de significado negativo: como se aquela pessoa fosse menor em direitos ou em estatura social.

A evolução dos direitos de crianças e adolescentes no Brasil partiu do denominado “direito do menor”, expressão que reduzia a importância da criança como ser humano, para o direito da criança e do adolescente (FONSECA, 2012, p. 7).

As crianças e os adolescentes deixaram de ser objeto de prestação assistencial, passando a ser sujeitos de direito, titulares de direitos subjetivos.

Quanto à adoção, a CR/88 extinguiu, no §6º do seu artigo 227<sup>20</sup>, as diferenças entre os filhos, além de vedar qualquer forma de discriminação na filiação, seja ela biológica ou afetiva.

Para regulamentar o artigo 227 da CR/88, foi elaborada e promulgada, em 1990, a Lei 8.069/1990, ou *Estatuto da Criança e do Adolescente* (ECA).

### **2.5.9 Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990**

A Lei 8.069/1990, ou *Estatuto da Criança e do Adolescente* (ECA), veio para regulamentar o art. 227 da CR/88 e o fez reforçando a ideia de que a criança e o adolescente são pessoas em desenvolvimento, buscando sempre o amparo mais completo possível a estes.

Quanto à adoção, foram várias as mudanças que o ECA trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro. Em sua redação original, regulamentou a adoção do adotando que possuía, no máximo, dezoito anos à data do pedido, salvo se já estivesse sob a guarda ou tutela dos adotantes.<sup>21</sup> Por fugir ao objeto da pesquisa proposta, não se abordará a adoção de adultos, que continuou sendo regulamentada pelo Código Civil de 1916.

A idade mínima dos adotantes foi reduzida para 21 anos. Foi definitivamente acolhida a finalidade social e a proteção integral de crianças e adolescentes, até porque o ECA dispõe, já em seu art. 1º<sup>22</sup>, sobre a proteção integral à criança e ao adolescente

---

<sup>20</sup> CR/88 “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” (BRASIL, 1988).

<sup>21</sup> ECA “Art. 40. O adotando deve contar com, no máximo, dezoito anos à data do pedido, salvo se já estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes” (BRASIL, 1990a).

<sup>22</sup> ECA “Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente” (BRASIL, 1990a).

(CARVALHO, 2010, p. 3). Tem-se como evidente essa preocupação com a proteção integral às crianças e aos adolescentes quando, por exemplo, o art. 43<sup>23</sup> do ECA determina que somente será deferida a adoção quando esta apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.

Pode-se perceber na redação desse dispositivo a evolução da motivação da adoção. Em Roma, como visto, o objetivo da adoção era possibilitar ao *pater familias* a continuidade de sua linhagem e o culto aos ancestrais de sua família. Essa concepção de que a adoção servia para o adulto conseguir algo que não havia sido possível por meios naturais perdurou durante muitos anos. O artigo 43 do ECA veio estabelecer, de forma muito clara, os novos objetivos da adoção: encontrar uma família para a criança, e não uma criança para aquela família.

O ECA foi, sem dúvidas, uma lei de grande importância para a regulamentação da adoção de acordo com os princípios constitucionais.

[...] ganharam relevo na estrutura do regime jurídico da adoção regulada pelo ECA: o princípio da igualdade das filiações; a expressa e total ruptura dos vínculos do adotado com a família anterior (exceção aos impedimentos matrimoniais); e a judicialização do procedimento (SILVA FILHO, 2009, p. 41).

O ECA está tão umbilicalmente ligado à CR/88 que se chega, muitas vezes, a se confundir o que foi “mérito” de uma norma e o que foi “mérito” da outra. BOCHNIA chega mesmo a afirmar que, mediante o ECA, foi atribuída a condição de filho ao adotado, sendo criada reciprocidade entre o adotado e seus descendentes, de um lado, e o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até quarto grau, de outro. Ora, quem elevou o adotado à condição de filho em iguais condições aos filhos biológicos foi, como visto, a CR/88, no art. 227, §6º, ao extinguir as diferenças entre os filhos e vedar qualquer forma de discriminação na filiação.

### **2.5.10 O Código Civil de 2002**

A Lei 10.406/02, ou *Código Civil de 2002* (CC/02), regulou o instituto da adoção nos artigos 1.618 a 1.629 sem, contudo, revogar expressamente o ECA. Como o CC/02 não era incompatível com o ECA, ambos sendo norteados pela noção de servir aos

---

<sup>23</sup> ECA “Art. 43. A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos” (BRASIL, 1990a).

interesses do adotando e do adotado (BOCHNIA, 2010, p. 51), foram revogados apenas os dispositivos do ECA que entrassem em conflito com as normas do Código.

Uma das alterações trazidas pelo CC/02 foi a redução da idade mínima para adotar, de 21 para 18 anos, coadunando com a nova maioridade civil.

O CC/02 regulou a adoção sem distinção de idade, acabando com o regime dúplice ao qual o instituto era submetido até então: adoção de crianças e adolescentes reguladas pelo ECA e adoção de adultos reguladas pelo Código Civil.

Foi com o advento do CC/02, também, que foi regulada a adoção unilateral, na qual um dos cônjuges ou companheiros adota o filho do outro.

Apenas sete anos depois da promulgação do CC/02 veio a Lei 12.010/09 para alterar, novamente, o regime jurídico da adoção.

#### **2.5.11 Lei 12.010, de 2009**

Com a Lei 12.010/09 a adoção voltou a ser regulada pelo *Estatuto da Criança e do Adolescente*, independentemente da idade do adotando. Esta lei acrescentou diversos dispositivos relativos à adoção ao ECA, buscando aperfeiçoar o direito à convivência familiar da criança e do adolescente e priorizando a manutenção e reintegração da família natural ou extensa.

Por ser a norma sobre adoção vigente hoje, os dispositivos relativos à adoção na Lei 12010/09 serão mais bem trabalhados no capítulo 2, “ADOÇÃO E AS CRIANÇAS ‘DEVOLVIDAS’”, que trata da adoção praticada atualmente no Brasil.

### **2.6 Conceitos indispensáveis à compreensão da situação jurídica da criança, do adolescente e do jovem**

Após essa breve retrospectiva histórica, entende-se ser importante apresentar alguns conceitos indispensáveis para o melhor entendimento do restante da pesquisa. Esses conceitos são historicamente construídos e passíveis, portanto, de sofrer alterações, como já vem ocorrendo há muitos anos.

A questão da terminologia pode parecer, por vezes, de menor importância, mas acaba tendo grande relevância na interpretação de textos. Uma vez esclarecida a terminologia a ser utilizada, espera-se que eventuais mal-entendidos sejam evitados.

A *Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças* e o ECA utilizam diferentes terminologias quando tratam das crianças e dos adolescentes. Enquanto o ECA separa criança e adolescente, a *Convenção* se refere aos membros destas duas categorias simplesmente como “crianças”.

Por ser a terminologia mais utilizada no Brasil, escolheu-se utilizar a terminologia constante no ECA, explicitada em seu art. 2º.<sup>24</sup>

Criança é, segundo o disposto no art. 2º do ECA, a pessoa até doze anos de idade incompletos. Já o adolescente é aquele que tem entre doze e dezoito anos.

Durante muitos anos, a palavra *jovem* foi utilizada quase como um sinônimo de adolescente. Há, inclusive, ainda hoje no Brasil textos que se referem ao adolescente utilizando-se a terminologia *jovem*.

Ocorre que desde a promulgação da Lei 12.856/13, ou *Estatuto da Juventude* (EJ), a palavra *jovem* ganhou outro significado. Nos termos do §1º do art. 1º<sup>25</sup> do EJ, jovem é aquele com idade entre 15 e 29 anos. Estabeleceu-se, então, uma situação bizarra ou, no mínimo, peculiar, no ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque, como o EJ é uma norma essencialmente protetiva, estabeleceu-se uma conjuntura na qual adolescentes com menos idade, de 12 a 14 anos, têm menor proteção legal do que adolescentes mais velhos, com 15 a 18 anos.

Não é o objetivo deste estudo desenvolver o tema da juventude e do *Estatuto da Juventude*. Fica fixado, portanto, que será designada “criança” a pessoa com até 12 anos incompletos e “adolescente” a pessoa com 12 a 18 anos de idade.

---

<sup>24</sup> ECA “Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade” (BRASIL, 1990a).

<sup>25</sup> EJ “Art. 1º Esta Lei institui o Estatuto da Juventude e dispõe sobre os direitos dos jovens, os princípios e diretrizes das políticas públicas de juventude e o Sistema Nacional de Juventude - SINAJUVE.

§ 1º Para os efeitos desta Lei, são consideradas jovens as pessoas com idade entre 15 (quinze) e 29 (vinte e nove) anos de idade.

§ 2º Aos adolescentes com idade entre 15 (quinze) e 18 (dezoito) anos aplica-se a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, e, excepcionalmente, este Estatuto, quando não conflitar com as normas de proteção integral do adolescente” (BRASIL, 2013).

Há, é claro, vários outros conceitos relevantes para se conhecer, por exemplo, princípio da absoluta prioridade e interesse superior da criança. Contudo, como estes princípios são muito utilizados para se tratar da adoção, optou-se por abordá-los em capítulo à parte, quando se tratará da adoção no Brasil na atualidade.

### 3 A ADOÇÃO E AS CRIANÇAS “DEVOLVIDAS”

A adoção, com base no ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo, é uma modalidade de colocação da criança ou do adolescente adotando em família substituta, sendo o instituto de natureza excepcional e irrevogável.

O *caput* do art. 19 do ECA<sup>26</sup> dispõe ser direito da criança e do adolescente serem criados e educados no seio da sua família e apenas excepcionalmente em família substituta. O §3º<sup>27</sup> deste mesmo artigo dispõe, ainda, que a manutenção ou reintegração de criança ou adolescente à sua família natural<sup>28</sup> terá preferência em relação a qualquer outra providência.<sup>29</sup> Assim, parece claro o caráter excepcional da medida de adoção.

Quanto à irrevogabilidade da adoção, o §1º do art. 39 do ECA<sup>30</sup> dispõe que a esta é, além de excepcional, irrevogável; isto é, não pode ser desfeita por vontade das partes.

---

<sup>26</sup> ECA “Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes” (BRASIL, 1990a).

<sup>27</sup> ECA “Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes  
[...]

§ 3º A manutenção ou reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência, caso em que será esta incluída em programas de orientação e auxílio, nos termos do parágrafo único do art. 23, dos incisos I e IV do caput do art. 101 e dos incisos I a IV do caput do art. 129 desta Lei” (BRASIL, 1990a).

<sup>28</sup> A expressão *família natural* está ligada ao conceito de família biológica, ao passo que família extensa, ou ampliada, é aquela que se estende além do núcleo familiar composto por pais e filhos. A família ampliada, ou extensa, é formada também por parentes próximos com os quais a criança conviva e mantenha vínculos de afinidade e afetividade (DIAS, 2013, p. 57).

<sup>29</sup> Essa excepcionalidade, que, a primeira vista, pode parecer uma disposição que protege a criança e o adolescente com o objetivo de integrá-los à vida familiar, acaba por ser um dos principais problemas no tocante a adoção na lei brasileira. Devido a essa política de tentar a todo custo a reintegração da criança e do adolescente no seio da família natural muitas dessas crianças e adolescentes acabam por perder oportunidades de ser adotados quando mais novos. Devido à preferência dos adotantes por crianças mais novas, essa excepcionalidade da adoção acaba por prejudicar as chances dessas crianças e desses adolescentes de serem incluídos em uma nova família.

<sup>30</sup> ECA “Art. 39. A adoção de criança e de adolescente rege-se-á segundo o disposto nesta Lei.

§ 1º A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei” (BRASIL, 1990a).



Ocorre que, infelizmente, a realidade não se adequa ao disposto na lei. Apesar do caráter irrevogável da adoção, crianças e adolescentes são, de fato, devolvidos aos abrigos tanto durante o estágio de convivência com a pretensa família adotiva quanto depois de encerrado o processo de adoção.

A fim de maximizar a compreensão da devolução de crianças e adolescentes adotandos e adotados, seus motivos e consequências, analisam-se primeiramente os aspectos essenciais da adoção no ordenamento jurídico contemporâneo, como os seus requisitos, impedimentos entre outros.

### **3.1 Requisitos da adoção no Direito Brasileiro**

Inserido na lógica de proteção à criança e ao adolescente e ligado ao princípio do melhor interesse, há para a consecução da adoção diversos requisitos a serem preenchidos por adotantes e adotandos. Os principais são os seguintes: a) idade mínima de dezoito anos para o adotante, b) diferença de dezesseis anos entre adotante e adotado, c) consentimento dos pais ou dos representantes legais de quem se deseja adotar, d) concordância do adotando se este contar com mais de doze anos, e) processo judicial e f) efetivo benefício para o adotando (GONÇALVES, 2005, p. 344).

Examinar-se-á melhor cada um desses requisitos a seguir.

#### **3.1.1 Idade mínima de dezoito anos para o adotante**

O artigo 42 do ECA<sup>31</sup> estabelece como requisito para adotar ser a pessoa maior de 18 (dezoito) anos.

É preciso ter em mente que legitimação para adotar não se confunde com capacidade civil. Assim, mesmo que um adolescente de 17 (dezessete) anos seja civilmente capaz, por ter sido, por exemplo, emancipado, não poderá adotar por não satisfazer o critério objetivo de ser maior de 18 (dezoito) anos de idade (SILVA FILHO, 2009, p. 81).

---

<sup>31</sup> ECA “Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil” (BRASIL, 1990a).

Apesar de capacidade civil e legitimação para adotar não se confundirem, cabe ressaltar que, embora a lei não faça essa distinção, apenas os capacitados para os atos da vida civil podem adotar. O adotante detém, conforme o caso, poderes para representar ou assistir o adotando (SILVA FILHO, 2009, p. 82). “Não teria sentido lógico admitir que o adotante estivesse impedido de exercer, por si, os atos da vida civil e pudesse, ao mesmo tempo, adotar” (SILVA FILHO, 2009, p. 82).

Em relação à idade do adotante, há apenas esse requisito de este ser maior de 18 (dezoito) anos, não existindo limite máximo de idade (SILVA FILHO, 2009, p. 88).

### **3.1.2 Diferença de idade de dezesseis anos entre adotante e adotando**

A necessidade de o adotante ser, no mínimo, dezesseis anos mais velho que o adotando está expressa na atualidade no §2º do art. 42 do ECA.<sup>32</sup>

Conforme visto no capítulo 1, essa exigência da diferença de idade entre adotandos e adotantes esteve presente como requisito da adoção desde a Antiguidade.

Na contemporaneidade, o requisito de diferença mínima de dezesseis anos entre adotante e adotado tem por objetivo principal instituir ambiente “de respeito e austeridade, resultante da natural ascendência de pessoa mais idosa sobre outra mais jovem, como acontece na família natural, entre pais e filhos [...]” (CARVALHO, 2010, p. 31-32). Além disso, essa diferença mínima de idade entre adotando e adotante busca preservar a existência de sentimentos de paternidade e filiação, evitando a existência de sentimentos de irmandade que poderiam surgir entre adotando e adotados de idades próximas (MADALENO, 2013, p. 639).

Evidenciando outras possíveis situações que podem ser evitadas com o requisito da diferença mínima de idade entre adotando e adotado, BORDALLO assinala:

Evita-se, com tal exigência, a realização de adoção com motivo escuso, configurado este por meio de falsa demonstração de amor paternal pelo adotante para com o adotado, a fim de mascarar interesse sexual por aquela pessoa, encobrendo intenção inconfessável (BORDALLO in MACIEL, 2013, p. 299).

---

<sup>32</sup> ECA “Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

[...]

§ 3º O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando” (BRASIL, 1990a).

Essa diferença é importante para não descaracterizar o ambiente familiar considerado sadio, composto por pai, mãe e filho (ou uma das inúmeras variações resultantes da possibilidade de famílias monoparentais, homoafetivas e poliafetivas).

### **3.1.3 Consentimento dos pais ou dos representantes legais de quem deseja adotar**

O consentimento dos pais ou do representante legal do adotando é mais um requisito da adoção previsto no art. 45 do ECA.<sup>33</sup> Tal consentimento é dispensado em relação à criança ou ao adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar.<sup>34 35</sup>

A lei permite que os genitores consentam com a adoção, muito embora o poder familiar seja irrenunciável, posto que se trata de direito personalíssimo. Nesses casos, o juiz deve tomar por termo as suas declarações<sup>36</sup> (SILVA FILHO, 2009, p. 191).

O consentimento dos genitores “é requisito essencial, pois a adoção importará extinção do vínculo biológico, devendo ser expressada (sic) de forma inequívoca perante o juiz” (CARVALHO, 2010, p. 26). Este será dispensado apenas se forem os genitores desconhecidos ou destituídos do poder familiar (CARVALHO, 2010, p. 27) (SILVA FILHO, 2009, p. 106).

---

<sup>33</sup> ECA “Art. 45. A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando” (BRASIL, 1990a).

<sup>34</sup> ECA “Art. 45. A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando. [...]

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

<sup>35</sup> O poder familiar é um poder-dever. É um poder, pois traz consigo um elo de autoridade dos pais sob os filhos (crianças e adolescentes) e um dever, pois obriga aqueles ao atendimento integral das necessidades destes (FONSECA, 2012, p. 74).

<sup>36</sup> ECA “Art. 166. Se os pais forem falecidos, tiverem sido destituídos ou suspensos do poder familiar, ou houverem aderido expressamente ao pedido de colocação em família substituta, este poderá ser formulado diretamente em cartório, em petição assinada pelos próprios requerentes, dispensada a assistência de advogado.

§ 1º Na hipótese de concordância dos pais, esses serão ouvidos pela autoridade judiciária e pelo representante do Ministério Público, tomando-se por termo as declarações.

§ 2º O consentimento dos titulares do poder familiar será precedido de orientações e esclarecimentos prestados pela equipe interprofissional da Justiça da Infância e da Juventude, em especial, no caso de adoção, sobre a irrevogabilidade da medida.

§ 3º O consentimento dos titulares do poder familiar será colhido pela autoridade judiciária competente em audiência, presente o Ministério Público, garantida a livre manifestação de vontade e esgotados os esforços para manutenção da criança ou do adolescente na família natural ou extensa” (BRASIL, 1990a).

### 3.1.4 Concordância do adotando se este contar com mais de 12 anos

O legislador, atento ao princípio da participação<sup>37</sup>, houve por bem colocar como requisito para a adoção a necessidade do consentimento do adolescente.<sup>38</sup>

No caso do adolescente com idade entre 12 e 16 anos tem-se uma situação curiosa, na qual uma pessoa absolutamente incapaz<sup>39</sup> tem sua opinião levada em consideração pelo Judiciário. Há quem diga, por isso, ter sido criada uma exceção ao princípio da incapacidade absoluta.

[...] admitindo o legislador que, neste caso específico, tenha o incapaz condições de discernir. Atribuiu-se, de certo modo, uma certa capacidade de exercício, na medida em que se exigiu do “maior de 12 anos de idade” o seu consentimento, desde que, por óbvio, esteja no gozo de suas faculdades mentais e possa exprimir a sua vontade (SILVA FILHO, 2009, p. 106).

Embora seja obrigatória a escuta do adolescente, seu não consentimento não obstará por si só o deferimento da medida (SILVA FILHO, 2009, p. 197).

O juiz, caso o adolescente manifeste sua vontade no sentido de não ser efetivada a adoção, deverá se aprofundar no exame da situação e utilizar essa manifestação de vontade do adolescente como um dos fatores a ser considerados no momento de formar seu convencimento (SILVA FILHO, 2009, p. 197).

### 3.1.5 Processo judicial como requisito da adoção

---

<sup>37</sup> Sobre o princípio da participação, ensina VIEIRA que, embora “denominado pelo Comitê dos Direitos da Criança como princípio do respeito pelas opiniões das crianças, essa nomenclatura não engloba toda essência do artigo 12 da CIDC, abarcando apenas uma das facetas de um direito mais amplo e mais consistente, que é o direito de crianças e de adolescentes à participação. O mesmo dispositivo assegura à criança capacitada o direito de formular seus próprios juízos e de expressar suas opiniões sobre todos os assuntos a ela relacionados, devendo tais opiniões ser consideradas em função da idade e da maturidade do interlocutor, que deve ser ouvido tanto no processo judicial quanto no processo administrativo que a ela concerne. Vê-se, pois, que o mesmo dispositivo legal contempla quatro “direitos” distintos: o direito a formar juízos, o direito a expressar opiniões e ser ouvido, o direito ao respeito a essas opiniões e a garantia da oitiva da criança nos processos de seu interesse, todos compõem o direito à participação em sentido amplo” (VIEIRA, 2014, p. 32).

<sup>38</sup> ECA “Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

§ 1º Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada.

§ 2º Tratando-se de maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência” (BRASIL, 1990a).

<sup>39</sup> CC/02 “Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de dezesseis anos” (BRASIL, 2002).

A necessidade da assistência pelo Poder Público estabelecida no §5º do art. 227 da CR/88<sup>40</sup> foi materializada pelo legislador infraconstitucional com a exigência do procedimento judicial para a realização da adoção.

A adoção de crianças e adolescentes prevista no *caput* do art. 47 do ECA<sup>41</sup> só pode ocorrer mediante intervenção judicial, tanto o procedimento para a habilitação à adoção como o procedimento da adoção propriamente dita (DIAS, 2013, p. 520).

No processamento judicial da adoção há procedimentos e requisitos a serem observados tanto na fase de cadastramento de adotandos e adotantes “como na apuração de todos os elementos que cercam os aspectos da legalidade e da conveniência da própria adoção” (SILVA FILHO, 2009, p. 188).

A intervenção jurisdicional não se presta simplesmente a homologar um ato jurídico privado.<sup>42</sup> O próprio vínculo adotivo só pode ser constituído por sentença judicial, na qual deve prevalecer a proteção dos interesses do adotando, aferindo-se as reais vantagens da adoção e a legitimidade de sua motivação.<sup>43</sup>

### **3.1.6 Real benefício para o adotando como requisito da adoção**

Além dos requisitos formais e objetivos para que a adoção ocorra, deve-se atentar para um requisito eminentemente subjetivo: o efeito benéfico para a criança e o adolescente.

Percebe-se na exigência de real benefício ao adotando a materialização do princípio da prioridade absoluta, bem como do princípio do superior interesse da criança.<sup>44</sup> A

---

<sup>40</sup> CR/88 “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

§ 5º - A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros” (BRASIL, 1988).

<sup>41</sup> ECA “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” (BRASIL, 1990a).

<sup>42</sup> Ato jurídico é a manifestação volitiva do homem e enquadra-se entre as fontes criadoras de direitos (PEREIRA, 2007, p. 475).

<sup>43</sup> ECA “Art. 43. A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos” (BRASIL, 1990a).

<sup>44</sup> O princípio da prioridade absoluta garante à criança e ao adolescente primazia de atendimento contra todos (BOCHNIA, 2010, p. 79) e se manifesta na “proteção aos interesses dos infantes sobre qualquer

aplicação desses princípios é “eminentemente subjetiva, pois não há como estipular critérios únicos e objetivos para a solução de todas as hipóteses” (BORDALLO in MACIEL, 2013, p. 308) de adoção.

O juiz deverá, portanto, avaliar a conveniência da formação do vínculo de filiação em cada caso, analisando as necessidades de cada criança e adolescente e o perfil dos adotantes, a fim de que a adoção possa se concretizar da melhor maneira possível para o adotando.

### **3.2 Impedimentos para a adoção**

Os impedimentos à adoção dividem-se em “temporários” e “permanentes”, os quais serão analisados a seguir.

#### **3.2.1 Impedimentos temporários**

“Com o objetivo de proteger os interesses do adotando, é vedado ao tutor ou curador adotar pupilo e curatelado enquanto não prestar contas de sua administração e saldar o débito, porventura, existente [...]” (CARVALHO, 2010, p. 32-33), nos termos do artigo 44 do ECA.<sup>45</sup>

A prestação de contas e o balanço da administração devem, obrigatoriamente, ser aprovados pelo juiz. Apenas depois de cumprir essas obrigações legalmente impostas é que podem, tutor e curador, adotar seus pupilos ou curatelados (SILVA FILHO, 2009, p. 97). Essa proibição justifica-se para “impedir que a adoção se converta em meio idôneo para afastar responsabilidade decorrente de má ou infiel administração, frustrando a prestação de contas, em evidente prejuízo do adotando” (SILVA FILHO, 2009, p. 97).

Esse impedimento é claramente temporário, já que após cumpridos os requisitos legais não restam óbices à realização da adoção.

---

outro bem ou interesse juridicamente tutelado” (BOCHNIA, 2010, p. 84). O princípio do superior interesse, por sua vez, estabelece que, na situação concreta, deve-se buscar a solução que melhor atenda aos interesses da criança e do adolescente (BOCHNIA, 2010, p. 84/86).

<sup>45</sup> ECA “Art. 44. Enquanto não der conta de sua administração e saldar o seu alcance, não pode o tutor ou o curador adotar o pupilo ou o curatelado” (BRASIL, 1990a).

### 3.2.2 Impedimentos permanentes

Estabelece o §1º do art. 42 do ECA<sup>46</sup> serem impedidos de adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.

Ao impedir a adoção por ascendentes e irmãos do adotando, procurou a legislação “manter a ordem parental derivada da própria natureza” (SILVA FILHO, 2009, p. 89). Diz-se, inclusive, que caso fosse permitida a adoção por ascendentes ou irmãos seria o instituto da adoção desvirtuado, causando confusão no parentesco, “pois o filho passaria a ser irmão do pai ou da mãe, cunhado do outro genitor ou sobrinho dos pais” (CARVALHO, 2010, p. 33).

Ora, não há que se dizer que o filho seria irmão do próprio pai, pois após a adoção seu genitor não mais seria seu pai.<sup>47</sup> Destituído do poder parental e rompidos os laços familiares previamente existentes, não haveria qualquer óbice à realização da adoção por ascendentes ou irmãos.

A permissão dessa modalidade de adoção contribuiria, em muitos casos, para legalizar uma situação que já é realidade, na qual avós e irmãos cuidam de crianças e adolescentes como se pais fossem. Essa proibição acaba, por fim, negando situações existentes e gerando insegurança às pessoas pela antiquada posição do Direito de não aceitar essas diferentes configurações familiares.

A solução possível e que tem sido adotada nos casos em que ascendentes e irmãos exercem o papel de verdadeiros pais é a tutela das crianças e dos adolescentes por irmãos ou avós (SILVA FILHO, 2009, p. 90-91).

Além desse impedimento explícito na lei, há outros de ordem lógica relacionados ao impedimento para o casamento.

Não pode um cônjuge adotar o outro porque implicaria matrimônio entre ascendente e descendente ou, ainda, serem adotados pela mesma pessoa, pois passariam a ser irmãos, importando impedimento para o casamento (CARVALHO, 2010, p. 33).

---

<sup>46</sup> ECA “Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil. § 1º Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando” (BRASIL, 1990a).

<sup>47</sup> Vale pontuar que a adoção rompe quaisquer vínculos de parentesco com a família de origem, salvo os impedimentos matrimoniais (CARVALHO, 2010, p. 47).

Por fim, “não pode adotar o pai ou mãe que reconheceu o filho, posto que já detentor do poder familiar, importando em ato jurídico sem objeto” (CARVALHO, 2010, p. 33).

### 3.3 Habilitação e cadastro para a adoção

Após a decisão do casal ou da pessoa individualmente pela adoção de uma criança ou adolescente, há uma série de providências a serem tomadas. A primeira é inscrever-se no cadastro de adotantes. O artigo 50 do ECA<sup>48</sup> dispõe sobre as normas atinentes ao cadastro de adotantes e adotandos.

Após os candidatos a adotantes manifestarem sua vontade de serem inscritos no cadastro de adotantes, inicia-se o procedimento de habilitação, o qual é de jurisdição voluntária (DIAS, 2013, p. 521).

Durante o procedimento de habilitação, os postulantes passam por um período de preparação psicossocial e jurídica nos termos do art. 50, §3<sup>o49</sup>, do ECA (CARVALHO, 2010, p. 19), mediante frequência mandatória a programas de “preparação psicológica, orientação e estímulo à adoção interracial, de crianças maiores ou de adolescentes, com necessidades específicas de saúde ou com deficiências e de grupos de irmãos (ECA 197-C § 1<sup>o</sup>)” (DIAS, 2013, p. 521).

---

<sup>48</sup> ECA “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.

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

§ 2<sup>o</sup> Não será deferida a inscrição se o interessado não satisfizer os requisitos legais, ou verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 29.

§ 3<sup>o</sup> A inscrição de postulantes à adoção será precedida de um período de preparação psicossocial e jurídica, orientado pela equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar.

§ 4<sup>o</sup> Sempre que possível e recomendável, a preparação referida no § 3<sup>o</sup> deste artigo incluirá o contato com crianças e adolescentes em acolhimento familiar ou institucional em condições de serem adotados, a ser realizado sob a orientação, supervisão e avaliação da equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude, com apoio dos técnicos responsáveis pelo programa de acolhimento e pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar” (BRASIL, 1990a).

<sup>49</sup> ECA “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. [...].

§ 3<sup>o</sup> A inscrição de postulantes à adoção será precedida de um período de preparação psicossocial e jurídica, orientado pela equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar (BRASIL, 1990a).



Nesse período de preparação dos postulantes, é importante desmistificar a adoção e não incentivá-la sem a plena convicção de que os pretendentes estão aptos e bem orientados a respeito de todos os seus desafios (SILVA FILHO, 2009, p. 153). A inscrição dos postulantes não é deferida caso estes não preencham os requisitos legais ou caso revelem, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereçam ambiente familiar adequado.<sup>50</sup>

O que as equipes interprofissionais devem investigar é se os postulantes têm as condições “necessárias a dar ao adotando um lar estável onde possa ser acolhido e amado” (BORDALLO in MACIEL, 2013, p. 308).

Sobre o procedimento de habilitação, CARVALHO explica:

A equipe interprofissional deverá elaborar estudo psicossocial para ser juntado ao pedido de habilitação e, certificada a conclusão da participação no programa preparatório, a autoridade judiciária, após ouvir o Ministério Público, decidirá, podendo, antes, se for necessário, deferir diligências e audiência de instrução e julgamento (CARVALHO, 2010, p. 21).

Há, ainda, no tocante à habilitação uma exigência “particularmente perversa” (DIAS, 2013, p. 521), disposta no §4º do art. 50 do ECA, que inclui como parte do processo de habilitação sempre que possível e recomendável, contato com crianças e adolescentes em acolhimento familiar ou institucional em condições de serem adotados.

Há quem diga que esse contato com as crianças em condições de serem adotadas estimularia a reciprocidade e o afeto e prepararia os interessados para o exercício da paternidade ou maternidade responsável (CARVALHO, 2010, p. 20-21).

Esse dispositivo legal é absolutamente cruel, pois coloca as crianças e os adolescentes disponíveis para visitação como se fossem parte de uma espécie de exposição. “Além de expô-los à visitação, pode gerar neles e em quem quer adotar falsas expectativas. Afinal, a visita é tão só para candidatar-se à adoção” (DIAS, 2013, p. 521).

Habilitada, a pessoa é inscrita no cadastro, que tem uma ordem sequencial, e aguarda o surgimento de uma criança ou adolescente que se enquadre nas suas opções de idade e sexo. É entregue à pessoa habilitada um certificado que constata estar ela habilitada a adotar (MACIEL in MACIEL, 2013, p. 292). A convocação dos postulantes obedece a

---

<sup>50</sup> ECA “Art. 29. Não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado” (BRASIL, 1990a).

uma ordem cronológica de habilitação e à disponibilidade de crianças ou adolescentes adotáveis.<sup>51 52</sup>

Essa disponibilidade de crianças e adolescentes a serem adotados depende de outro cadastro: o Cadastro dos Adotandos.

Não é necessário, para a inclusão da criança ou do adolescente no cadastro que eles já não estejam sujeitos ao poder familiar por parte de seus pais ou responsáveis, mas apenas que haja um estudo do caso com parecer de algum programa de acolhimento ou, até mesmo, da equipe interprofissional do juízo que indique a adoção como a melhor medida para os interesses da criança e do adolescente (MACIEL in MACIEL, 2013, p. 291).

Por tratar de uma medida excepcional, a adoção é precedida de preparação gradativa, podendo ocorrer apenas após serem esgotadas as possibilidades de reintegração da criança e do adolescente na família natural ou extensa (CARVALHO, 2010, p. 18). Eventualmente, isso acaba por obstaculizar o procedimento da adoção, que se torna demorado, levando essas crianças e adolescentes a uma idade na qual a adoção é menos provável.

Mesmo havendo todo esse cuidado com a preparação e o acompanhamento de adotantes e adotandos<sup>53</sup>, há casos de insucesso, em que os adotantes resolvem interromper o processo e devolver o adotando, os quais serão abordados no tópico **3.7**.

A lei condiciona a adoção ao prévio cadastro dos candidatos, mas admite exceções<sup>54</sup> nos casos de adoção unilateral, formulada por parente com o qual a criança ou adolescente

---

<sup>51</sup> ECA “Art. 197-E. Deferida a habilitação, o postulante será inscrito nos cadastros referidos no art. 50 desta Lei, sendo a sua convocação para a adoção feita de acordo com ordem cronológica de habilitação e conforme a disponibilidade de crianças ou adolescentes adotáveis” (BRASIL, 1990a).

<sup>52</sup> Há quem discorde do modo como os cadastros funcionam. Estabelecido o vínculo afetivo com a criança, seria perverso negar o pedido e entregá-la ao primeiro inscrito. Tal postura desatenderia aos interesses prioritários de quem goza da especial proteção constitucional (DIAS, 2013, p. 519).

<sup>53</sup> ECA “Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

§ 5º A colocação da criança ou adolescente em família substituta será precedida de sua preparação gradativa e acompanhamento posterior, realizados pela equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com o apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar” (BRASIL, 1990a).

<sup>54</sup> ECA “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. [...]

mantenha vínculos afetivos ou se o pedido é formulado por quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade e não seja constatada a ocorrência de má-fé. É importante, também, como em qualquer outra adoção, que se comprove que a adoção é a solução que melhor atenda ao interesse do adotando. Em quaisquer dessas hipóteses, o adotante deverá comprovar, no curso do procedimento, que preenche os requisitos necessários à adoção (SILVA FILHO, 2009, p. 187).

### 3.4 Efeitos da adoção

Findo o processo de adoção, no momento do trânsito em julgado da sentença que cria o vínculo adotivo entre adotante e adotado, começam a operar os efeitos da adoção. Os efeitos da adoção são plenos, assegurando a irretroatividade, salvo a hipótese da adoção póstuma<sup>55</sup>, em que se opera a retroação à data do óbito do adotante (SILVA FILHO, 2009, p. 276).

O vínculo de filiação entre pais e filhos biológicos surge por um fato da natureza (o nascimento com vida de uma criança) mas pode modificar-se por um ato jurídico, por meio da adoção. Há, então, “um novo nascimento, criando uma nova ordem parental, para todos os efeitos” (SILVA FILHO, 2009, p. 277).

---

§ 13. Somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente nos termos desta Lei quando.

I - se tratar de pedido de adoção unilateral;

II - for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade;

III - oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos arts. 237 ou 238 desta Lei.

§ 14. Nas hipóteses previstas no § 13 deste artigo, o candidato deverá comprovar, no curso do procedimento, que preenche os requisitos necessários à adoção, conforme previsto nesta Lei” (BRASIL, 1990a).

<sup>55</sup> “A sentença de adoção possui eficácia constitutiva e seus efeitos começam a fluir a partir do trânsito em julgado da sentença (*ex nunc*), não produzindo efeito retroativo (ECA 47 §7º). Contudo, a lei abre exceção na hipótese do falecimento do adotante, no curso do processo: o efeito da sentença retroage à data do falecimento” (DIAS, 2013, p. 508). A essa adoção se dá o nome de “adoção póstuma”.

A igualdade de direitos e de qualificações entre filho biológico e filho adotivos está prevista expressamente no §6º do art. 227<sup>56</sup> da CR/88 e, também, no ECA, em seu art. 20.<sup>57</sup>

A adoção, ao atribuir a condição de filho ao adotado, rompe com os vínculos preexistentes entre o adotado e seus pais biológicos, ressalvados os impedimentos matrimoniais<sup>58</sup> (SILVA FILHO, 2009, p. 246) (CARVALHO, 2010, p. 25). “Com a adoção rompem-se, em definitivo, os vínculos com os pais e parentes anteriores, extinguindo-se o poder parental” (SILVA FILHO, 2009, p. 229). “Por ser incompatível a coexistência de duplo poder parental é que a adoção pressupõe duplo efeito: positivo – atribui o poder familiar ao adotante; e negativo – retira o poder familiar dos pais biológicos” (SILVA FILHO, 2009, p. 230).

Ressalte-se que o poder familiar dos pais biológicos não será reestabelecido (salvo se estes adotarem seu próprio filho biológico), mesmo nos casos de morte dos adotantes.<sup>59</sup>

Exceção a essa regra do rompimento dos vínculos jurídicos com a família natural é observada nos casos de adoção unilateral, em que um cônjuge ou companheiro adota filho do outro. Nesses casos, por óbvio, o poder familiar não será apenas do adotante, mas será exercido conjuntamente com o cônjuge que já detinha esse poder<sup>60</sup> (CARVALHO, 2010, p. 25). “Constitui-se, pois, uma exceção parcial à regra geral de

---

<sup>56</sup> CR/88 “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

§ 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” (BRASIL, 1988).

<sup>57</sup> ECA “Art. 20. 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” (BRASIL, 1990a).

<sup>58</sup> Com relação aos impedimentos matrimoniais, não há uma explicação convincente para a sua existência. A existência do chamado “tabu do incesto”, que revela verdadeira aversão às ligações matrimoniais entre parentes próximos, tem sentido universal (SILVA FILHO, 2009, p. 248-249).

<sup>59</sup> ECA “Art. 49. A morte dos adotantes não restabelece o poder familiar dos pais naturais” (BRASIL, 1990a).

<sup>60</sup> ECA “Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

§ 1º Se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes” (BRASIL, 1990a).

extinção dos vínculos, porque subsiste o vínculo parental anterior, na linha paterna ou materna” (SILVA FILHO, 2009, p. 222).

Assim, a adoção opera a transferência definitiva e completa do poder familiar nos casos de adoção de crianças e adolescentes (SILVA FILHO, 2009, p. 229).

Se a transferência do poder familiar, como consequência da ruptura total da vinculação parental com a família anterior, foi o principal efeito pessoal na história da adoção, o direito sucessório, no plano patrimonial, também teve grande relevância (SILVA FILHO, 2009, p. 263). É esse o motivo pelo qual se diz serem os filhos iguais em direitos, “inclusive sucessórios”, pois esta igualdade na sucessão é uma das novidades da nova legislação pós 1988.

Tem-se como efeito da adoção, ainda, a consignação dos nomes dos adotantes como pais na certidão da criança e do adolescente<sup>61</sup>, o que possibilita seja modificado o nome destes para a inclusão do sobrenome dos pais adotivos no nome de seu novo filho.<sup>62</sup> Caso seja requerida, além da mudança do sobrenome, a mudança do prenome, isto é, do primeiro nome da criança ou do adolescente, o adotando deverá ser ouvido<sup>63</sup> para manifestar sua concordância ou não.

A adoção é, como visto anteriormente, irrevogável<sup>64</sup>, sendo teoricamente impossível a dissolução do vínculo formado com a conclusão da adoção (SILVA FILHO, 2009, p. 225). A finalidade da adoção é a proteção e a integração familiar do adotado, e esses

---

<sup>61</sup> ECA “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” (BRASIL, 1990a).

<sup>62</sup> ECA “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.

[...]

§ 5º A sentença conferirá ao adotado o nome do adotante e, a pedido de qualquer deles, poderá determinar a modificação do prenome” (BRASIL, 1990a).

<sup>63</sup> ECA “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.

[..]

§ 6º Caso a modificação de prenome seja requerida pelo adotante, é obrigatória a oitiva do adotando, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 28 desta Lei” (BRASIL, 1990a).

<sup>64</sup> ECA “Art. 39. A adoção de criança e de adolescente reger-se-á segundo o disposto nesta Lei.

§ 1º A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei” (BRASIL, 1990a).

objetivos poderiam ser dificultados ou frustrados sem a previsão de estabilidade da medida (SILVA FILHO, 2009, p. 275). A indissolubilidade do vínculo adotivo se presta a proteger a todos os que estejam nele envolvidos.

Sobre a irrevogabilidade da adoção, declara TAVARES:

Nenhum ato de vontade das partes, ainda que se tornem civilmente capazes em toda plenitude, nem mesmo decisão judicial, terão força para extinguir esse vínculo de filiação depois de se concretizar como ato jurídico perfeito e acabado (TAVARES, 2010, p. 52-53).

A adoção é, em teoria, estável. Nem “o ECA nem tampouco o Código Civil contemplam hipóteses objetivas de causas que podem ensejar a ineficácia da relação adotiva” (SILVA FILHO, 2009, p. 275).

Por serem pais, os adotantes estão, por consequência lógica, sujeitos a tudo que os pais biológicos também estão.<sup>65</sup>

Como podem os pais biológicos ser suspensos ou destituídos do poder familiar<sup>66 67 68</sup>, da mesma forma, o poder familiar dos adotantes pode ser suspenso ou extinto (SILVA FILHO, 2009, p. 278).

É importante ressaltar que o descumprimento pelo adotante dos deveres inerentes ao poder familiar não leva à nulidade ou à anulabilidade da adoção, mas sim à destituição do poder familiar (SILVA FILHO, 2009, p. 236).

O direito do adotado a alimentos, embora não tipificado como direito específico decorrente da adoção, é lógico e decorrente da igualdade da filiação e das obrigações

---

<sup>65</sup> É interessante refletir que, muito embora mencione a doutrina que a irrevogabilidade visa a assegurar “a plena integração da criança e do adolescente na família que o recebe, imitando, assim, a própria natureza” (SILVA FILHO, 2009, p. 282), essa afirmação não tem sentido lógico. Ora, se os pais biológicos podem, juridicamente, entregar seus filhos para adoção, não há impedimento legal para que um pai adotivo faça o mesmo. Isto é, não há, em teoria, óbice jurídico para que um pai entregue seu filho adotivo para adoção.

<sup>66</sup> CC/02 “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” (BRASIL, 2002).

<sup>67</sup> ECA “Art. 24. A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22” (BRASIL, 1990a).

<sup>68</sup> ECA “Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais” (BRASIL, 1990a).

legais que todos os pais têm.<sup>69</sup> Assim, os direitos dos filhos adotados são exatamente os mesmos dos filhos biológicos, sendo desnecessária a criação de um “rol de direitos do adotado”. Os direitos deste são os mesmos do rol de direitos de filhos, pois é isto que ele é.

### 3.5 Estágio de convivência entre adotando e adotantes

A adoção é precedida de estágio de convivência dos adotantes com a criança ou o adolescente adotandos, o qual tem a duração definida pela autoridade judiciária, nos termos do art. 46 do ECA.<sup>70</sup>

Entende-se por estágio de convivência o período de avaliação da nova família, a ser acompanhado pela equipe técnica do juízo, nos termos do §4º do art. 46 do ECA, com o intuito de se verificar a adaptação recíproca entre adotando e adotante (BORDALLO in MACIEL, 2013, p. 310).

O ECA prevê possibilidades de dispensa do estágio de convivência, por exemplo, quando o adotando já estiver sob tutela ou guarda por tempo suficiente para se avaliar a conveniência da constituição do vínculo.<sup>71</sup> A guarda de fato não autoriza a dispensa deste estágio<sup>72</sup>, que precisa ser acompanhado por equipe interprofissional, nos termos do §4º do art. 46 do ECA (DIAS, 2013, p. 522).

---

<sup>69</sup> CR/88 “Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade” (BRASIL, 1988).

<sup>70</sup> ECA “Art. 46. A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso.

[...]

§ 4º O estágio de convivência será acompanhado pela equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política de garantia do direito à convivência familiar, que apresentarão relatório minucioso acerca da conveniência do deferimento da medida” (BRASIL, 1990a).

<sup>71</sup> ECA “Art. 46. A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso.

§ 1º O estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando já estiver sob a tutela ou guarda legal do adotante durante tempo suficiente para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo” (BRASIL, 1990a).

<sup>72</sup> ECA “Art. 46. A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso.

[...]

§ 2º A simples guarda de fato não autoriza, por si só, a dispensa da realização do estágio de convivência” (BRASIL, 1990a).

O estágio de convivência é iniciado com a requisição, pelo adotante, da guarda provisória do adotando, nos termos do §1º do art. 33 do ECA<sup>73</sup> (BORDALLO in MACIEL, 2013, p. 312).

Não foi especificado pelo legislador a duração do estágio de convivência, por não ser possível estabelecer de antemão qual será o tempo necessário ao adequado acompanhamento da criança ou do adolescente em sua nova família. Cabe ao juiz avaliar cada situação individualmente, levando em consideração os relatórios e demais informações prestadas pela equipe interprofissional (BORDALLO in MACIEL, 2013, p. 311).

O estágio de convivência pelo prazo que o juiz fixar é fundamental para verificar se o adotando se adaptou à família e se os adotantes realmente estão preparados para assumir o filho afetivo. Para que a adoção seja efetivada, é imprescindível demonstrar a conveniência do deferimento do vínculo. Os relatórios de estudo social da equipe interdisciplinar fornecem ao juízo subsídios da situação de fato para que a adoção possa ser deferida com segurança (CARVALHO, 2010, p. 24).

Nos casos em que adotantes demonstram inaptidão para o desenvolvimento satisfatório de seus deveres parentais, a equipe técnica do juízo deve acompanhar de forma mais atenta a família, dando-lhe o suporte adequado para a superação da crise. Se evidenciado, contudo, que a adoção não será a melhor solução para o caso, deve o pedido ser julgado improcedente (BORDALLO in MACIEL, 2013, p. 310-311).

Sobre os problemas durante o estágio de convivência, BORDALLO esclarece:

Temos verificado a ocorrência de inúmeros problemas entre adotantes e adotandos no transcurso do estágio de convivência, a maior parte deles causados por aqueles, culminando com prática de atos de violência contra crianças, onde se faz necessária a retirada do adotando da companhia do adotante (BORDALLO in MACIEL, 2013, p. 313).

Nos casos em que a integridade física e psicológica dos adotandos encontra-se em risco, não há dúvidas de que a sua retirada da companhia do adotante seja a melhor solução.

---

<sup>73</sup> ECA “Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

§ 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros” (BRASIL, 1990a).



O estágio de convivência, diante de princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana, o da prioridade absoluta e o da proteção integral de crianças e adolescentes, “não pode servir de justificativa legítima para a causação, voluntária ou negligente, de prejuízo emocional ou psicológico a criança ou adolescente entregue para fins de adoção [...]” (COSTA, 2009, p. 10).

O estágio de convivência é um período de avaliação do adotando e da sua adaptação à sua nova família, no qual, com o apoio da equipe interprofissional, possa o juízo decidir pelo deferimento ou não da adoção (COSTA, 2009, p. 2). Não constitui o estágio de convivência um direito instituído em favor dos adotantes para que eles possam dar fim ao relacionamento familiar com o adotando sem maiores repercussões jurídicas (COSTA, 2009, p. 5).

Não podem, portanto, os adotantes invocar exercício regular de direito nos casos de devolução de crianças e adolescentes, pois eles não têm esse direito (COSTA, 2009, p. 5).

Mesmo sendo a adoção irrevogável e não podendo os adotantes dar fim ao período de estágio de convivência ao seu bel-prazer, há crianças e adolescentes que são devolvidos aos abrigos. Questiona-se, a seguir, quanto à possibilidade ou não dessa devolução.

### **3.6 Da (im)possibilidade de devolução da criança e do adolescente adotados após iniciado o procedimento adotivo**

Como foi visto no tópico anterior, a adoção tem como uma de suas principais características a irrevogabilidade. Esta é uma importante característica da adoção no direito brasileiro.

Ocorre que, a despeito da previsão legal, há casos em que os adotantes devolvem as crianças que adotaram. É sobre esses casos e sobre a possibilidade jurídica da devolução que se tratará a seguir. Nesta pesquisa, para evitar confusões, estes serão designados “devolventes”.

A primeira providência a ser tomada para iniciar o estudo das devoluções de crianças e adolescentes é aceitar que, embora não previstas na lei e, muitas vezes, negadas pelo Direito, essas devoluções de fato ocorrem.

Embora não haja levantamento estatístico nacional dessa realidade, têm-se informações espaçadas resultantes de pesquisas de abrangência regional.

Entre 2005 e 2010, 20 crianças foram devolvidas àquela vara. [Vara da Infância, da Juventude e do Idoso da Comarca do Rio de Janeiro]. E, apenas no primeiro semestre deste ano, ocorreram oito devoluções (AZEVEDO, 2011, p. 2).

E, ainda:

[...] estatísticas regionais revelam que essa questão é grave e não deve ser desprezada. Das 35 crianças e adolescentes disponíveis para adoção na Associação Maria Helen Drexel, na zona sul de São Paulo, 11% já passaram por esse drama. Em apenas uma das varas da infância da cidade do Rio de Janeiro, ocorreram oito devoluções no primeiro semestre deste ano. Três de cada dez crianças e adolescentes que estão em abrigos de Santa Catarina foram devolvidos ao menos uma vez (AZEVEDO, 2011, p. 2).

Observa-se, portanto, que a devolução é uma realidade. Cabe ressaltar que não se utilizará nesse texto a nomenclatura “segundo abandono” para significar casos de devolução, ao contrário de alguns autores, por entender que nem sempre a entrega de uma criança para adoção é um ato de abandono, podendo ser um ato de cuidado e de carinho.

Essa entrega da criança pode ser:

[...] uma atitude consciente de extremo amor, que pode ser visto de uma forma mais justa como “entrega”; quando uma mãe, que não se acha “suficientemente capaz” para criar um filho, delega a responsabilidade a uma Instituição, almejando que posteriormente seja a criança entregue a outra família mais adequada ou com melhores possibilidades de prover um futuro digno a esta, portanto a entrega em adoção é uma atitude que deve ser considerada e examinada (MATTOS; HERNANDES; ELOY, 2011, p. 4).

Há quem diga que esses problemas ocorrem nas guardas “arranjadas” ou nas adoções informais (FRANZOLIN, 2010. p. 8261). Não se encontra na doutrina dado que sustente tal assertiva. O que há são relatos de devoluções em todas as fases da situação adotiva: durante o estágio de convivência (no início ou não deste) ou, até mesmo, após a sentença constitutiva do vínculo adotivo (MINAS GERAIS, 2011).

Por ser a adoção irrevogável, pode-se imaginar que essa situação poderia, simplesmente, ser recusada pelo Poder Judiciário, numa fria interpretação do texto legal. Não é isto, contudo, o que acontece.

Quando a devolução da criança ou do adolescente ocorre durante o curso do estágio de convivência, tem-se que o adotante está revelando incompatibilidade com a natureza da medida adotiva, sendo correta, portanto, a revogação da guarda.<sup>74</sup>

Mesmo nos casos em que a devolução ocorre depois de findo o procedimento adotivo entende-se que o adotando deverá ser retirado do convívio do adotante que o restituiu ao abrigo, por não ser razoável deixá-lo aos cuidados de uma pessoa que tentou devolvê-lo como se fosse uma torradeira com defeito.<sup>75</sup>

Estabelecida a possibilidade de devolução de crianças e adolescente, necessário se faz investigar os motivos que levam à devolução, o que se fará a seguir.

### **3.7 Motivos que levam à devolução do adotando e do adotado**

A devolução de crianças e adolescentes pode ocorrer em diversos momentos do procedimento adotivo: no início do estágio de convivência, depois de meses ou, até, anos<sup>76</sup> após ter-se iniciado o estágio de convivência e, finalmente, após a constituição efetiva do vínculo adotivo.

Dentre os motivos que levam os adotantes a devolverem os adotandos, cita-se a não adaptação entre os membros da família que estava se formando (BORDALLO in MACIEL, 2013, p. 313).

---

<sup>74</sup> ECA “Art. 29. Não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado” (BRASIL, 1990a).

ECA “Art. 35. A guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público” (BRASIL, 1990a).

<sup>75</sup> ECA “Art. 157. Havendo motivo grave, poderá a autoridade judiciária, ouvido o Ministério Público, decretar a suspensão do poder familiar, liminar ou incidentalmente, até o julgamento definitivo da causa, ficando a criança ou adolescente confiado a pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade” (BRASIL, 1990a).

<sup>76</sup> Tem-se como exemplo de devolução depois de muitos anos o caso de E.J.S, que foi devolvida pelos adotantes 6 (seis) anos de convivência por meio de guarda (MINAS GERAIS, 2011).

Existem relatos de devoluções causadas pela chegada posterior de filhos biológicos<sup>77</sup>, pela cor da pele da criança<sup>78</sup> ou, mesmo, pela concretização da adoção de outra criança.<sup>79</sup>

Há entre os adotantes que devolvem crianças e adolescentes aqueles que colocam a culpa pela devolução ao próprio adotando. Situações como querer brincar com os brinquedos da irmã causaram a devolução de uma criança de um ano e nove meses (SPECK; QUEIROZ, 2014, p. 7), assim como o fato de ser negra e roncar muito, isso após cinco meses de convívio familiar (SPECK; QUEIROZ, 2014, p. 7).

Relatando casos de crianças devolvidas, SPECK e QUEIROZ assinalam:

Em outro caso, segundo o relato da equipe da instituição, uma única família chegou a devolver três crianças, alegando as seguintes razões: para a primeira criança, a queixa foi que ela estava incomodando os seus filhos, “chega à porta do quarto deles e fica gritando o nome deles sem parar” – os filhos a que se referia, tinham na época 18 e 21 anos de idade –; a segunda criança devolvida por essa família teve por queixa que, “a menina ficou pulando no colchão e **derramou todo o Toddyinho que estava tomando**” – esta criança permaneceu aproximadamente 20 dias com essa família–, e, por fim, a última devolução foi acarretada pelos motivos, “eu disse que ela não levasse o celular para a escola e ela levou; ela estava gripada e não era para abrir a geladeira e ela desobedeceu; e, por fim, **a empregada estava passando, o pano na casa e ela ficava passando, e eu já perdi uma empregada uma vez, eu não vou perder outra vez**”. Essa criança ia fazer 5 anos e estava sendo deixada na calçada da instituição quando a mãe foi flagrada pela assistente social (SPECK; QUEIROZ, 2014, p. 7) (grifou-se).

Observa-se, portanto, que as devoluções são justificadas, por vezes, por motivos incompreensíveis, se não inaceitáveis. Estes adotantes se esquivam completamente da responsabilidade que assumiram quando da concessão da guarda dessas crianças.<sup>80</sup> Ao invés de serem acolhidos e integrados em uma nova família, essas crianças e adolescentes funcionam como brinquedos nas mãos de adultos despreparados.

Há, ainda, relatos de caso em que os adotantes, buscando a adoção de uma criança, aceitaram seu irmão. Depois de deferida a adoção da criança inicialmente desejada, o

---

<sup>77</sup> Por exemplo, no caso narrado por AZEVEDO, em que uma mulher devolveu três irmãos após um ano e meio de convivência por ter conseguido engravidar (AZEVEDO, 2011, p. 2).

<sup>78</sup> O casal alegou como motivo para justificar a adoção a cor da pele da criança. Eles são negros e a criança é branca (VILELA, 2014).

<sup>79</sup> Caso narrado por BRAGON, no qual um casal teria adotado dois irmãos, um menino e uma menina apenas para poder ficar com a menina. Uma vez que a adoção da menina foi formalizada, o irmão, tratado aqui como objeto, meio para atingir a um fim, foi devolvido (BRAGON, 2012, p. 1).

<sup>80</sup> ECA “Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais” (BRASIL, 1990a).

irmão foi sumariamente rejeitado e devolvido, mesmo com a adoção já deferida em favor do casal devolvente (MINAS GERAIS, 2011).<sup>81</sup>

Saindo do campo das justificativas dadas pelos adotantes e adentrando no campo dos reais motivos que levam às devoluções, tem-se:

Um dos grandes fatores de risco responsáveis pela prática da devolução é a idealização fantasiosa do filho perfeito, resultado de motivações inadequadas, a exemplo da adoção em virtude de infertilidade, esterilidade ou perda de filhos, quando o luto pela perda ou impossibilidade de ter filhos não foi devidamente resolvido. Nestes casos, os adotantes depositam expectativas extremadas na adoção e na criança e quando as suas expectativas não são correspondidas, se frustram e recorrem à devolução como única alternativa para resolução do problema, atitude que sequer cogitariam em tomar, se a criança fosse sua filha biológica (FERREIRA, 2014, p. 14-15).

Outro fator a ser levado em consideração é o motivo pelo qual a adoção foi escolhida como modo de constituir uma família.

Quando motivada por um sentimento de bondade e caridade, numa lógica altruísta, recai sobre a criança “a exigência de retribuir a ‘bondade’ de seus pais adotivos, e as imensas expectativas com relação ao seu comportamento” (GHIRARDI, 2009, p. 2) se tornam geradoras dos conflitos que levam à devolução.

Existem também as adoções motivadas por infertilidade do casal. Os adotantes “trazem histórias de várias tentativas frustradas de ter um filho pela via biológica e a decisão pela adoção, nesses casos, é uma alternativa para tentar ultrapassar os sentimentos de frustração impostos pela infertilidade” (GHIRARDI, 2009, p. 1). Caso essa infertilidade não seja bem trabalhada pelo casal, “o filho poderá vir a ocupar o lugar daquele que tem a missão de ressarcir-los pela perda imaginária desses aspectos de seu narcisismo” (GHIRARDI, 2009, p. 1).

Há, ainda, situações em que a devolução ocorre por motivos sérios e de gravidade incontestável, como o caso em que uma criança adotada colocou em risco a integridade física de sua irmã mais nova, de 3 anos. Num dos casos o garoto derrubou a menina do carrinho, noutro ele chegou a atear fogo embaixo do berço da irmã (PEREIRA, 2013, p. 1).

---

<sup>81</sup> A testemunha ouvida pelo juízo neste caso afirmou que o casal queria adotar a menina P., mas que, como irmãos, não poderiam ser separados, tiveram que levar V. “como um contrapeso” e depois de algum tempo devolveu o contrapeso e ficou com a menina, como se ficasse com a carne e devolvesse o osso. (MINAS GERAIS, 2011) (original com nome das crianças).

Mesmo em situações extremas como a narrada acima, na qual o motivo que levou à devolução era real e palpável, não parece correta a alternativa encontrada de devolver aquele a quem foi jurado amor e carinho, a quem foi dito pertencer a uma nova família.

A esse respeito, SOUZA declara:

Os filhos biológicos ou consanguíneos também apresentam dificuldades e os pais não podem “se livrar” deles, expulsá-los de casa. Filhos, sejam consanguíneos ou adotados, não tem prazo de validade e não podem ser trocados por apresentarem um possível “defeito” (que todos tem). (SOUZA apud FERREIRA, 2014, p. 15).

Uma vez concretizada a devolução, por quaisquer motivos que seja, resta averiguar os danos causados nas crianças e nos adolescentes devolvidos e as repercussões jurídicas em virtude da existência desses danos. É o que se verá a seguir.

### **3.8 Responsabilização civil dos devolventes decorrente da devolução dos adotandos e adotados**

A possibilidade de responsabilização civil é pressuposto lógico da existência de danos indenizáveis, pois a inexistência desta possibilidade transforma qualquer dano em dano existente, porém não indenizável.

Discute-se neste tópico se os danos causados pelos adotantes que devolvem os adotandos e adotados são indenizáveis ou não, bem como as espécies de danos indenizáveis decorrentes da devolução de adotandos e adotados.

O CC/02 estabelece em seu art. 927<sup>82</sup>, ao tratar de responsabilidade civil, que aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo. Tem-se, portanto, que a prática de ato ilícito por parte dos adotantes é condição essencial à existência da responsabilização civil nos casos de devolução.

---

<sup>82</sup> CC/02 “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” (BRASIL, 2002).

Estabelece o art. 186 do CC/02<sup>83</sup> que comete ato ilícito aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência viola direito e causa dano a outrem.

Ora, se o adotante devolve o adotando, ou o adotado, viola o direito destes à convivência familiar<sup>84</sup> (BORDALLO in MACIEL, 2013, p. 314), à dignidade e ao respeito<sup>85</sup> por tratá-lo como objeto passível de devolução. Além disso, se faz isso apenas por ele ser adotado (pois não há relatos de devolução de filhos biológicos) fere o princípio da não discriminação.<sup>86 87</sup>

Hilda Teixeira da Costa<sup>88</sup>, em processo de sua relatoria, manifestou-se em seu voto (o qual foi vencido) no seguinte sentido:

O ato ilícito, que gera o direito a reparação, decorre do fato de que os requeridos buscaram voluntariamente o processo de adoção do menor, deixando expressamente a vontade de adotá-lo, obtendo sua guarda durante um lapso de tempo razoável, e, simplesmente, resolveram devolver imotivadamente a criança, de forma imprudente, rompendo de forma brusca o vínculo familiar que expuseram o menor, o que implica no abandono de um ser humano. Assim, considerando o dano decorrente da assistência material ceifada do menor, defere-se o pedido de condenação dos requeridos ao

---

<sup>83</sup> CC/02 “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” (BRASIL, 2002).

<sup>84</sup> CR/88 “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao **respeito**, à liberdade e à **convivência familiar** e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (BRASIL, 1988) (grifou-se).

<sup>85</sup> ECA “Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis” (BRASIL, 1990a).

ECA “Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor” (BRASIL, 1990a).

<sup>86</sup> CR/88 “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

§ 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” (BRASIL, 1988).

<sup>87</sup> 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” (BRASIL, 1990a).

<sup>88</sup> Desembargadora do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

pagamento de obrigação alimentar ao menor, enquanto viver, em razão da doença irreversível que o acomete (MINAS GERAIS, 2014).

Mesmo diante de tantos argumentos, há quem defenda que nos casos de devoluções ocorridas durante o estágio de convivência não haveria a obrigação dos adotantes de indenizar os adotandos pelos danos causados.

De outro lado, há aqueles que entendam ser a devolução exercício regular do direito do adotante:

Juristas dizem, porém, que o casal não pode ser responsabilizado por tal devolução, já que ocorreu no período de guarda provisória, considerada um estágio probatório para a adoção definitiva. Para o diretor do Instituto Brasileiro de Direito de Família (Ibdfam) e juiz da 1ª Vara de Família de Belo Horizonte, Nilton Teixeira Carvalho, o casal está em “exercício regular do direito”. “A adoção não estava concretizada, portanto, não há esse vínculo jurídico para responsabilização”, opina (CABRAL, 2009, p. 2-3).

Há quem afirme ser exatamente esse o propósito do estágio de convivência, pois os adotantes devem averiguar a existência de compatibilidade entre as partes:

Ocorre que, o período dado para adaptação é exatamente para averiguar se irá haver a compatibilidade entre as partes, podendo, os adotantes estranharem a situação em que se encontram e não conseguirem superar, sendo necessário que o adotando retorne ao acolhimento institucional. O que é legal, posto que não há legislação alguma que disponha o contrário (DE CARLOS, 2014, p. 54).

Há ainda quem afirme que, pelo fato de a criança devolvida não estar abandonada e em situação de risco, não haveria a possibilidade de responsabilização do adotante.

Também há o fato de que a criança ou adolescente, após a devolução, é devidamente abrigada e amparada pelo Estado, sendo afastada de qualquer situação de risco. Sendo assim, por esses motivos, não haveria a possibilidade de responsabilizar o adotante com relação à devolução, posto que é concedido à ele o período de adaptação, ou seja, não foi violado direito e princípio algum, posto que o adotando não estaria desamparado (DE CARLOS, 2014, p. 53).

Embora não seja a melhor forma de interpretar os casos de devolução de crianças e adolescentes, é importante pontuar que esses argumentos contrários à responsabilização de adotantes que devolvem crianças e adolescentes ainda encontram adeptos no Direito, como se pode observar na ementa do julgamento da Apelação Cível 1.0481.12.000289-6/002, julgada no TJMG em 2014:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - INDENIZAÇÃO DANO MATERIAL E MORAL - ADOÇÃO - DESISTÊNCIA PELOS PAIS ADOTIVOS - PRESTAÇÃO DE



OBRIGAÇÃO ALIMENTAR - INEXISTÊNCIA - DANO MORAL NÃO CONFIGURADO - RECURSO NÃO PROVIDO.

- **Inexiste vedação legal** para que os futuros pais desistam da adoção quando estiverem com a guarda da criança.

- **O ato de adoção somente se realiza e produz efeitos a partir da sentença judicial**, conforme previsão dos arts. 47 e 199-A, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Antes da sentença, não há lei que imponha obrigação alimentar aos apelados, que não concluíram o processo de adoção da criança.

- **A própria lei prevê a possibilidade de desistência**, no decorrer do processo de adoção, ao criar a figura do estágio de convivência.

- Inexistindo prejuízo à integridade psicológica do indivíduo, que interfira intensamente no seu comportamento psicológico causando aflição e desequilíbrio em seu bem estar, indefere-se o pedido de indenização por danos morais (MINAS GERAIS, 2014).

Têm-se, portanto, cinco argumentos básicos contra a responsabilização dos adotantes que devolvem adotandos: 1º) inexistência de vedação legal à devolução; 2º) a adoção produzir efeitos somente após a sentença judicial; 3º) ser a devolução um exercício regular de direito; 4º) ser a possibilidade de devolução um dos fundamentos do estágio de convivência e, 5º) como a criança é devolvida para um local no qual não se encontra em situação de risco, inexistente a responsabilidade de indenizar.

Quanto ao último argumento, parece claro que o fato de a criança estar em um ambiente que lhe fornece alimentação e abrigo não modifica a situação de que ela foi devolvida por aqueles a quem ela começava a reconhecer como família. Obviamente que se os adotantes abandonassem o adotando na rua ou algum outro local de risco a situação seria ainda pior. Resta esclarecer, apenas, que o fato de que o abandono poderia ser pior não justifica a não responsabilização no caso do “abandono nas melhores condições”.

O primeiro argumento (que se trata de exercício regular de direito) e o segundo (que o estágio de convivência se prestaria exatamente a possibilitar a devolução) carecem de sentido.

O estágio de convivência, como visto no tópico **3.5**, não se constitui em “um direito instituído em favor dos adotantes, de tal forma a legitimar ‘devoluções’ injustificadas de adotandos” (COSTA, 2009, p. 5). O estágio de convivência existe para avaliar a situação da criança ou do adolescente inseridos naquele novo núcleo familiar.

Ao estabelecer nos artigos 1º e 6º do ECA<sup>89</sup> a proteção integral da criança e do adolescente e ao colocar como cânones de interpretação do Estatuto a exigência do bem comum e a condição peculiar de ambos como pessoas em desenvolvimento, tudo isso leva o intérprete a concluir que o estágio de convivência é um período de adaptação estabelecido em favor deles, jamais podendo ser utilizado para diminuir ou mitigar seus direitos.

A melhor jurisprudência entende pela responsabilização dos adotantes que devolvem seus filhos, reconhecendo, inclusive, obrigação alimentar:

- Não há dúvidas de que a convivência pelo período de mais de dois anos entre o menor e os agravados, resultou em um vínculo familiar com o menor, interrompido apenas em decorrência do fato de este apresentar uma doença hereditária no sistema nervoso central.
- Contudo não se pode desconhecer que se manteve o vínculo sócio-afetivo, de modo que, embora não tenham os agravados vínculo de consanguinidade com o menor, tem a obrigação de arcar com os alimentos provisionais, que lhe são devidos (MINAS GERAIS, 2012).

Dentre os estudiosos que entendem pela responsabilização dos adotantes que devolvem os adotandos à Justiça há aqueles, como BORDALLO, que entendem que a responsabilização deve ocorrer apenas nos casos em que seja caracterizado abuso de direito<sup>90</sup> (BORDALLO in MACIEL, 2013, p. 314). Outros, como FRANZOLIN e FERREIRA, acreditam ser devida tal responsabilização quando a devolução for desmotivada (FRANZOLIN, 2010. p. 8265) (FERREIRA, 2014, p.18).

Por entender que não há direito à devolução a ser sustentado quando existir abuso do direito e que não há motivação que justifique a devolução de uma pessoa que está inserida no seio familiar, discorda-se da doutrina, pois a responsabilização dos adotantes é sempre possível, independentemente de justificativas ou outros fatores.

### **3.9 Danos indenizáveis decorrentes da devolução dos adotandos e adotados**

A possibilidade de reparação patrimonial às crianças e aos adolescentes devolvidos após uma tentativa infrutífera de adoção, tão moderna nos dias de hoje, encontra

---

<sup>89</sup> Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente (BRASIL, 1990a).

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 (BRASIL, 1990a).

<sup>90</sup> CC/02 “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (BRASIL, 2002).

correspondente no *Código de Hammurabi*, o qual previa: “Se o casal, após adotar, tivesse filhos e desejasse romper o contrato de adoção, o adotado teria direito a uma parte do patrimônio deles a título de indenização” (CASTRO, 2014, p. 22).

Os danos causados à criança e ao adolescente decorrentes da devolução são indenizáveis, pois oriundos de ato ilícito.

Abordam, a seguir, os tipos de danos que podem ser causados aos adotandos nas situações de devolução.

### **3.9.1 Possibilidade de dano moral nas situações de devolução**

O dano moral, ou extrapatrimonial, compreende, segundo CAHALI, “tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado” (CAHALI, 2011, p. 20).

A devolução apresenta para a criança e o adolescente uma situação que abala profundamente seu psicológico pois, após criada a expectativa de pertencer a uma família, eles veem seu direito à convivência familiar frustrado (DE CARLOS, 2014, p. 45) e, sem entender o motivo que os levou a ser rejeitados por aqueles a quem chamava de pais, acabam por se culpar pelo insucesso da adoção (COSTA, 2009, p. 2). “Ao ser devolvido pelos responsáveis a criança tem seu desenvolvimento comprometido e deformado” (FRANZOLIN, 2010. p. 8260).

Vale a pena ressaltar que o abandono pelos adotantes pode gerar consequências e traumas mais graves do que a entrega da criança ou do adolescente para adoção pelos pais biológicos (COSTA, 2009, p. 2).

A situação emocional do adotando e do adotado é ainda mais prejudicada quando a devolução ocorre depois de longo espaço de tempo no qual eles conviveram com aquela família. “A devolução destrói o amor próprio do adotando” (BORDALLO in MACIEL, 2013, p. 314).

As marcas resultantes das devoluções são tão fortes que crianças que já foram vítimas de diversas devoluções “podem manifestar o desejo de permanecer na instituição de

acolhimento como forma de proteger-se do sofrimento que causaria uma nova rejeição e abandono [...]” (SPECK; QUEIROZ, 2014, p. 6).

O dano moral nos casos de devolução pode, portanto, ser presumido, pois a devolução fere não apenas princípios e regras jurídicas, mas também regras morais da sociedade.

### **3.9.2 Possibilidade de dano patrimonial nas situações de devolução**

Define-se como dano patrimonial aquele “dano material decorrente da privação da criança à oportunidade de ser adotada por uma família que lhe proporcione conforto material e um aprendizado formal de qualidade, possibilitando-lhe a habilitação para um futuro profissional digno [...]” (FERREIRA, 2014, p. 19).

Sobre a reparação civil das chances perdidas, BIONDI declara:

Vale observar que, mesmo não havendo um dano certo e determinado, existe um prejuízo para a vítima, decorrente da legítima expectativa que ela possuía em angariar um benefício ou evitar um prejuízo. Logo, para que exista a possibilidade de reparação civil das chances perdidas, deve-se enquadrá-las, como se danos fossem (BIONDI, 2008, p. 5).

É importante ressaltar que nos casos de responsabilização pela perda de uma chance o que se busca não é o ressarcimento pela vantagem perdida, “mas sim pela perda da oportunidade de conquistar aquela vantagem ou evitar um prejuízo” (BIONDI, 2008, p. 6).

Ora, a criança, ou o adolescente, que é devolvida tem menos possibilidades de ser novamente adotada seja por seu histórico de ter sido previamente devolvida, seja por ter chegado a uma idade “não adotável” (FRANZOLIN, 2010. p. 8268) pois a preferência dos candidatos à adoção por crianças mais novas é sensível. Dessa forma, a responsabilização civil dos adotantes nos casos de devolução de crianças e adolescentes adotados e adotados pode incluir não apenas o dano moral (mais visível e de fácil verificação), como também o dano patrimonial decorrente da perda de uma chance de adoção que proporcionaria ao adotando uma melhor situação de vida.

### **3.10 Possíveis consequências da responsabilização civil dos devolventes**

Na tentativa de conter o aparecimento de ações de responsabilização civil de adotantes que desistem da adoção de adotandos e adotados, há aqueles, como o juiz da Vara da Infância e Juventude de Florianópolis Francisco de Oliveira Neto, que acreditam que essa responsabilização pode trazer o efeito de inibir as pessoas a buscarem a adoção tardia e de procurar o Judiciário para adotar (CABRAL, 2009, p. 3).

Esse pensamento não deve, contudo, pautar a discussão sobre a responsabilização dos adotantes que devolvem crianças e adolescentes, pois, como afirma Donald Winnicott “em matéria de adoção [...] um fracasso normalmente é desastroso para a criança, a tal ponto que melhor seria para ela que a tentativa nem fosse feita” (WINNICOTT, 1954, p. 65 apud SPECK; QUEIROZ, 2014, p. 7).

Se não há firme desejo de iniciar e concluir uma adoção, de ficar com a criança e o adolescente para sempre, não importa o que aconteça ou se o amor que se tem a partilhar não é incondicional, como deve ser o amor de pais, é positivo que não se adote.

Contudo, pergunta-se: De que forma essa responsabilização é feita? Qual é o meio processualmente capaz de tutelar essas situações?

## **4 (IM)POSSIBILIDADE DE COLETIVIZAÇÃO DA RESPONSABILIZAÇÃO DOS “DEVOLVENTES”**

Discutem-se neste capítulo os meios adequados para processar a demanda de responsabilização daqueles que devolvem crianças e adolescentes adotados e adotados, aqui denominados “devolventes”, investigando-se a possibilidade de coletivização das possíveis demandas de responsabilização destes, iniciando-se pelo estabelecimento das bases da teoria processual, para a compreensão do fenômeno, e pelos esclarecimentos da terminologia.

### **4.1 As bases da teoria processual: esclarecimentos terminológicos e conceituais**

Desenvolvem-se aqui alguns aspectos da teoria processual e prestam-se esclarecimentos sobre terminologias e conceitos relativos às ideias expostas.

#### **4.1.1 Elementos identificadores de uma ação**

Os elementos identificadores da ação (parte, pedido e causa de pedir) são, sem tautologia, aqueles que permitem a individualização e identificação de cada ação.

A primeira coisa a se fazer para se identificar uma ação e o processo que a seu exercício se seguiu é proceder à identificação das partes, isto é, quem exerceu o direito de ação e é titular do direito lesado ou ameaçado de lesão atuando como autor e contra quem foi proposta a ação, estando no polo passivo da demanda, isto é, quem é o réu, o possível causador da lesão ao direito discutido.

Autor é aquele que, em nome próprio, vem a juízo para expor sua pretensão e formular o pedido diante da Jurisdição. Réu é aquele em direção a quem ou contra quem o autor formulou o pedido de tutela jurisdicional (WAMBIER; TALAMINI, 2011, p. 156).

No processo individual essa simples definição de parte como autor e réu bastaria para proceder à análise das ações. Mas não é este o caso em se tratando do processo coletivo, o qual se caracteriza pela substituição de uma das partes (em geral, a parte autora nas

denominadas “ações coletivas ativas”) por um substituto que atuará em nome dos interesses de uma coletividade.<sup>91</sup>

Sobre o conceito de parte nos estudos em processo coletivo, THIBAU afirma:

[...] o conceito de parte é especialmente relevante nesse estudo sobre substituição processual (legitimação extraordinária) em razão, principalmente, das consequências que advém às pessoas que ocupam tal posição na relação jurídica processual, e entre essas consequências, podem-se mencionar: a sujeição das partes à coisa julgada, a identificação da litispendência, a determinação do impedimento ou suspeição do juiz, aqueles que podem ser terceiro, etc (THIBAU, 2003, p. 27).

É importante ter em mente que o substituto age em nome próprio, mas em defesa de direito alheio. Para assim proceder, ele é expressamente autorizado por lei que lhe confere a chamada “legitimidade extraordinária” (THIBAU, 2003, p. 128).

Mesmo agindo na defesa de direito alheio, “não se pode negar a condição de parte ao substituto” (THIBAU, 2003, p. 149).

Tem-se, então, que as partes parciais do processo coletivo são o autor e o réu e que o substituto processual pode se encontrar em qualquer dessas posições, nas quais ele terá, portanto, a condição jurídica de parte.

A causa de pedir, segundo elemento identificador da ação, também denominado de “razão do pedido”, “significa, resumidamente, o conjunto de fundamentos levados pelo autor a juízo, constituído pelos fatos e pelo fundamento jurídico a eles aplicável” (WAMBIER; TALAMINI, 2011, p. 157).

O terceiro elemento identificador da ação é o pedido. Este é o objetivo do autor ao iniciar o processo. O autor deseja que ao final do processo seja seu pedido atendido, “de forma que o Poder Judiciário decida pela sua procedência e emita, para esse fim, um provimento que resolva a lide, pondo fim à discussão a respeito daquela situação jurídica e, enfim, faça valer aquele direito de que o autor se diz titular” (WAMBIER; TALAMINI, 2011, p. 156-157). O pedido no processo individual, portanto, é a forma pela qual o autor expõe qual o provimento jurisdicional pretendido para a solução da lide.

---

<sup>91</sup> CPC/73 “Art. 6º Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei” (BRASIL, 1973).

Muito embora também no processo coletivo o pedido exponha o provimento jurisdicional pretendido pelo autor, de forma similar às partes, também o conteúdo do pedido será diferente nos casos de processos individuais e coletivos. Os processos coletivos apresentam uma especificidade em relação ao pedido, tendo em vista que este terá seu conteúdo alterado a depender do grau de coletivização da demanda.

Sobre esse assunto, ARENHART esclarece:

Assim, por exemplo, em uma demanda que vise a responsabilização prática de certa conduta ilícita, é possível que a demanda coletiva se limite a estabelecer a efetiva ilicitude da prática verificada, ou a culpa pela prática da conduta, ou que possa ir adiante, dependendo do grau de homogeneidade das questões presentes (ARENHART, 2013, p. 157).

Quanto ao pedido, conclui-se que este irá variar sobremaneira, a depender do tipo do processo (se individual ou coletivo) e, no último caso, do grau de coletivização da questão discutida por meio da ação.

#### **4.1.2 Condições da ação**

Além dos elementos identificadores, também as condições da ação fazem parte do arcabouço teórico básico do direito processual. São três as condições que permitem a regular admissibilidade da ação: interesse processual, legitimidade das partes e possibilidade jurídica do pedido.<sup>92</sup>

O interesse processual é composto por dois aspectos: a necessidade e a utilidade. Esses aspectos, ligados entre si, formam o binômio necessidade-utilidade, o qual é referido por parte da doutrina como “necessidade-adequação”.

Sempre que a parte tiver a necessidade de exercer o direito de ação para alcançar o resultado que pretende diante de um conflito em que ocorreu a pretensão resistida, torna-se necessária a intervenção do Judiciário para solucioná-lo. Sempre que o seu pedido seja útil no aspecto prático, estará presente o interesse processual. “O interesse processual nasce, portanto, da necessidade da tutela jurisdicional do Estado, invocada

---

<sup>92</sup> CPC/73 “Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito

[...]

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual” (BRASIL, 1973).



pelo meio adequado, que determinará o resultado útil pretendido, do ponto de vista processual” (WAMBIER; TALAMINI, 2011, p. 168).

Tanto o autor quanto o réu devem ser partes legítimas. Para que seja o autor parte legítima, deve este ser, em regra, o titular da situação jurídica afirmada em juízo (WAMBIER; TALAMINI, 2011, p. 169). Ocorre que essa definição de legitimidade ativa do autor só é compatível com o processo individual pois esta é a legitimidade denominada “ordinária”. A variação de legitimidade que se pode encontrar refere-se à legitimidade denominada “extraordinária”.

Ensina THIBAU:

Assim, àquele que, em princípio, não detenha a legitimidade para agir (ordinária), e que, de algum modo legalmente previsto, passa a adquiri-la, passará a participar da relação jurídica processual como ‘parte’ nesta, passando a ter, portanto, a titularidade para ação. Surge aqui a figura da legitimação denominada extraordinária (THIBAU, 2003, p. 125).

Ainda sobre o tema, salienta THIBAU:

Em geral a doutrina, ao se referir a este tema, faz uma distinção, e ao mesmo tempo uma equivalência, entre as expressões: capacidade de ser parte numa lide, equivalendo, tal capacidade, à *legitimatio ad causam*; a capacidade para estar em juízo, como equivalente à *legitimatio ad processum* e a capacidade para a prática dos atos processuais, equivalendo aos *ius postulandi* (THIBAU, 2003, p. 70).

Ora, essa diferenciação entre a *legitimatio ad causam* e a *legitimatio ad processum* é especialmente relevante nos casos de processos coletivos, “porque no plano coletivo dá-se uma ruptura entre parte legitimada e titularidade da pretensão” (MANCUSO, 2012, p. 500).

A legitimidade para agir tem caráter eminentemente processual, pois a lei processual pode por si só “conferir legitimidade àquele que não possuir, originariamente, a titularidade do direito (é o caso do substituto processual, por exemplo)” (THIBAU, 2003, p. 53).

Observa-se da análise da substituição processual que esta só pode existir quando a lei autorizar a dissociação das legitimações para a causa (*legitimatio ad causam*) e a legitimação para o processo (*legitimatio ad processum*). (WAMBIER; TALAMINI, 2011, p. 299). Nesses casos, o legitimado, para atuar no processo, substitui o legitimado para a causa, que é aquele que tem interesses discutidos no processo, aquele sobre quem a sentença poderá causar efeitos, positivos ou negativos.

Sobre o âmbito de atuação do substituto, THIBAU esclarece que

[...] em qualquer circunstância do processo, há que se limitar o agir do substituto, ativo ou passivo, aos atos processuais a ele permitidos pela própria lei processual, uma vez que a posição que este ocupa resulta do direito processual, não do direito material (THIBAU, 2003, p. 162).

Sobre a legitimidade das partes, tem-se, portanto, ser essa condição da ação especialmente importante nos casos de processos coletivos, pois nestes há a legitimação extraordinária, que deve ser legalmente conferida para que o substituto atue em nome próprio em defesa de direito alheio.<sup>93</sup>

Quanto à possibilidade jurídica do pedido, a terceira condição da ação<sup>94</sup>, há na doutrina diferentes formas de conceituá-la.

A primeira afirma que quando o ordenamento jurídico tiver, pelo menos em tese, previsão a respeito da providência de mérito requerida pelo autor, estar-se-á diante de pedido juridicamente possível (WAMBIER; TALAMINI, 2011, p. 169).

A segunda forma afirma que haverá pedido juridicamente possível quando inexistir vedação expressa quanto ao que se pede em juízo (WAMBIER; TALAMINI, 2011, p. 170).

Há, ainda, posição que mescla as duas anteriores e conclui que em matéria de direitos “contidos na esfera do direito privado é suficiente a inexistência de vedação expressa quanto à pretensão trazida a juízo pelo autor” (WAMBIER; TALAMINI, 2011, p. 170).

## 4.2 Os direitos coletivos em sentido amplo

---

<sup>93</sup> CPC/73 “Art. 6º Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei” (BRASIL, 1973).

<sup>94</sup> A possibilidade jurídica do pedido deixou de ser considerada uma condição da ação de acordo com o art. 485, VI, do Novo Código de Processo Civil.

CPC/15 “Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

[...]

VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual” (BRASIL, 2015).

Para uma análise dessa exclusão da possibilidade jurídica do pedido como condição da ação ver CUNHA, Leonardo Carneiro. Será o fim da categoria condições da ação? Uma intromissão no debate travado entre Fredie Didier Jr. e Alexandre Freitas Câmara. Disponível em: <<http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/sera-o-fim-da-categoria-condicoes-da-acao-uma-intromissao-no-debate-travado-entre-fredie-didier-jr-e-alexandre-freitas-camara/>> Acesso em: 13 jun. 2015.

Por objetivar este estudo a verificação da possibilidade de coletivização das demandas de responsabilização dos devolventes, faz-se necessário tecer uma breve introdução aos aspectos teóricos do direito coletivo material.

Os interesses (ou direitos) coletivos (supra, meta ou transindividuais) são identificados como uma terceira categoria de direitos, situada entre os interesses privados e os públicos (LEONEL, 2013, p. 89). Esses direitos são divididos no Brasil em três tipos: difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos<sup>95</sup>.

#### **4.2.1 Da inutilidade da tipificação dos direitos coletivos**

A tripartição do direito coletivo existente no Direito pátrio é criticada por ser pouco funcional e nada acrescentar ao desejado acesso coletivo à Justiça (BUENO, 2012, p. 206). GIDI afirma, inclusive, que a diferenciação entre direitos coletivos e direitos difusos é inútil (GIDI, 2008, p. 219).

Além da pouca utilidade, tem-se que a diferenciação dos tipos de direitos coletivos é na prática extremamente complexa.

A esse respeito, ZAVASKI afirma:

Realmente, os conceitos e institutos jurídicos, concebidos, no plano teórico e para fins didáticos, em seu estado puro, nem sempre se amoldam tão harmoniosamente assim à realidade social, que é dinâmica e multiforme. O pragmatismo da vida é mais fecundo em novidades do que a capacidade intuitiva do legislador e do intérprete do direito. As situações jurídicas novas assumem, não raro, configurações insuscetíveis de ser, desde logo, conciliadas ou apropriadas por modelos preestabelecidos (ZAVASKI, 2007, p. 38 apud GIDI, 2007, p. 211).

Há, contudo, quem entenda que a solução do legislador de precisar, de conceituar, os tipos de direitos coletivos foi acertada (LEONEL, 2013, p. 91-92) e quem entenda que essa conceituação foi importante à época da edição do Código de Defesa do

---

<sup>95</sup> CDC “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum” (BRASIL, 1990b).

Consumidor (CDC), para a aplicação das leis processuais coletivas (GIDI, 2007, p. 210).

#### **4.2.2 As classificações legislativas dos direitos coletivos no Direito Brasileiro**

Apesar de entender que o melhor seria a supressão da tipificação e a adoção de um requisito de coletivização mais simples, como o da “questão comum”, como propõe GIDI (GIDI, 2008, p. 212).

##### **4.2.2.1 Direitos difusos**

Os direitos difusos são, segundo o art. 81, I do CDC<sup>96</sup>, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

A primeira característica dos direitos difusos apontada pela norma supracitada do CDC é a transindividualidade. Direitos transindividuais (também denominados “metaindividuais” ou “supraindividuais”) são aqueles que não têm como titular um indivíduo (NEVES, 2012, p. 116). O titular destes direitos é a coletividade.

Além da transindividualidade, aponta o CDC a indivisibilidade dos direitos difusos. Estes são direitos que não podem ser separados, fracionados, entre os membros que compõem a coletividade (NEVES, 2012, p. 116). Os direitos difusos não se trata da soma de interesses dos indivíduos da coletividade, e sim de direitos cuja titularidade é, de fato, da coletividade.

Ao afirmar que os direitos difusos têm como titulares pessoas indeterminadas, o CDC comete um equívoco, já que a coletividade é que é a titular desses direitos.<sup>97</sup>

---

<sup>96</sup> CDC “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” (BRASIL, 1990b).

<sup>97</sup> Com igual entendimento, DONIZETTI; CERQUEIRA e NEVES (DONIZETTI; CERQUEIRA, 2010, p. 40) (NEVES, 2012, p. 116).

Por fim, tem-se que os sujeitos integrantes da coletividade devem estar ligados por uma circunstância de fato geradora deste direito.

#### **4.2.2.2 Direitos coletivos em sentido estrito**

Os direitos coletivos em sentido estrito são, segundo o art. 81, II, do CDC<sup>98</sup>, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica de base.

Esses direitos têm como características identificadoras a transindividualidade e a indivisibilidade, do mesmo modo que os direitos difusos.

O que diferencia estes daqueles é que, enquanto o titular dos direitos difusos é a coletividade, no direito coletivo é uma comunidade, determinada por um grupo, classe ou categoria de pessoas (NEVES, 2012, p. 117).

O último elemento definidor do direito coletivo é a existência de uma relação jurídica base (a qual não se confunde com a relação jurídica controvertida objeto do processo coletivo) ligando os membros da coletividade, grupo, classe ou categoria.

#### **4.2.2.3 Direitos individuais homogêneos**

Os direitos individuais homogêneos são, segundo o art. 81, III do CDC<sup>99</sup>, os decorrentes de origem comum.

Quanto à origem comum, que, segundo o CDC, é o que definiria os direitos individuais homogêneos, cabe ressaltar que esta

---

<sup>98</sup> CDC “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

[...]

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base” (BRASIL, 1990b).

<sup>99</sup> CDC “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

[...]

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum” (BRASIL, 1990b).

[...] não significa necessariamente uma unidade factual e temporal, uma única conduta no mesmo momento gerando a lesão aos interesses, mas sim a mesma fonte e espécie de conduta ou atividade, ainda que tenha sua ocorrência postergada no tempo em mais de uma ação [...] (LEONEL, 2013, p. 101).

Há discussão na doutrina sobre a possibilidade de se considerar os direitos individuais homogêneos como tipos de direitos coletivos em sentido amplo. Esses direitos são, de fato, individuais, mas são processados coletivamente; acidentalmente coletivos, portanto.

Os individuais homogêneos são direitos que fazem parte da categoria abrangente de direitos coletivos em sentido amplo. É a coletividade desses direitos, aliás, que legitima a sua tutela por parte dos substitutos processuais indicados na Lei da Ação Civil Pública (LACP) e no CDC (ARENHART, 2013, p. 129).

A definição legal dos direitos individuais homogêneos é deficiente e insuficiente (ARENHART, 2013, p. 48). “É comum que se entenda que os direitos individuais homogêneos são aqueles caracterizados por sua similaridade em relação a outros interesses, mas não é isso, por óbvio, o que consta da regra mencionada [art. 81, III, CDC]” (ARENHART, 2013, p. 47-48).

Ressaltando a dificuldade dessas definições entre os tipos de direitos coletivos, pode-se perceber que na hipótese da coletivização da demanda de responsabilização dos devolventes não há certeza quanto ao fato de os direitos ali tratados serem de natureza coletiva em sentido estrito ou individuais homogêneos.

Muito embora as crianças e os adolescentes devolvidos sejam uma coletividade, um grupo ligado aos devolventes por uma relação jurídica base, não se pode negar a existência de uma origem comum em seus direitos: a devolução perpetrada pelos devolventes.

Percebe-se, portanto, na hipotética responsabilização dos devolventes que o direito das crianças e dos adolescentes devolvidos poderia ser considerado tanto como direito coletivo em sentido estrito quanto como direito individual homogêneo. A excessiva preocupação com a classificação, contudo, não faz, como visto, sentido. A simples aferição de se tratar de direito coletivo em sentido amplo basta para o objetivo de verificar a possibilidade de ação coletiva.

### **4.3 Ação civil pública *versus* ação coletiva como meio de tutela de direitos coletivos**

Existe entre os doutrinadores que se dedicam ao processo coletivo uma celeuma no que concerne ao nome “ação civil pública”: trata-se de sinônimo de ação coletiva ou não?

Há aqueles que distinguem ação civil pública de ação coletiva, com base na “espécie de direito tutelado (difuso e coletivo em sentido estrito, para a primeira ação; direito individual homogêneo, para a última)” (CÂNDIA, 2013, p. 127). Há aqueles que consideram que ação civil pública e ação coletiva são sinônimos (NEVES, 2012, p. 53). Defende-se, contudo, que a ação civil pública pode ser uma ação coletiva ou não.

Para buscar uma solução para esse problema de nomenclatura, deve-se, primeiramente, entender de onde veio esse nome de “ação civil pública”.

As ações podem ser divididas, de modo simples, em: cíveis e penais. A ação penal é aquela que veicula uma pretensão punitiva tipificada como crime no ordenamento jurídico. “Quanto a poder ser a ação penal de natureza pública ou privada, a razão está em quem seja o legitimado a exercê-la: o Ministério Público ou o particular ofendido” (MANCUSO, 2014, p. 19).

A nomenclatura “ação civil pública” veio como forma de diferenciar, dentre as ações propostas pelo Ministério Público, aquelas de natureza cível daquelas de natureza penal. Nessa linha, MAZZILI afirma que “a rigor, sob o aspecto doutrinário, ação civil pública é a ação de objeto não penal proposta pelo Ministério Público” (MAZZILLI, 2003, p. 73-74).

Observa-se, portanto, que a nomenclatura “ação civil pública” se deu com base na titularidade ativa do Ministério Público, ainda que a esta não tenha sua iniciativa restrita ao Ministério Público (MAZZILLI, 1990, p. 1-2).

A esse respeito, MANCUSO afirma:

“Todavia, considerando-se que em essência toda ação judicial é pública (porque proposta perante o Estado-juiz [...]), cremos que por esse critério não se consegue explicar satisfatoriamente a razão pela qual se deu o nome de “ação civil pública” àquela objeto da Lei 7.347/85. Especialmente em se considerando que a legitimação ativa, nos casos dessa lei, é “concorrente e disjuntiva”, abrangendo outras instituições e entidades, públicas e privadas, além do Ministério Público [...] (MANCUSO, 2014, p. 21).

Tem-se, portanto, que a nomenclatura surgiu em virtude da titularidade do Ministério Público, tendo sido consagrada pela doutrina e pelo legislador.<sup>100</sup>

Resta, ainda, a questão: Será a ação civil pública sinônimo de ação coletiva?

Embora haja muitos doutrinadores que entendem que a ação civil pública deve tratar necessariamente de matéria de caráter transindividual (ALCANTARA, 2007, p. 119) (ZAVASKI, 2011, p. 53-54), não é isso que de fato ocorre.

O Ministério Público tem legitimidade para atuar em favor de indivíduos singularmente considerados quando se tratar, por exemplo, de ação destinada à proteção de direitos indisponíveis de crianças e adolescentes.

A esse respeito, declina LEONEL:

Não obstante haja a possibilidade de ajuizamento, pelo Ministério Público, de ação destinada à proteção de direitos de uma criança ou adolescente individualmente considerados, é oportuno observar que: a legitimação do Ministério Público somente terá razão de ser quando relacionada a direitos ou interesses indisponíveis, inerentes à própria matéria versada tanto na Constituição Federal como no Estatuto, e não a direitos meramente patrimoniais ou disponíveis, embora a lei mencione a expressão “Ação Civil Pública”, ainda quando a demanda seja formulada para a defesa de interesse individual, a hipótese não será de demanda coletiva (LEONEL, 2013, p. 125).

Conclui-se que a ação civil pública não pode ser tratada como sinônimo de ação coletiva pois podem existir ações civis públicas em defesa de direitos individuais.<sup>101</sup> Além disso, há ações coletivas que não podem ser classificadas como ação civil pública (por exemplo, o mandado de segurança coletivo), o que reforça a diferenciação entre as espécies.

#### **4.3.1 Aspectos processuais relevantes da ação civil pública**

---

<sup>100</sup> Observe-se, inclusive, que no PL 5139/2009, que visa à disciplina da ação civil pública, os termos “ação civil pública” e “ação coletiva” são utilizados indistintamente. O inteiro teor desse projeto de lei pode ser consultado em [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=CDD4BA914465043702C70F575F5DA5B5.proposicoesWeb1?codteor=651669&filename=PL+5139/2009](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=CDD4BA914465043702C70F575F5DA5B5.proposicoesWeb1?codteor=651669&filename=PL+5139/2009).

<sup>101</sup> ECA “Art. 201. Compete ao Ministério Público:

[...]

V - promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência, inclusive os definidos no art. 220, § 3º inciso II, da Constituição Federal” (BRASIL, 1990a).



Antes de iniciar o estudo da legitimidade ativa e da coisa julgada, que juntas com a competência e a extensão dos efeitos da sentença formam o cerne do estudo da ação civil pública, são necessários alguns esclarecimentos.

A LACP compõe, juntamente com a CR/88 e o CDC, o microsistema de tutela dos direitos coletivos. Isso quer dizer que as normas constantes na LACP servem como baliza de todo um ordenamento de direito processual coletivo.

Além disso, é preciso ter em mente que existem várias ações civis públicas diferentes, no sentido em que vários diplomas legais, como o ECA, instituíram variantes de ações civis públicas (ZAVASKI, 2011, p. 53).

Apesar da variedade, essas “ações” mantiveram, na essência, a linha procedimental adotada originalmente na Lei 7.347, de 1985, que tem aplicação subsidiária para todas as demais, sendo apropriado, por isso mesmo, conferir-lhe a denominação comum de “ação civil pública” (ZAVASKI, 2011, p. 53-54).

#### ***4.3.1.1 Legitimação ativa e passiva na ação civil pública do ECA***

A fim de coadunar com o objetivo deste estudo, analisam-se, a seguir, aspectos da ação civil pública da Lei 8.069/90, isto é, do ECA, fazendo anotações nos pontos nos quais esta se difere da ação civil pública da Lei 7.347/85 (LACP).

A legitimação ativa na ação civil pública do ECA está prevista em seu artigo 210.<sup>102</sup> Essa legitimação ativa, de modo igual ao previsto na LACP, é concorrente e disjuntiva, o que quer dizer que qualquer dos legitimados previstos em lei pode agir de modo

---

<sup>102</sup> ECA “Art. 210. Para as ações cíveis fundadas em interesses coletivos ou difusos, consideram-se legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público;

II - a União, os estados, os municípios, o Distrito Federal e os territórios;

III - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por esta Lei, dispensada a autorização da assembléia, se houver prévia autorização estatutária.

§ 1º Admitir-se-á litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União e dos estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta Lei.

§ 2º Em caso de desistência ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado poderá assumir a titularidade ativa” (BRASIL, 1990a).

autônomo, independentemente da concordância ou atividade do outro (BUENO, 2012, p. 219).<sup>103</sup>

Muito embora a redação do suprarreferido artigo 210 do ECA seja extremamente clara ao listar os legitimados ativos que podem atuar em demandas que envolvem interesses coletivos ou difusos, há quem defenda que, embora não citados, seriam legitimadas ativos para propor essas ações também as pessoas jurídicas de direito público da administração indireta (LEONEL, 2013, p. 125). Essa posição se deve ao entendimento de que o ECA se integra à LACP (LEONEL, 2013, p. 125).

Refutando esse entendimento, CÂNDIA afirma:

Segundo pensamos, a LACP deve ser aplicada às relações pertinentes à infância e juventude apenas *subsidiariamente* e, ainda assim, tão somente naquilo que couber, ou seja, exclusivamente nas *omissões* do ECA, que não é o caso quando estamos analisando a legitimidade coletiva ativa (CÂNDIA, 2013, p. 237).

Por entender que a LACP deve de fato ser aplicada apenas subsidiariamente ao ECA, tem-se que as pessoas jurídicas de direito público da administração indireta e da Defensoria Pública não são legitimados ativos à ação civil pública do ECA, embora não haja motivos evidentes para o legislador não incluir esses entes no rol do artigo 210.

Embora não haja qualquer dúvida sobre a legitimidade do Ministério Público para ingressar com ação civil pública em defesa de direito indisponível de crianças e adolescentes, cabe ressaltar essa possibilidade em vista de divergência ocorrida em um julgamento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (MINAS GERAIS, 2014).

No julgamento em questão, o desembargador revisor, Afrânio Vilela, posicionou-se no sentido de que, muito embora seja “inquestionável a possibilidade de ajuizamento de demanda visando resguardar interesses individuais e indisponíveis relativos à criança” (MINAS GERAIS, 2014) em caso de responsabilização de devolventes, a

---

<sup>103</sup> Um dos aspectos mais polêmicos com relação à legitimidade ativa na ação civil pública da LACP era a respeito da legitimidade ativa da Defensoria Pública, pois, embora a LACP preveja textualmente a legitimidade deste ente em seu art. 5º, II, havia uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI 3.943/DF) proposta pela Associação Nacional do Membros do Ministério Público (CONAMP) contestando a legitimidade desse órgão. O Supremo Tribunal Federal, contudo, já julgou essa demanda e reconheceu a legitimidade ativa da Defensoria Pública para atuar nas ações civis públicas regidas pela LACP. Contudo, como a Defensoria Pública não consta do rol do artigo 210 do ECA, essa decisão do STF não altera a ação civil pública em defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes. Para as ações civis públicas em defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes a Defensoria Pública não é legitimada, pois a legitimidade extraordinária não deve ser presumida.

responsabilização destes seria em defesa de “direito individual patrimonial do menor [sic] e, portanto, disponível” (MINAS GERAIS, 2014). Concluiu o desembargador revisor pela ilegitimidade ativa do Ministério Público para atuar em defesa de crianças e adolescentes individualmente considerados nos casos de responsabilização pela devolução destes em face dos devolventes (MINAS GERAIS, 2014). O inteiro teor desse julgamento encontra-se anexado a este texto (ANEXO 1).

Esse entendimento equivocado, diga-se de passagem, não prosperou, tendo em vista que a desembargadora relatora e o desembargador vogal entenderam corretamente pela legitimidade ativa do Ministério Público, já que este, “no cumprimento de sua função de proteger, também, os interesses individuais, tem legitimidade ativa para propor a [...] Ação Civil Pública” (MINAS GERAIS, 2014).

Foi corretamente aduzido nesse caso, inclusive, que a demanda de responsabilização dos devolventes visa, em última análise, ao restabelecimento da dignidade da criança e que, em face da indisponibilidade e máxima relevância desse direito, não se poderia restringir a atuação do Ministério Público no caso concreto (MINAS GERAIS, 2014).

Deve figurar como demandado na ação civil pública aquele que tenha ocasionado ou concorrido para a lesão ao interesse que se pretenda tutelar com a referida ação. Como visto quando se tratou do elemento identificador da ação “partes”, o réu é aquele em direção a quem ou contra quem o autor formulou o pedido de tutela jurisdicional (WAMBIER; TALAMINI, 2011, p. 156).

No caso de ação civil pública de caráter coletivo,

[...] deve figurar como demandada na ação todo aquele, pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, ou ente despersonalizado mas dotado da capacidade processual, que tenha ocasionado ou concorrido para a lesão ao interesse supraindividual tutelado, e que em função disso deva ser responsabilizado (LEONEL, 2013, p. 203).

A questão da legitimidade passiva nos processos coletivos complica-se quando se trata de processos coletivos passivos, isto é, processos nos quais a coletividade encontra-se no polo passivo.

A esse respeito, declara MANCUSO:

A legitimação passiva nas ações civis públicas engendra certas dificuldades decorrentes, por um lado, da própria natureza metaindividual dos interesses judicializados, e, por outro, da aferição de quem possa se apresentar como

representante idôneo da comunidade de sujeitos imputados ao polo passivo. Assim, v.g., a questão da identificação de todos os poluidores de um rio, ou de todos os devastadores de uma floresta considerada área de preservação ecológica, ou de todos os degradadores do pantanal mato-grossense ou da floresta amazônica (MANCUSO, 2014, p. 198).

As ações coletivas passivas serão analisadas no tópico **4.4** “A ação coletiva passiva”. Antes de iniciar essa análise, torna-se necessário tecer esclarecimentos sobre a coisa julgada.

#### **4.3.1.2 Coisa julgada na ação civil pública**

Nas ações civis públicas de caráter individual, a coisa julgada não possui nenhuma especificidade ou diferença da coisa julgada usual dos processos individuais. Nestes casos, a coisa julgada é *pro et contra* com eficácia *inter partes* (isto é, a coisa julgada se forma independentemente da procedência ou não do pedido e sua eficácia alcança as partes individualmente identificadas no processo) (NEVES, 2012, p. 315). Quando se trata de coisa julgada em processo coletivo, todavia, há particularidades a serem destacadas.<sup>104</sup>

A coisa julgada coletiva é, de modo simplificado<sup>105</sup>, *secundum eventum probationis* e *secundum eventum litis* e tem eficácia *ultra partes* e *erga omnes*.

Na hipótese de ação coletiva de tutela a direito individual homogêneo, a coisa julgada formada é *secundum eventum litis*<sup>106</sup>, o que quer dizer que eventual improcedência não afeta os interesses dos indivíduos titulares do direito, que ainda poderão exercer seu direito de ação de modo individual.

---

<sup>104</sup> LACP “Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova” (BRASIL, 1985).

<sup>105</sup> Para um estudo mais completo e aprofundado da coisa julgada, recomenda-se a leitura da obra *Jurisdição coletiva e coisa julgada*, 3. ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, de Rodolfo Camargo Mancuso.

<sup>106</sup> CDC “Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:  
[...]

III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81” (BRASIL, 1990b).

Nos casos de processo coletivo que tenha por objeto direito difuso ou coletivo em sentido estrito, a coisa julgada será *secundum eventum probationis*.<sup>107</sup>

Isto é, a coisa julgada se forma nos casos de procedência do pedido. Em caso de improcedência, nova ação pode ser iniciada, desde que o autor apresente nova prova ou fato novo.

Ao explicar a coisa julgada coletiva, GIDI o faz de modo diverso de grande parte dos doutrinadores:

Rigorosamente, a coisa julgada nas ações coletivas do direito brasileiro não é *secundum eventum litis*. Seria assim, se ela se formasse nos casos de procedência do pedido e não se formasse nos casos de improcedência. Mas não é exatamente isto o que acontece. A coisa julgada sempre se formará, independentemente do resultado da demanda ser pela procedência ou improcedência. A coisa julgada nas ações coletivas se forma *pro et contra*.

O que diferirá, de acordo com o “evento da lide”, não é a formação ou não da coisa julgada, mas o rol de pessoas por ela atingidas. Enfim, o que é *secundum eventum litis* não é a **formação** da coisa julgada, mas a sua **extensão** *erga omnes* ou *ultra partes* à esfera jurídica individual de terceiros prejudicados pela conduta considerada ilícita na ação coletiva (é o que se chama de extensão *in utilibus* da coisa julgada) (GIDI, 2008, p. 288) (grifos no original).

Em caso de improcedência do pedido após instrução considerada insuficiente por falta de prova, a sentença coletiva não fará coisa julgada material. Como o grupo titular do suposto direito material não estará vinculado, o mesmo processo coletivo poderá ser reproposto por qualquer legitimado coletivo, desde que seja apresentada nova prova (GIDI, 2008, p. 289).

Essa sistemática de coisa julgada com intuito claramente protetivo da coletividade atuante no polo ativo pode acabar por motivar situações injustas com relação aos réus, os quais não terão certeza da imutabilidade da decisão tomada a seu favor.

#### **4.4 Aspectos processuais relevantes da ação coletiva passiva**

---

<sup>107</sup> CDC “Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81” (BRASIL, 1990b).

Há na doutrina quem defenda a utilização do microsistema de tutela dos direitos coletivos para amparar situações nas quais a coletividade se encontre no polo passivo da demanda e nas quais o objeto da demanda seja um “dever ou um estado de sujeição difuso, coletivo ou individual homogêneo” (NEVES, 2012, p. 463). Nesses casos, afirma-se estar diante de um processo coletivo passivo.

No processo coletivo passivo, pode-se estar diante de uma hipótese na qual a coletividade encontra-se apenas no polo passivo da demanda (*defendant class action*) ou de uma hipótese na qual existem coletividades em ambos os polos da demanda (*bilateral class actions* ou *double edged class actions*).<sup>108</sup>

É importante fazer a distinção das ações coletivas passivas das chamadas “ações coletivas às avessas”<sup>109</sup> (GIDI, 2008, p. 350), que são ações nas quais potenciais réus em futuras demandas coletivas ativas indenizatórias por danos individuais homogêneos propõem uma “demanda coletiva passiva” contra seus consumidores antes que estes proponham a sua demanda coletiva ativa (GIDI, 2008, p. 350).

Quando em uma relação jurídica de direito material “existir um dever da coletividade ou de uma comunidade, será possível falar em dever coletivo” (NEVES, 2012, p. 464). Contudo, é necessário esclarecer que o “reconhecimento de situações jurídicas passivas coletivas não é o suficiente, entretanto, para admitir em nosso sistema o processo coletivo passivo” (NEVES, 2012, p. 465).

A existência de situações de direito material nas quais uma coletividade tem um dever não está aberta a discussão. Essas situações existem de fato, por exemplo, no caso em estudo, no qual um grupo de pessoas (devolventes) ligadas a uma outra coletividade (crianças e adolescentes devolvidos) pode ser considerado responsável por prática de ato ilícito contra estas. Independentemente da classificação do direito à responsabilização como coletivo em sentido estrito ou individual homogêneo, parece claro que na hipótese da demanda acima ventilada estar-se-ia diante de uma ação coletiva dupla (*bilateral class actions*).

---

<sup>108</sup> Com igual entendimento, NEVES, LEONEL e JR-ZANETI; JR-DIDIER (NEVES, 2012, p. 465), (LEONEL, 2013, p. 207) e (JR-ZANETI; JR-DIDIER, 2008, p. 719-720).

<sup>109</sup> O mesmo entendimento pode ser observado em NEVES (NEVES, 2012, p. 464).

Contudo, a admissão da existência do direito material de dever coletivo não é suficiente para garantir a possibilidade fática da existência da ação coletiva passiva na atual realidade fática. A “tutela do direito depende de procedimentos aptos a tanto, podendo estar ou não o sistema processual preparado para as chamadas situações jurídicas coletivas passivas” (NEVES, 2012, p. 466).

Quanto à possibilidade teórica de o substituto processual estar no polo passivo da demanda, esta existe e foi examinada por THIBAU:

[...] o substituto processual é ‘parte’ na ação, e nela assume esta condição; desta forma, terá tanto o direito de ação (autor), como o de defesa (réu), consoante determina o princípio da dualidade ou bilateralidade concernente às partes do processo (THIBAU, 2003, p. 161).

Diante da possibilidade teórica da substituição do réu no polo passivo e da ausência de dispositivo regulamentador na legislação brasileira sobre este tema (já que o direito positivo brasileiro não prevê nem proíbe expressamente as demandas coletivas passivas), “resta saber se, diante do silêncio absoluto da lei, as demandas coletivas passivas são permitidas ou não em nosso ordenamento” (GIDI, 2008, p. 340).

Sobre a possibilidade de admissão dos processos coletivos no Brasil, apesar de a abalizada doutrina entender pela possibilidade destes<sup>110</sup>, a posição de GIDI parece ser a mais acertada. Este autor afirma que os processos coletivos passivos não são admitidos no Direito Brasileiro, pois não há um sistema processual adequado para processar essa demanda (GIDI, 2008, p. 345).

Segundo o autor brasileiro, a “forma pela qual as ações coletivas estão disciplinadas no direito positivo brasileiro, porém, torna difícil aceitar a propositura de ações coletivas passivas” (GIDI, 2007, p. 414).

Entre aqueles que entendem pela impossibilidade da admissão do processo coletivo passivo no direito pátrio, há dois fundamentos principais que podem sustentar essa posição: a legitimidade e a coisa julgada material (NEVES, 2012, p. 466).

A primeira questão que dificulta a aceitação do processo coletivo passivo em nosso ordenamento jurídico é a legitimidade do substituto processual passivo.

---

<sup>110</sup> Compartilham esse entendimento JR-ZANETI; JR-DIDIER e LEONEL. (JR-ZANETI; JR-DIDIER, 2008, p; 733-734) (LEONEL, 2013, p. 212).

Enquanto nas demandas coletivas ativas o réu atua sempre com legitimidade ordinária (legando a legitimidade extraordinária ao substituto, que atua apenas no polo ativo), nas demandas coletivas passivas o substituto atuará no polo passivo da demanda, sendo necessário, para tanto, que ele detenha legitimidade passiva extraordinária.

Embora haja quem acredite que a legitimidade extraordinária do substituto processual no polo passivo é possível se observada a aferição da representatividade adequada dos entes do polo passivo da demanda (MANCUSO, 2014, p. 200) esta representatividade não poderia ser verificada no sistema processual pátrio pela “ausência de um sistema de aferição *ope iudicis* para a determinação da adequada representação do legitimado [...]” (NEVES, 2012, p. 467).

Em sentido contrário a essa necessidade de aferição da legitimidade adequada, cita-se:

Seguindo o regime jurídico de toda ação coletiva, exige-se para a admissibilidade da ação coletiva passiva que a demanda seja proposta contra um “representante adequado” (legitimado extraordinário para a defesa de uma situação jurídica coletiva) e que a causa se revista de “interesse social”. Neste aspecto, portanto, nada há de peculiar na ação coletiva passiva (JR-ZANETI; JR-DIDIER, 2008, p. 720).

Ora, o argumento levantado pelos autores supracitados de que o representante adequado seria aquele legitimado extraordinário para a defesa de uma situação jurídica coletiva em nada resolve o problema, já que não há no ordenamento jurídico brasileiro previsão de legitimação extraordinária para defesa de situações coletivas.

As regras que versam sobre a legitimação extraordinária limitam-se a prever a legitimidade ativa, não se podendo concluir que os legitimados ativos teriam, também, legitimidade passiva extraordinária.<sup>111</sup>

Faz-se necessário, nesse ponto, relembrar os ensinamentos de THIBAU:

[...] em qualquer circunstância do processo, há que se limitar o agir do substituto, ativo ou passivo, aos atos processuais a ele permitidos pela própria lei processual, uma vez que a posição que este ocupa resulta do direito processual, não do direito material (THIBAU, 2003, p. 162).

O fato de o legislador ter concedido legitimação ativa extraordinária a certos entes não pode ser livremente interpretado como permissão para que estes atuem como substitutos no polo passivo de demandas coletivas.

---

<sup>111</sup> CPC/73 “Art. 6º Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei” (BRASIL, 1973).



Nesse sentido, LEONEL explica sua posição exarada na segunda edição de seu livro:

Argumentávamos, ainda, com a observação de que na tutela dos interesses metaindividuais, os dispositivos legais aplicáveis conferem legitimação somente para *agir*, figurar no polo ativo da ação. A *contrario sensu*, o legislador não concedeu a autorização para que os legitimados figurem no polo passivo da ação, defendendo interesses cujos titulares são terceiros (LEONEL, 2013, p. 209).

Muito embora o referido autor tenha mudado de opinião e agora passe a aceitar a possibilidade das ações coletivas passivas<sup>112</sup>, pode-se observar que os argumentos por ele expostos contra essa possibilidade são claros e lógicos.

No mesmo sentido, declara NEVES:

Afirma-se que as regras que versam sobre a legitimação extraordinária se limitam a prever uma legitimidade ativa, não se podendo concluir que os mesmos legitimados à propositura da ação coletiva poderiam ser também legitimados passivos em uma ação coletiva (NEVES, 2012, p. 466).

Não se pode “presumir representação ou substituição, pois os atos praticados pelo representante ou substituto poderão carrear prejuízos aos representados ou substituídos, dependendo de sua prévia e expressa anuência, ou imposição legal” (LEONEL, 2013, p. 208). Para que algum ente atue como substituto processual e responda à demanda que foi proposta contra terceiro (nesse caso, a coletividade), há necessidade de expressa autorização legal, a qual inexistente no caso de substituto processual passivo (LEONEL, 2013, p. 208), exceto nos casos de dissídios coletivos em matéria trabalhista (LEONEL, 2013, p. 209).

O próprio Superior Tribunal de Justiça já reconheceu que os substitutos que detêm a legitimidade extraordinária ativa não são portadores, por isso, da legitimidade passiva<sup>113</sup>:

O sindicato-autor tem legitimidade extraordinária constitucionalmente atribuída para representar os trabalhadores como autor da ação, na qualidade de substituto processual. Mas não a tem para representá-los como réu. Os processos coletivos passivos, ainda não regulamentados no direito brasileiro como regra geral, são admitidos apenas em hipóteses especiais (v.g. dissídios coletivos de trabalho, ações propostas contra sindicatos procurando restringir o exercício abusivo do direito de greve etc.) (BRASIL, 2010, p.10).

---

<sup>112</sup> LEONEL justifica sua mudança de entendimento dizendo que “[...] alteramos nosso posicionamento para, concordando com os argumentos apresentados na experiência forense, afirmar que as ações coletivas passiva são um fenômeno real, já existente” (LEONEL, 2013, p. 212). Entende-se, contudo, que o fato de a ação coletiva passiva ser uma realidade na prática forense não justifica teoricamente a sua aceitação em face da falta de previsão legislativa e meios adequados para processá-la.

<sup>113</sup> É, inclusive, a falta de legitimidade extraordinária passiva dos substitutos processuais uma das razões pela qual a reconvenção não é admitida nos processos coletivos ativos (LEONEL, 2013, p. 209).

A admissão do processo coletivo passivo traria, portanto, prejuízos aos substituídos, os quais teriam mitigado seu direito ao contraditório.

A respeito do contraditório e sua exigência, entende VIOLIN:

Para além de caracterizar o processo jurisdicional, o contraditório é um dos fundamentos processuais do controle judicial de políticas públicas, pois assegura que serão consideradas as razões tanto dos afetados pela política quanto dos responsáveis por sua elaboração e implementação. Não se pode controlar legitimamente uma decisão política sem que se assegure o amplo e robusto exercício do contraditório (VIOLIN, 2013, p. 181).

Assim, demonstrado que do ponto de vista da legitimidade passiva o processo coletivo passivo não pode ser admitido no Direito Brasileiro, resta verificar a questão da coisa julgada e seus problemas em relação à hipótese de admissão do processo coletivo passivo.

Segundo a doutrina dominante, a coisa julgada nos processos coletivos ativos é *secundum eventum litis e secundum eventum probationis*. Isto é, a coisa julgada material se forma apenas quando em favor do autor. Caso o resultado da demanda seja contrário aos interesses do autor, há a possibilidade de ingresso com ações individuais com mesmo pedido e mesma causa de pedir contra o mesmo réu (*secundum eventum litis*) ou há, ainda, a possibilidade de nova demanda entre as mesmas partes, com o mesmo pedido, desde que haja fato novo.

A fim de que uma ação coletiva passiva “possa ser efetiva no Brasil, a sua coisa julgada deve ser vinculante independentemente do resultado da demanda” (GIDI, 2007, p. 415).

Sobre o problema da coisa julgada *secundum eventum litis* nos processos coletivos passivos, NEVES assevera:

A corrente doutrinária crítica à adoção do processo coletivo passivo explica que, não podendo a coisa julgada coletiva prejudicar o indivíduo, não teria sentido um processo dessa espécie, já que a procedência não vincularia os indivíduos, que só poderiam ser atingidos pela coisa julgada na hipótese de improcedência. Afirma-se que, sendo assim, o processo coletivo seria inútil, porque somente teria eficácia se o pedido fosse julgado improcedente. (NEVES, 2012, p. 468)

Para que uma demanda coletiva passiva possa ser minimamente efetiva, a coisa julgada nela produzida deveria, necessariamente, vincular os membros do grupo-réu, independentemente do resultado da demanda (GIDI, 2008, p. 344).

Observe-se que a discussão sobre a coisa julgada no processo coletivo tem ligação direta com a discussão anteriormente apresentada sobre a legitimidade extraordinária passiva nas ações dessa natureza.

Veja-se. A “posição restritiva quanto ao cabimento da ação coletiva passiva tem como premissa, entre outras coisas, a preocupação quanto à imposição de soluções judiciais à coletividade que não participou de determinada ação [...]” (LEONEL, 2013, p. 211). Para que fosse legítima a vinculação obrigatória do réu coletivo à decisão que fosse contrária aos seus interesses, seria necessária uma legitimação extraordinária passiva expressamente identificada na lei e o substituto deveria ser avaliado de modo a garantir a adequada representação dos interesses da coletividade por ele substituída.

No caso da existência da legitimidade extraordinária passiva, deveria o substituto ser avaliado quanto à adequada representação do réu, de modo a garantir a melhor defesa possível. Dessa forma, o indivíduo, mesmo sem ter participado diretamente do processo, não teria do que reclamar pois sua atuação não “seria de modificar o seu resultado, considerando que a defesa de seus direitos foi tão plena quanto teria sido se realizada pelo próprio indivíduo” (NEVES, 2012, p. 469).

Apesar de correto o raciocínio, entende-se que não se pode afirmar que o indivíduo nada teria a reclamar, pois caso a demanda fosse julgada de forma desfavorável ao seu interesse ele sempre poderia questionar sobre como a sua participação teria influenciado no resultado da demanda e não, como poderia se pensar de forma teórica, analisar a situação de racionalmente e se entender derrotado.

É de suma importância registrar o entendimento de parte da doutrina nacional que entende ser viável a propositura de demandas coletivas passivas. Os doutrinadores que defendem essa posição aduzem que na praxis forense essas ações já vêm sendo aceitas, independentemente de expressa previsão legal.<sup>114</sup>

Por entender que não é uma prática forense equivocada que seria capaz de legitimar as ações coletivas passivas, firma-se entendimento de que as ações coletivas passivas não são, de *lege lata*, possíveis no Direito Brasileiro.

---

<sup>114</sup> Como exemplo dessa posição tem-se LEONEL (LEONEL, 2013, p. 210).

De *lege ferenda*<sup>115</sup>, isto é, caso uma lei fosse editada prevendo a possibilidade das demandas coletivas passivas, outros problemas poderiam surgir, por exemplo, a extinção de associações com o objetivo de impedir a propositura dessas ações (GIDI, 2007, p. 415). Não cabe neste estudo verificar as possíveis implicações de uma lei futura.

Analisa-se, na sequência, as limitações à coletivização, para, em seguida, apresentar o caso concreto da coletivização das demandas de responsabilização dos devolventes.

#### **4.5 Limitações à coletivização dos processos**

Muito embora a coletivização de demandas tenha o condão de possibilitar uma desejável celeridade e uniformidade no provimento jurisdicional, também é certo que ela tem suas limitações. “Há casos em que, em que pese suas vantagens, ela não poderá ser empregada” (ARENHART, 2013, p. 217).

Além da questão relativa à capacidade de representação adequada da coletividade (ARENHART, 2013, p. 217), tem-se como outro limite à coletivização das demandas o grau de homogeneidade das questões a serem analisadas no procedimento coletivo.

Ainda que a discussão da legitimidade seja mais complexa e, por isso, mais difícil de resolver, o problema do grau de coletivização pode ser mais facilmente resolvido com a coletivização de parte das questões que compõem o objeto da ação.

A esse respeito, ARENHART informa que

---

<sup>115</sup> Vale ressaltar que o Código Modelo Ibero-Americano regulamenta as ações coletivas passivas nos seus artigos 35 a 38.

**Art. 35.** Ações contra o grupo, categoria ou classe – Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado, nos termos do parágrafo 2º do artigo 2º deste código, e desde que o bem jurídico a ser tutelado seja transindividual (artigo 1º) e se revista de interesse social.

**Art. 36** – Coisa julgada passiva: interesses ou direitos difusos – Quando se tratar de interesses ou direitos difusos, a coisa julgada atuará *erga omnes*, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe.

**Art. 37.** Coisa julgada passiva: interesses ou direitos individuais homogêneos - Quando se tratar de interesses ou direitos individuais homogêneos, a coisa julgada atuará *erga omnes* no plano coletivo, mas a sentença de procedência não vinculará os membros do grupo, categoria ou classe, que poderão mover ações próprias ou defender-se no processo de execução para afastar a eficácia da decisão na sua esfera jurídica individual.

Parágrafo único – Quando a ação coletiva passiva for promovida contra o sindicato, como substituto processual da categoria, a coisa julgada terá eficácia *erga omnes*, vinculando individualmente todos os membros, mesmo em caso de procedência do pedido.

**Art. 38** – Aplicação complementar às ações passivas – Aplica-se complementariamente às ações coletivas passivas o disposto neste Código quanto às ações coletivas ativas, no que não for incompatível” (GIDI, 2008, p. 338).

[...] em uma demanda que vise a responsabilização prática de certa conduta ilícita, é possível que a demanda coletiva se limite a estabelecer a efetiva ilicitude da prática verificada, ou a culpa pela prática da conduta, ou que possa ir adiante, dependendo do grau de homogeneidade das questões presentes (ARENHART, 2013, p. 157).

Essa possibilidade de coletivizar apenas uma parte da lide é conhecida no Direito Estadunidense como “ação coletiva parcial” (*issue class action*). Segundo GIDI, “quando uma parte da controvérsia coletiva puder ser julgada coletivamente e a outra não, pode-se restringir a ação coletiva àqueles aspectos da controvérsia que permitem o julgamento coletivo” (GIDI, 2007, p. 205).

Estando adequadamente fixadas as bases nas quais se pode analisar a possibilidade de coletivização das demandas de responsabilização dos devolventes, passa-se à análise da possibilidade de coletivização nesse caso concreto.

#### **4.6 Da (im)possibilidade de coletivização das demandas de responsabilização contra os devolventes**

A fim de analisar a possibilidade de coletivização da demanda de responsabilização dos devolventes, procede-se à análise dos aspectos processuais relevantes dessa hipotética demanda coletiva: partes, causa de pedir, pedido, interesse processual, legitimidade das partes e possibilidade jurídica do pedido – ou seja, os elementos da possível ação e as condições que precisam ser atendidas neste caso.

Na hipótese de demanda coletiva visando à responsabilização dos devolventes, ter-se-ia como autor a coletividade de crianças e adolescentes, adotandos e adotados, devolvidos. Esta coletividade poderia ser substituída processualmente por qualquer dos legitimados ativos constantes do artigo 210 do ECA<sup>116</sup>, os quais seriam também, como visto, considerados partes na ação.

---

<sup>116</sup> ECA “Art. 210. Para as ações cíveis fundadas em interesses coletivos ou difusos, consideram-se legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público;

II - a União, os estados, os municípios, o Distrito Federal e os territórios;

III - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por esta Lei, dispensada a autorização da assembleia, se houver prévia autorização estatutária” (BRASIL, 1990a).

Quanto ao polo passivo dessa ação coletiva hipotética, tem-se que ele seria ocupado pelos devolventes, pessoas que devolveram criança e adolescentes adotandos e adotados que estavam sob sua guarda provisória ou definitiva, respectivamente.

Como o polo passivo dessa demanda hipotética seria ocupado por uma coletividade, esta deveria ser substituída por um legitimado o que, como já visto, não seria possível.<sup>117</sup>

Analisa-se, a seguir, de maneira mais detida a impossibilidade de substituição dos devolventes nessa demanda hipotética a frente.

Outro elemento identificador da ação com peculiaridades no caso dessa demanda coletiva hipotética é a causa de pedir.

Observe-se que o direito deste grupo pode ser considerado coletivo em sentido estrito pois caso a responsabilidade dos devolventes fosse declarada estar-se-ia diante de um direito de natureza indivisível (já que influenciaria a todos do grupo de maneira indistinta). Além disso, a coletividade titular do direito à responsabilização poderia ser considerada como todo o grupo, o qual está ligado com a parte contrária por uma relação jurídica de base.

Apesar dessa possibilidade da classificação da causa de pedir como coletiva, os indivíduos componentes do polo ativo da ação hipotética – crianças e adolescentes adotandos e adotados devolvidos – têm direito decorrente de origem comum. Isto é, o direito deles se originou do fato da devolução, comum a todos.

Independentemente da tipificação do direito do autor, tem-se que se trata de um direito coletivo em sentido amplo, não havendo repercussão relevante à indefinição sob sua natureza coletiva em sentido estrito ou individual homogênea<sup>118</sup>, como visto no tópico **4.2.1 “Da inutilidade da tipificação dos direitos coletivos”**.

No caso da hipotética ação coletiva responsabilizatória dos devolventes, o pedido poderia variar, dependendo do entendimento do autor da demanda.

Poderia a demanda coletiva ter o intuito de apenas estabelecer a ilicitude do ato de devolver crianças e adolescentes adotandos e adotados perpetrado pelos devolventes,

---

<sup>117</sup> Análise realizada no tópico 4.4. “Aspectos processuais relevantes da ação coletiva passiva”.

<sup>118</sup> Como visto no tópico 4.2.1 “Da inutilidade da tipificação dos direitos coletivos”.

assim como poderia a demanda coletiva, também, fixar a responsabilidade dos devolventes de arcarem com alimentos aos devolvidos, bem como estabelecer a existência de dano moral e material.

Importante ressaltar também a possibilidade do pedido de dano moral coletivo<sup>119</sup> nessa hipotética demanda coletiva.

Tanto os alimentos quanto o dano moral individual e o dano material deveriam ser arbitrados posteriormente, em ações individuais, as quais levariam em conta a situação fática de cada caso.

Deveriam ser analisados no processo individual o tempo de convívio com a criança ou com o adolescente antes da devolução e a possibilidade material dos devolventes em arcar com a condenação (necessária para o cálculo dos alimentos, que, como sabido, são deferidos a partir da análise do binômio necessidade-possibilidade), entre outros fatores.

É importante esclarecer que a necessidade de ação individual posterior não diminui a importância da tutela coletiva prévia já que nessas ações individuais posteriores (caso a demanda coletiva tivesse estabelecido a responsabilidade dos devolventes e que eles deveriam arcar com alimentos e danos morais e materiais) não se discutiria a ilicitude do ato perpetrado pelos devolventes ou a possibilidade de deferimento de alimentos e danos morais.

Os processos individuais, nesses casos concretos, se assemelhariam, inclusive, a uma execução na qual apenas os valores e o alcance da condenação prévia seriam devidos.

Quanto às condições para a hipotética ação de coletivização da responsabilidade dos devolventes, tem-se que o interesse processual (definido pelo binômio necessidade-utilidade) é evidente, pois o provimento judicial é necessário para possibilitar a responsabilização dos devolventes e útil, já que essa responsabilização se refletiria na condenação destes em pagar alimentos e em prever os danos morais e materiais aos componentes do grupo autor.

---

<sup>119</sup> O dano moral coletivo não se reduz à soma dos danos morais dos indivíduos que formam a coletividade. Este dano moral é configurado quando o patrimônio valorativo de uma coletividade ou comunidade é agredido do ponto de vista jurídico. Para um estudo mais aprofundado do tema, recomenda-se a leitura da obra *Danos extrapatrimoniais coletivos* de Tatiana Magalhães Florence. Com posição contrária à possibilidade de existência do dano moral coletivo tem-se a posição de ZAVASKI (ZAVASKI, 2011, p. 40-43).

Da análise da legitimidade nessa hipotética demanda coletiva de responsabilização dos devolventes, tanto do autor quanto do réu, pode-se verificar:

- Quanto à legitimidade do autor – no caso, o grupo de crianças e adolescentes devolvidos – não haveria peculiaridade alguma que dificultasse a possibilidade da ação coletiva hipotética.
- Desde que substituídos por algum dos entes constantes do rol do art. 210 do ECA, haveria legitimidade extraordinária destes para atuar em nome próprio em defesa dos direitos do grupo autor.
- É na legitimidade do réu que se encontraria o empecilho à possibilidade da hipotética ação coletiva.

Como visto, não há no ordenamento jurídico pátrio, previsão para substituição processual no polo passivo. Por se tratar de caso de legitimação extraordinária, a falta dessa previsão legal verdadeiramente impede a legitimação de algum ente para defender os interesses do grupo ocupante do polo passivo. Assim, resta impossibilitada a formação da hipotética ação coletiva passiva nesta matéria.

A possibilidade jurídica do pedido é tema ligado ao direito material<sup>120</sup> tutelado, ficando patente que ao devolver uma criança (ou um adolescente) que foi anteriormente buscada para ser adotada praticam os devolventes ato ilícito, que gera danos a essa criança (ou esse adolescente).

Ressalte-se que, independentemente da extensão do pedido (caracterização da devolução como ato ilícito ou condenação dos devolventes a arcar com alimentos e danos moral e material), haveria a possibilidade jurídica embasando a hipotética ação.

Enfim, consoante as condições e os elementos da ação anteriormente analisados tem-se que a coletivização das demandas de responsabilização contra os devolventes não é possível no ordenamento jurídico brasileiro atual em face da impossibilidade de o grupo réu (os devolventes) ser devidamente substituído por algum ente para defender seus direitos no polo passivo da ação, visto não haver ainda previsão expressa em lei para tal situação.

---

<sup>120</sup> Conforme explicitado no tópico 3.8 “Responsabilização civil decorrente da devolução”.



A impossibilidade da coletivização dessa demanda hipotética se dá, portanto, pela impossibilidade de aceitar demandas coletivas passivas no Brasil com base na legislação que hoje se coloca para o intérprete.

Vale ressaltar, ainda, que, de todas as condições e de todos os elementos da ação hipotética analisados, apenas a legitimidade passiva apresentou problemas que justificam a conclusão da impossibilidade da coletivização da demanda em estudo.

Se acaso a questão da legitimidade do substituto passivo fosse resolvida por meio da edição de uma lei que disciplinasse a ação coletiva passiva no País não haveria qualquer obstáculo à desejada coletivização da demanda de responsabilização dos devolventes.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Com a promulgação da CR/88, o direito da criança e do adolescente passou a ser prioridade absoluta da família, da sociedade e do Estado. A denominação “menor” foi substituída por “criança e adolescente”. Essa mudança tem grande poder simbólico, pois não mais se considera a criança e o adolescente pessoas “menores” (em direitos e status social) que as outras.

A criança e o adolescente deixam de ser objeto de prestação assistencial e passam a ser sujeitos de direito.

A CR/88 extinguiu as diferenças entre os chamados “filhos legítimos” e “filhos adotados” e vedou qualquer forma de discriminação na filiação, seja ela biológica ou afetiva.

Para regulamentar o art. 227 da CR/88 foi promulgado, em 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual reforçou a ideia de que a criança e o adolescente são pessoas em desenvolvimento, buscando sempre o amparo mais completo possível para eles.

Estabeleceu o ECA sua finalidade social e a proteção integral às crianças e aos adolescentes. Essa proteção integral pode ser percebida de várias formas na disciplina da adoção, por exemplo a determinação de que somente será deferida a adoção quando ela apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.

Em 2009, foi promulgada a Lei 12.010, a qual acrescentou ao ECA diversos dispositivos relativos à adoção, buscando aperfeiçoar o direito à convivência familiar da criança e do adolescente e priorizando a manutenção e reintegração da família natural ou extensa.

A adoção no ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo é uma modalidade de colocação da criança ou do adolescente adotando em família substituta, sendo o instituto de natureza excepcional e irrevogável.

A adoção tem como principal efeito a formação do vínculo de filiação entre adotando e adotado, que passam a ser, então, pai/mãe e filho/filha. Todos os demais efeitos (direito a alimentos, rompimento dos vínculos com a família biológica etc.) são decorrentes

desse vínculo de filiação, que em nada se difere do vínculo de filiação entre pais biológicos e seus filhos.

Mesmo sendo a adoção irrevogável e não podendo os adotantes dar fim ao período de estágio de convivência ao seu bel-prazer, há crianças e adolescentes que são devolvidos aos abrigos.

Em uma interpretação simples do texto legal, ao analisar a irrevogabilidade da adoção, pode-se pensar que essas devoluções poderiam ser recusadas pelo Poder Judiciário. Ora, o adotante que procura devolver o adotado demonstra total inaptidão para a adoção e incompatibilidade com a natureza da medida adotiva, sendo correta, portanto, a revogação da guarda.

Mesmo nos casos em que a devolução ocorre depois de findo o procedimento adotivo, a criança/adolescente deve ser retirada da convivência de quem a procurou restituir ao abrigo por não ser razoável deixar uma criança, ou um adolescente, em um ambiente na qual ela não é desejada e respeitada.

Entende-se que há problemas familiares com filhos, independentemente de estes serem adotivos ou biológicos. Como não se pode expulsar os filhos biológicos de casa por qualquer que seja o motivo, também não é lícito aos adotantes devolverem seus filhos adotivos.

Para a averiguação da existência de responsabilidade civil por parte dos devolventes, faz-se necessário estabelecer o dano, o nexo causal e a existência de ato ilícito. Pelo fato de a devolução das crianças e adolescentes adotandos e adotados causar repercussões emocionais e patrimoniais, patente é a existência do dano. O nexo causal entre o ato de devolver criança e adolescente e o dano também é palpável. Como o adotante, ao devolver o adotando ou adotado, viola o direito destes à convivência familiar, à dignidade e ao respeito, tem-se configurada a prática de ato ilícito pelos adotantes.

Concluiu-se, portanto, que nos casos de adoção há, sim, possibilidade de responsabilização civil dos devolventes.

Essa responsabilização civil dos devolventes é feita, hoje, por meio da ação civil pública, cujo autor é, em regra, o Ministério Público.

Embora seja, por vezes, utilizada como sinônimo de “ação coletiva”, a ação civil pública pode ser coletiva ou individual. Nos casos em que o Ministério Público age em prol de um único indivíduo vulnerável (como por exemplo uma criança) o instrumento utilizado é a ação civil pública, que é, nesse caso, uma ação individual.

A fim de possibilitar maior acesso à Justiça às crianças e aos adolescentes adotados e adotados devolvidos, procurou-se verificar a possibilidade de a responsabilização dos devolventes ser coletivizada.

Com base na análise das ações coletivas passivas no ordenamento jurídico pátrio, conclui-se que, muito embora seja possível verificar a existência de dever coletivo, os processos coletivos passivos ainda não estão regulamentados no Direito Brasileiro e que não há um sistema processual adequado para processar essa demanda.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCÂNTARA, Fábio Bonomo. *Tutela de urgência ambiental na ação civil pública*. Leme: JH Mizuno, 2007. 236 p.

AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 6. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. 1139 p.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. 396 p.

ARIÈS, Philippe. *História Social da criança e da família* Tradução de Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2012. 196 p. Título original: *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime*.

AZEVEDO, Solange. O segundo abandono: Tornam-se comuns casos de crianças adotadas e, depois devolvidas. E a Justiça não sabe como lidar com esse problema. ISTOÉ independente, [S.l.], 14 out. 2011. ISTOÉ comportamento. Disponível em: <[http://www.istoe.com.br/reportagens/168178\\_O+SEGUNDO+ABANDONO](http://www.istoe.com.br/reportagens/168178_O+SEGUNDO+ABANDONO)> Acesso em: 09 mai. 2015

BIONDI, Eduardo Abreu. Teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil. [S.l.: s.n.], 2008. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9793-9792-1-PB.pdf>> Acesso em: 9 mai. 2015.

BOCHNIA, Simone Franzoni. *Da adoção: categorias, paradigmas, e práticas do direito de família*. Curitiba: Juruá, 2010. 320 p.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 6. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. 1139 p.

BRAGON, Rayder. Justiça condena casal a indenizar adolescente adotado e depois devolvido a abrigo. *UOL notícias*, Belo Horizonte, 24 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/noticias/article.php?storyid=185> > Acesso em: 09 mai. 2015.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, RJ, 16 jul. 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em: 30 jan. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 06 out. 1988. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 30 jan. 2015.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, RJ, 10 nov. 1937. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm)>. Acesso em: 30 jan. 2015.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. Diário Oficial da União. Registrada na Secretaria de Estado dos Negócios do Império do Brasil a fls. 17 do Liv. 4º de Leis, Alvarás e Cartas Imperiaes. Rio de Janeiro em 22 de Abril de 1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em: 30 jan. 2015.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial União. Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 30 jan. 2015.

BRASIL. Lei nº 12.852, de 5 de agosto de 2013. Institui o Estatuto da Juventude e dispõe sobre os direitos dos jovens, os princípios e diretrizes das políticas públicas de juventude e o Sistema Nacional de Juventude - SINAJUVE. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 05 ago. 2013. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12852.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12852.htm)>. Acesso em: 30 jan. 2015.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 05 jan. 1916. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L3071.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm)>. Acesso em: 30 jan. 2015.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 13 jun. 2015.

BRASIL. Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979. Institui o Código de Menores. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 11 out. 1979. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/l6697.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6697.htm)>. Acesso em: 30 jan. 2015.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 27 set. 1990a. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 30 jan. 2015.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 25 jul. 1985. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm)>. Acesso em: 15 jun. 2015.

BRASIL, Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 20 out. 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm)>. Acesso em: 15 jun. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Diário Oficial da União Brasília, DF, 24 jan. 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm)>. Acesso em: 15 jun. 2015.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 19 set. 1946. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)>. Acesso em: 15 jun. 2015.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 16 jul. 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em: 15 jun. 2015.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 12 set. 1990b. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm)> Acesso em: 23 mai. 2015.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2004.

BRASIL. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 13 jun. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo civil. Recurso especial. Ação coletiva ajuizada por sindicato na defesa de direitos individuais homogêneos de integrantes da categoria profissional. Apresentação, pelo réu, de pedido de declaração incidental, em face do sindicato-autor. Objetivo de atribuir eficácia de coisa julgada à decisão quanto à extensão dos efeitos de cláusula de quitação contida em transação assinada com os trabalhadores. Inadmissibilidade da medida, em ações coletivas. Recurso Especial nº 1.051.302. Fundação Sistel de Seguridade Social versus Sindicato dos Trabalhadores em Empresas de Telecomunicações. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Brasília, Acórdão de 28 de abr. 2010. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=5791441&num\\_registro=200800882108&data=20100428&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=5791441&num_registro=200800882108&data=20100428&tipo=5&formato=PDF)> Acesso em: 21 mai. 2015.



BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: direito processual público, direito processual coletivo*. vol 2, tomo III. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

CABRAL, Themys. Desistência de adoção dá processo. *Gazeta do Povo*, [S.l.], 07 mai. 2009. Vida e Cidadania. Disponível em: < <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/desistencia-de-adocao-da-processo-blg3pnh9r8wl2264asmkjcdou> > Acesso em: 09 mai. 2015.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, 656 p.

CÂNDIA, Eduardo. Legitimação ativa na ação civil pública. Série processo coletivo, comparado e internacional. Coord. Antonio Gidi. Salvador: Editora JusPodivm, 2013. 357p.

CARVALHO, Dimas Messias de. *Adoção e guarda*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. 176 p.

CASTRO, Flávia Lages de. *História do Direito: Geral e Brasil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014. 577 p.

COSTA, Epaminondas da. Estágio de convivência, “devolução” imotivada em processo de adoção de criança e adolescente e reparação por dano moral e/ou material. [S.l.: s. n], 2009. p. 10. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/infanciahome\\_c/adocao/Doutrina\\_adocao/Tese%20-%20Devolu%C3%A7%C3%A3o%20Imotivada.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/infanciahome_c/adocao/Doutrina_adocao/Tese%20-%20Devolu%C3%A7%C3%A3o%20Imotivada.pdf)> Acesso em: 09 mai. 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro. Será o fim da categoria condições da ação? Uma intromissão no debate travado entre Fredie Didier Jr. e Alexandre Freitas Câmara. Disponível em: <<http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/sera-o-fim-da-categoria-condicoes-da-acao-uma-intromissao-no-debate-travado-entre-fredie-didier-jr-e-alexandre-freitas-camara/>> Acesso em: 13 jun. 2015.

DE CARLOS, Aline Vidal. A (ir)responsabilidade civil do adotante em relação à devolução do adotando: exame da jurisprudência dos tribunais de Santa Catarina, Mato

Grosso do Sul e Minas Gerais, entre os anos de 2010 e 2012, e os casos de sua admissibilidade. 2014. 64 f. (Trabalho de Conclusão de Curso) – Faculdade de Direito, Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, Criciúma, 2014. Disponível em: <<http://repositorio.unesc.net/bitstream/handle/1/2723/Aline%20Vidal%20de%20Carlos.pdf?sequence=1>> Acesso em 09 mai. 2015.

DE CARLOS, Aline Vidal. *A (ir)responsabilidade civil do adotante em relação à devolução do adotando: exame da jurisprudência dos tribunais de Santa Catarina, Mato Grosso do Sul e Minas Gerais, entre os anos de 2010 e 2012, e os casos de sua admissibilidade*. 2014. 64 f. (Trabalho de Conclusão de Curso) – Faculdade de Direito, Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, Criciúma, 2014. Disponível em: <<http://repositorio.unesc.net/bitstream/handle/1/2723/Aline%20Vidal%20de%20Carlos.pdf?sequence=1>> Acesso em 09 mai. 2015.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com: Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens) : Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, 717 p.

DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Curso de processo coletivo*. São Paulo: Atlas, 2010.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Direitos da criança e do adolescente*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. 431 p.

FRANZOLIN, Cláudio José. *Danos existenciais à criança decorrentes de sua devolução à justiça pelos guardiões ou pelos pais*. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, XIX, 2010, Fortaleza. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 8256-8279. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/Integra.pdf>> Acesso em: 9 mai. 2015.

GHIRARDI, M. L. A. M. A devolução de crianças adotadas: ruptura do laço familiar. *Revista Brasileira de Medicina: Psicologia em Pediatria*, São Paulo, v. 2, n. 45, p. 66-70, abr. 2009. Disponível em: <[http://www.moreirajr.com.br/revistas.asp?fase=r003&id\\_materia=3988](http://www.moreirajr.com.br/revistas.asp?fase=r003&id_materia=3988)> Acesso em: 09 mai. 2015.

GHIRARDI, Maria Luiza de Assis Moura. O impossível da maternidade em um caso de devolução da criança a ser adotada: interface entre a infertilidade e a feminilidade. In: III CONGRESSO INTERNACIONAL DE PSICOPATOLOGIA FUNDAMENTAL E IX CONGRESSO BRASILEIRO DE PSICOPATOLOGIA FUNDAMENTAL, 2008, Niterói, [Mesa Redonda]. [S.l.: s.n.], 2008. p. 9. Disponível em: <[http://www.psicopatologiafundamental.org/uploads/files/iii\\_congresso/mesas\\_redonda\\_s/o\\_impossivel\\_da\\_maternidade.pdf](http://www.psicopatologiafundamental.org/uploads/files/iii_congresso/mesas_redonda_s/o_impossivel_da_maternidade.pdf)> Acesso em 09 mai. 2015.

GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: RT, 2007.

GIDI, Antonio. *Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2008. 500p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2005.

JESUS, Mauricio Neves. *Adolescente em conflito com a lei: prevenção e proteção integral*. São Paulo: Servanda Editora, 2006. 224 p.

JR-ZANETI, H.; JR-DIDIER, F. Processo coletivo passivo. Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar, v. 11, n. 2, p. 719-736, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://revistas.unipar.br/juridica/article/viewFile/2772/2066>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. 507p.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Guarda. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. 1139 p.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. 1269 p.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/1985 e legislação complementar*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. 523 p.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. 622p.

MATTOS, M; P.; HERNANDES, M. A.F.; ELOY, C. B. *Adoção e devolução: a criança devolvida*. In: IV CONGRESSO DE PSICOLOGIA DA UNIFIL, 2011, Londrina, [Anais]. [S.l.: s.n.], 2011, p. 13. Disponível em: <[http://www.unifil.br/portal/arquivos/publicacoes/paginas/2011/6/331\\_344\\_publipg.pdf](http://www.unifil.br/portal/arquivos/publicacoes/paginas/2011/6/331_344_publipg.pdf)> > Acesso em: 09 mai. 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A ação civil pública no Estatuto da Criança e do Adolescente*. 1990. p. 6. Disponível em: < <http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/acpnoeca.pdf>> Acesso em 06 jun. 2015

MÉNDEZ, Emilio García. *Infância e Cidadania na América Latina*. Tradução de Ângela Maria Tijiwa. São Paulo: HUCITEC, Instituto Ayrton Senna, 1998.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - INDENIZAÇÃO - DANO MATERIAL E MORAL – ADOÇÃO - DESISTÊNCIA PELOS PAIS ADOTIVOS - PRESTAÇÃO DE OBRIGAÇÃO ALIMENTAR - INEXISTÊNCIA - DANO MORAL NÃO CONFIGURADO - RECURSO NÃO PROVIDO. - Inexiste vedação legal para que os futuros pais desistam da adoção quando estiverem com a guarda da criança. - O ato de adoção somente se realiza e produz efeitos a partir da sentença judicial, conforme previsão dos arts. 47 e 199-A, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Antes da sentença, não há lei que imponha obrigação alimentar aos apelados, que não concluíram o processo de adoção da criança. - A própria lei prevê a possibilidade de desistência, no decorrer do processo de adoção, ao criar a figura do estágio de convivência. - Inexistindo prejuízo à integridade psicológica do indivíduo, que interfira intensamente no seu comportamento psicológico causando aflição e desequilíbrio em seu bem estar, indefere-se o pedido de indenização por danos morais. Apelação Cível 1.0481.12.000289-6/002. Ministério Público do Estado de Minas Gerais versus Wanderley Nunes da Silveira e Rosângela Rosaria

Machado Silveira. Relatora Desembargadora Hilda Teixeira da Costa. Belo Horizonte, 25 ago. 2014. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=7&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=devolu%20E7%E3o%20crian%20E7a%20ado%20E7%E3o&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%20E7a%20cadas%20cadas%20cadas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>> Acesso em 25 mai. 2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. AÇÃO CIVIL PÚBLICA - INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS E MATERIAIS - ADOÇÃO - DEVOLUÇÃO DO MENOR - RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS ADOTIVOS CONFIGURADA. Tendo os pais adotivos abandonado o menor, devolvendo-o ao abrigo, não tendo demonstrado sequer um mínimo de esforço para reaproximarem da criança, patente o dever de indenizar, não só porque o filho foi privado do convívio de seus pais mas, primordialmente, de sua irmã de sangue de quem sente muita saudade. Negligenciando os requeridos na criação e educação do adotado, mormente, por terem ciência de que a adoção somente foi concedida, para possibilitar o convívio irmãos, ferindo, assim, o princípio constitucionalmente assegurado, da dignidade da pessoa humana, cabe-lhes indenizar a criança pelos danos sofridos. Apelação Cível 1.0702.09.568648-2/002. Mirian de Paula Silva e Outro(a)(s) versus Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relatora Desembargadora Teresa Cristina da Cunha Peixoto. Belo Horizonte, 16 dez. 2011. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=13&totalLinhas=53&paginaNumero=13&linhasPorPagina=1&palavras=devolu%20E7%E3o%20crian%20E7a&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%20E7a%20cadas%20cadas%20cadas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>> Acesso em: 21 mai. 2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS E MATERIAIS - ADOÇÃO - DEVOLUÇÃO DE MENOR - RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADOTANTES - ALIMENTOS INDENIZATÓRIOS - TUTELA ANTECIPADA - REQUISITOS - AUSÊNCIA. - Ausentes os requisitos do art.273, do CPC, deve ser mantida inalterada a

decisão que indeferiu o pedido de fixação de alimentos indenizatórios, a serem pagos pelos ex-adotantes, em favor de criança devolvida ao abrigo. - Recurso desprovido. Agravo de Instrumento-Cv 1.0024.11.022555-4/001. Ministério Público do Estado de Minas Gerais versus G.M.F. e outro(a)(s). Relator Desembargador Eduardo Andrade. Belo Horizonte, 27 jan. 2012. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=12&totalLinhas=53&paginaNumero=12&linhasPorPagina=1&palavras=devolu%E7%E3o%20crian%E7a&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%Eancias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>> Acesso em 21 mai. 2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ADOÇÃO - NÃO CONCLUÍDA – DEVOLUÇÃO DO MENOR – DOENÇA HEREDITÁRIA - LIMINAR - EXISTÊNCIA DE VÍNCULO FAMILIAR - - PRESENÇA DO FUMUS BONI IURIS E DO PERICULUM IN MORA - - RECURSO - PROVIDO.

- Não há dúvidas de que a convivência pelo período de mais de dois anos entre o menor e os agravados, resultou em um vínculo familiar com o menor, interrompido apenas em decorrência do fato de este apresentar uma doença hereditária no sistema nervoso central.

- Contudo não se pode desconhecer que se manteve o vínculo sócio-afetivo, de modo que, embora não tenham os agravados vínculo de consanguinidade com o menor, tem a obrigação de arcar com os alimentos provisionais, que lhe são devidos. Agravo de Instrumento-Cv 1.0481.12.000289-6/001. Ministério Público do Estado de Minas Gerais versus Wanderlei Nunes da Silveira e Rosangela Rosaria Machado Silveira. Relatora Desembargadora Hilda Teixeira da Costa. Belo Horizonte, 31 out. 2012. Disponível em:

<<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=8&totalLinhas=34&paginaNumero=8&linhasPorPagina=1&palavras=doen%E7a%20devolu%E7%E3o%20crian%E7a%20minist%E9rio%20p%20p%20F%20Ablico%20ado%E7%E3o&pesquisarPor=acordao&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%Eancias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>> Acesso em 21 mai. 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de processo coletivo*: volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. 503 p.

NOGUEIRA, Jenny Magnani de O.. A instituição da família em A Cidade Antiga. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos de História do Direito*. 8. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2014. 576 p.

OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais de direito de família*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. 384 p.

PARADA, Maurício. *Corpos infantil e nacional: políticas públicas para crianças durante o Estado Novo*. In: PRIORE, Mary Del; AMANTINO, Marcia (Orgs.). *História do corpo no Brasil*. São Paulo: Editora Unesp, 2011. 568 p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. vol. V. 621 p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. Vol. 1. 718 p.

PEREIRA, Guto. Casal tenta a devolução de garoto adotado. *Diário da Região*, São José do Rio Preto, 24 set. 2013.

PEREIRA, Tânia da Silva. et. al. *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000 apud FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Direitos da criança e do adolescente*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. 431 p.

SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni. *Lições sistematizadas de história do direito*. São Paulo: Atlas, 2014. 183 p.

SILVA FILHO, Artur Marques da. *Adoção: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 333.

SOUZA, H. P. *Adoção tardia: devolução ou desistência de um filho?* Curitiba, Juruá, 2012 apud FERREIRA, Bárbara Kelly Marques Pereira. *A Responsabilidade civil dos adotantes em face da devolução dos filhos adotivos*. 2014. 25 f. (Trabalho de Conclusão de Curso) – Departamento de Direito, Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

Campus III, Guarabira, 2014. Disponível em: <<http://dspace.bc.uepb.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/4691>> Acesso em: 09 mai. 2015.

SPECK, S.; QUEIROZ, E. F. O sofrimento psíquico nos casos de devolução de crianças adotadas. In: XII CONGRESSO BRASILEIRO DE PSICOPATOLOGIA FUNDAMENTAL, 2014, Belo Horizonte, [Mesa Redonda]. [S.l.: s. n.], 2014, p. 9. Disponível em: <<http://www.fundamentalpsychopathology.org/uploads/files/Anais%20Congresso%202014/Mesas%20Redondas/60.2.pdf>> Acesso em: 09 mai. 2015.

SZNICK, Valdir. Adoção. São Paulo: LEUD. 3. ed. 1999. *apud* SILVA FILHO, Artur Marques da. *Adoção: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 333.

TAVARES, José de Farias. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 306 p.

THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho. A legitimação ativa nas ações coletivas: um contributo para o estudo da substituição processual. 2003. 297 p. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, 2003.

THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; SILVA, Júlia Franco Amaral. A filiação socioafetiva no ordenamento jurídico brasileiro: sugestão de um procedimento viável para a efetividade do direito à filiação respaldada nos laços de afetividade. *De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 12, n. 20, p. 55-81, jan-jul 2013.

VIEIRA, Marcelo de Mello. Direito de crianças e de adolescentes à convivência familiar. 2014. 153p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, 2014.

VILELA, Carolina. Casal é condenado pelo TJMG a pagar indenização por devolver criança adotada. Uipi, [S.l.], 21 mai. 2014. Disponível em: <<http://uipi.com.br/destaques/destaques-videos/2014/05/21/casal-e-condenado-pelo-tjmg-a-pagar-indenizacao-por-devolver-crianca-adotada/>> Acesso em: 09 mai. 2015.



VIOLIN, Jordão. *Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: o controle jurisdicional de decisões políticas*. . Série processo coletivo, comparado e internacional. Coord. Antonio Gidi. Salvador: Editora JusPodivm, 2013. 288p.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil, volume 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. 846 p.

WINNICOTT, D. W. (1954). *Lesécueils de l'adoption*. In: *L'enfant et le monde estériérieur, ledéveloppementdesrelations*. Paris: Éditions Payot, 1988, pp. 65-72 *apud* SPECK, S.; QUEIROZ, E. F. O sofrimento psíquico nos casos de devolução de crianças adotadas. In: XII CONGRESSO BRASILEIRO DE PSICOPATOLOGIA FUNDAMENTAL, 2014, Belo Horizonte, [Mesa Redonda]. [S.l.: s. n.], 2014, p. 9. Disponível em: <<http://www.fundamentalpsychopathology.org/uploads/files/Anais%20Congresso%202014/Mesas%20Redondas/60.2.pdf>> Acesso em: 09 mai. 2015.

ZAVASKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. 270p.

## ANEXO 1<sup>121</sup>

Processo

Apelação Cível 1.0481.12.000289-6/002 0002896-74.2012.8.13.0481 (1)

Relatora

Des.(a) Hilda Teixeira da Costa

Órgão Julgador/Câmara

Câmaras Cíveis / 2ª CÂMARA CÍVEL

Súmula

REJEITARAM PRELIMINAR ADUZIDA DE OFÍCIO PELO EMINENTE DES. REVISOR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO NOS TERMOS DO VOTO DO EM. REVISOR

Comarca de Origem

Patrocínio

Data de Julgamento

12/08/2014

Data de publicação da súmula

25/08/2014

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - INDENIZAÇÃO - DANO MATERIAL E MORAL - ADOÇÃO - DESISTÊNCIA PELOS PAIS ADOTIVOS - PRESTAÇÃO DE OBRIGAÇÃO ALIMENTAR - INEXISTÊNCIA - DANO MORAL NÃO CONFIGURADO - RECURSO NÃO PROVIDO.

- Inexiste vedação legal para que os futuros pais desistam da adoção quando estiverem com a guarda da criança.

---

<sup>121</sup> Original com nome das partes.

- O ato de adoção somente se realiza e produz efeitos a partir da sentença judicial, conforme previsão dos arts. 47 e 199-A, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Antes da sentença, não há lei que imponha obrigação alimentar aos apelados, que não concluíram o processo de adoção da criança.

- A própria lei prevê a possibilidade de desistência, no decorrer do processo de adoção, ao criar a figura do estágio de convivência.

- Inexistindo prejuízo à integridade psicológica do indivíduo, que interfira intensamente no seu comportamento psicológico causando aflição e desequilíbrio em seu bem estar, indefere-se o pedido de indenização por danos morais.

V.V.P.

**EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - INDENIZAÇÃO - DANO MATERIAL E MORAL - ADOÇÃO - DESISTÊNCIA DE FORMA IMPRUDENTE PELOS PAIS ADOTIVOS - PRESTAÇÃO DE OBRIGAÇÃO ALIMENTAR DEFERIDA - DANO MORAL NÃO CONFIGURADO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.**

- A adoção tem de ser vista com mais seriedade pelas pessoas que se dispõem a tal ato, devendo estas ter consciência e atitude de verdadeiros "pais", que pressupõe a vontade de enfrentar as dificuldades e condições adversas que aparecerem em prol da criança adotada, assumindo-a de forma incondicional como filho, a fim de seja construído e fortalecido o vínculo filial.

- Inexiste vedação legal para que os futuros pais desistam da adoção quando estiverem com a guarda da criança. Contudo, cada caso deverá ser analisado com as suas particularidades, com vistas a não se promover a "coisificação" do processo de guarda.

- O ato ilícito, que gera o direito a reparação, decorre do fato de que os requeridos buscaram voluntariamente o processo de adoção do menor, deixando expressamente a vontade de adotá-lo, obtendo sua guarda durante um lapso de tempo razoável, e, simplesmente, resolveram devolver imotivadamente a criança, de forma imprudente, rompendo de forma brusca o vínculo familiar que expuseram o menor, o que implica no abandono de um ser humano. Assim, considerando o dano decorrente da assistência material ceifada do menor, defere-se o pedido de condenação dos requeridos ao

pagamento de obrigação alimentar ao menor, enquanto viver, em razão da doença irreversível que o acomete.

- Inexistindo prejuízo à integridade psicológica do indivíduo, que interfira intensamente no seu comportamento psicológico causando aflição e desequilíbrio em seu bem estar, por não ter o menor capacidade cognitiva neurológica de perceber a situação na qual se encontra, indefere-se o pedido de indenização por danos morais.(Des<sup>a</sup> Hilda Teixeira da Costa)

Ação civil pública - Ministério Público - Legitimidade ativa - Processo de adoção - Desistência - Devolução da criança após significativo lapso temporal - Indenização por dano moral - Ato ilícito configurado - Cabimento - Obrigação alimentar - Indeferimento - Nova guarda provisória - Recurso ao qual se dá parcial provimento. (Des. MR)

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0481.12.000289-6/002 - COMARCA DE PATROCÍNIO - APELANTE(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS - APELADO(A)(S): WANDERLEY NUNES DA SILVEIRA E SUA MULHER, ROSANGELA ROSARIA MACHADO SILVEIRA

#### A C Ó R D ã O

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR PRELIMINAR ADUZIDA DE OFÍCIO PELO EMINENTE DES. REVISOR E NEGAR PROVIMENTO NOS TERMOS DO VOTO DO REVISOR.

DESA. HILDA MARIA PÔRTO DE PAULA TEIXEIRA DA COSTA

RELATORA.

DESA. HILDA MARIA PÔRTO DE PAULA TEIXEIRA DA COSTA (RELATORA)

Trata-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em desfavor de W. N. S e R. R. M. S., objetivando a condenação dos requeridos na obrigação de indenizar os danos morais e materiais, no importe de cem salários mínimos, além da prestação de alimentos, equivalente a cinco salários mínimos mensais, que deverá perdurar enquanto viver o alimentário, independente dele vir a ser

colocado em nova família substituta, em razão de suposto abandono afetivo e desistência imotivada da adoção do menor J.V.O..

O Parquet relata que a genitora do menor o entregou para adoção após o seu nascimento, tendo os requeridos protocolizado pedido de adoção e obtido a guarda provisória do menor. Afirma que o menor, em setembro de 2008, foi diagnosticado portador de doença congênita que provocou malformação do sistema nervoso central, e que os requeridos, depois de estarem mais de dois anos em companhia da criança, desistiram da adoção e devolveram a criança.

Alega que os requeridos agiram, no mínimo, de forma negligente, ao criar a expectativa para a criança de que a mesma seria adotada por eles. E, defende estarem presentes os requisitos para a condenação dos requeridos ao pagamento de indenização por danos moral e material, bem como, a prestação de alimentos.

O d. Julgador singular, em seu decisum de f. 282-290, julgou improcedente o pedido formulado na peça de ingresso, nos termos do art. 269, I, do CPC. Custas, pela parte autora, isenta, nos termos da lei, e sem honorários, a teor do disposto no artigo 128, §5º, II, alínea "a", da Constituição da República.

Inconformado, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais apelou, pelas razões de f. 292-319, relatando que a genitora do menor entregou o filho, logo após o nascimento, em 09/03/2008, para adoção. E que, através de informações do Serviço Social Forense, os requeridos, que estavam inscritos no cadastro de adoção, protocolizaram ação de adoção com pedido de guarda, em 11/03/2008, obtendo a guarda provisória em 12/03/2008.

Informa que, meses depois, o menor foi diagnosticado como portador de doença congênita que provoca malformação do sistema nervoso central. E que, através de petição datada de 09/08/2010, os requeridos desistiram da adoção, alegando motivo de "foro íntimo".

Registra que a genitora do menor não mais tinha interesse em retomar a guarda da criança, pois acreditava que o casal adotante já havia estabelecido "uma relação com a criança e retirá-la, nesse momento, traria sofrimento para eles e para o infante". E que, a criança foi efetivamente "devolvida" e encaminhada a uma terceira pessoa que se dispôs a cuidar dela pela decisão de 06/10/2011, que se efetivou em 03/11/2011.

Aduz que os requeridos, logo após receberem o diagnóstico do menor, procuraram o Fórum para informar acerca de seu estado de saúde, o que demonstra que isto perturbou os requeridos.

Salienta que, embora a genitora tenha manifestado o interesse de ter seu filho consigo, contestando a ação de adoção, posteriormente veio a desistir, em manifestação expressa em audiência, que contou com a presença dos requeridos, que se mantiveram firmes no propósito de devolver a criança.

Afirma que o motivo da devolução do menor foi o seu estado de saúde, haja vista a desistência da genitora em retomar a criança pelo fato dos requeridos terem afirmado que esta não os procurava e tampouco o menor.

Enfatiza que o motivo de "foro íntimo" não se justifica, sendo vazio de conteúdo e, portanto, configura uma desistência imotivada. E que não se admite a devolução de uma criança, em pleno processo de adoção, por denúncia vazia.

Informa que não houve uma sentença de adoção eis que o processo foi extinto por desistência dos adotantes, contudo, o que se questiona é a ilicitude em desistir da adoção de forma imotivada, após se ter gerando no infante uma legítima expectativa de que a relação afetiva que se criou não seria abruptamente interrompida, bem como, a violação da dignidade do menor.

Alega que "houve efetiva violação do dever de cuidado por parte dos requeridos, que outrora se disseram pais, e posteriormente se demitiram desse papel".

Argumenta a existência do abuso de direito em razão da proibição do comportamento contraditório, na modalidade 'venire contra factum proprium'. E que, o estágio de convivência não serve de estágio probatório para os adotantes verificarem se desejam o adotando como filho, referido estágio serve ao menor, sujeito vulnerável que merece proteção.

Defende que os guardiões devem ser responsabilizados pela decisão de devolver, irresponsavelmente, a criança; e que a afetividade foi construída por livre e espontânea vontade dos adotantes.

Sustenta que o dano moral é evidente e que tal indenização deve servir para desestimular a futuras pessoas de agirem de forma semelhante aos adotantes, a fim de que reflitam acerca do nobre e importante gesto de adotar.

Argui que a indenização por dano material se equivale à perda dos pais, sendo necessário o pensionamento mensal por se tratar de criança portadora de doença mental grave e irreversível, que necessitará de cuidados médicos periodicamente. Salaria que o nexu causal decorre da conduta antijurídica, bem como, do abuso de direito praticado pelos requeridos.

Por fim, pugna pelo provimento do recurso, a fim de que seja reformada a r. sentença.

Os requeridos apresentaram contrarrazões recursais às f. 322-330, esclarecendo que, após iniciarem o processo de adoção (11/03/2008), foram surpreendidos com a recusa da mãe biológica em autorizar o pedido de adoção, mediante apresentação de contestação no dia 27/03/2008. Tal recusa permaneceu por ocasião da audiência no dia 18/08/2009, e transcorrido quase um ano da audiência, a mãe biológica continuava firme no propósito de reaver o filho e não concordar com o pedido de adoção, conforme petições protocoladas em 19/04/2010 e 01/06/2010.

Declararam que a recusa de autorização para a adoção e a exigência da mãe biológica pelo direito de visitação, causou aos apelados situação de pânico e desespero, pois tinham certeza de que a qualquer momento perderiam o menor para a mãe biológica, e motivou os apelados a desistirem da adoção.

Relatam que "a mãe biológica efetivou varredura ou patrulhamento visando descobrir o endereço ou localização do menor, o que de fato conseguiu, o que a levou a comparecer no endereço em que supostamente estava o menor, forçando e tentando a realização de uma visita."

Argumentam que, a partir desses fatos ocorridos, os apelados passaram a medir as conseqüências e sopesar se era confiável e possível manter o processo de adoção, pois teriam a mãe biológica constantemente perturbando, colocando em risco a tranquilidade da família e a certeza do êxito do pedido de adoção. Ressaltam que não conseguiram, em decorrência destes fatos, desenvolverem de forma ampla o sentimento de paternidade.



Enfatizam que, em decorrência do diagnóstico da doença do menor, dispensaram a ele todos os tratamentos necessários, inclusive adquirindo equipamentos à sua manutenção, mesmo diante da reduzida capacidade financeira dos recorridos.

Defendem que não praticaram ato ilícito, que agiram no exercício regular do direito, nos termos do art. 188 do C.C., e que não houve qualquer dano ou sofrimento ao menor. Ao final, pugnam pelo improvimento do recurso e pela manutenção da r. sentença.

Remetidos os autos à douta Procuradoria-Geral de Justiça, foi emitido parecer opinativo pelo provimento do recurso, às f. 336-342v.

É o relatório do necessário.

DES. AFRÂNIO VILELA (REVISOR)

PRELIMINAR, DE OFÍCIO: Ilegitimidade ativa do Ministério Público

Analisando detidamente os autos, hei por bem instalar, de ofício, preliminar de ilegitimidade ativa do Ministério Público, que passo à análise de meus pares.

Cuida-se de ação civil pública ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS em desfavor de W. N. S. e R. R. M. S., na qual o MM. Juiz de primeiro grau, em sentença constante das ff. 282/290, julgou improcedente o pedido inicial, nos termos art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil.

Pois bem.

Preceitua o art. 127, da Constituição da República de 1988:

"Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis."

Por sua vez, o art. 6º, inciso VII, alínea 'c', da Lei Complementar nº. 75/93, que rege o Estatuto do Ministério Público da União, aplicado subsidiariamente ao Estadual por força do art. 279, da Lei Complementar Estadual nº. 34/94, dispõe:

"Art. 6º. Compete ao Ministério Público da União:

(...)

VII - promover o inquérito civil e a ação civil pública para:

(...)

c) a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos às comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas e ao consumidor;"

Extrai-se dos autos que o apelante visa o ressarcimento de danos morais e materiais decorrentes de ato dos apelados que desistiram do processo de adoção da criança J. V. O. após permanecerem com a guarda provisória deste de 12/03/2008 a 03/11/2011, devolvendo a criança.

É inquestionável a possibilidade de ajuizamento de demanda visando resguardar interesses individuais e indisponíveis relativos à criança.

Ocorre que aludido posicionamento não pode ser adotado neste caso concreto, haja vista que a citada norma não permite a defesa de direitos individuais de todos, mas daqueles estampados na alínea 'c', dentre os quais não se enquadra o assistido.

Verifico que o caso se refere a direito individual patrimonial do menor e, portanto, disponível. Não há, no caso, perigo ou abandono material do menor a justificar a substituição da atual detentora de sua guarda e representante legal, Sra. V. L. C. R., pelo Ministério Público Estadual.

Sendo assim, resta configurada substituição processual não autorizada pela Constituição da República ou pela lei processual, o que conduz à ilegitimidade ativa do Ministério Público, e conseqüente carência de ação.

Isto posto, julgo extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, inciso VI, do CPC.

Custas recursais pelo apelante, isento nos termos da Lei.

DESA. HILDA MARIA PÔRTO DE PAULA TEIXEIRA DA COSTA (RELATORA)

Inicialmente, analiso a preliminar de ilegitimidade ativa do Ministério Público, suscitada de ofício pelo eminente Des. Revisor.

Como cediço, o 'Parquet' detém legitimidade para propor ação que verse sobre direitos fundamentais da criança ou do adolescente, à luz do art. 127 da Constituição da República, e, consoante, dispõem os artigos 201, incisos V, VIII e 212, todos do Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei nº. 8.069/90:

"Art. 201. Compete ao Ministério Público:

V - promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência, inclusive os definidos no art. 220, § 3º, inciso II, da Constituição Federal.

VIII - zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis;

Art. 212. Para defesa dos direitos e interesses protegidos por esta Lei, são admissíveis todas as espécies de ações pertinentes".

Com efeito, considerando-se que os direitos assegurados às crianças e aos adolescentes dispostos na Constituição da República, bem como no Estatuto da Criança e do Adolescente, e a previsão legal expressa de que para a defesa dos direitos e interesses dos menores são admissíveis todas as espécies de ações pertinentes, vê-se que o Ministério Público, no cumprimento de sua função de proteger, também, os interesses individuais, tem legitimidade ativa para propor a presente Ação Civil Pública.

Ademais, como bem observado pelo douto Juiz 'a quo', o 'Parquet' busca com a presente demanda, em última análise, o restabelecimento da dignidade do menor, e não o mero direito individual, razão pela qual, em face da indisponibilidade e da máxima relevância desse direito, não se pode restringir a atuação Ministerial no caso concreto.

Isso posto, o Ministério Público é parte legítima para ajuizar a presente ação civil pública, razão pela qual, pedindo vênias ao eminente Des. Revisor, rejeito a preliminar aduzida de ofício.

**DES. MARCELO RODRIGUES**

Assim como a desembargadora-relatora, também afasto a preliminar suscitada pelo revisor de ilegitimidade ativa do órgão executor do Ministério Público.

Quando ocorrem violações ou ameaças de violações aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, o sistema Constituição da República e Estatuto da Criança e do Adolescente faz incidir o caminho extraordinário de efetivação dos direitos fundamentais, que é a utilização dos instrumentos de tutela jurisdicional diferenciada, seja para a defesa do interesse coletivo ou mesmo do direito individual de criança ou adolescente.

Na doutrina especializada de Martha de Toledo Machado (1):

A Lei 8.069/90, aliado ao disposto no artigo 201, V, do mesmo diploma legal, legitima o Ministério Público para a defesa do direito individual puro da criança ou adolescente, através da ação civil pública, quando se tratar de direito de natureza indisponível (de natureza não patrimonial); em disposição que é própria da tutela jurisdicional diferenciada de crianças e adolescentes.

Portanto, o órgão executor do Ministério Público tem legitimidade ativa.

DESA. HILDA MARIA PÔRTO DE PAULA TEIXEIRA DA COSTA (RELATORA)

Conheço do recurso interposto, pois presentes os pressupostos de admissibilidade.

A presente ação civil pública foi interposta pelo Ministério Público em face dos requeridos, objetivando a condenação dos requeridos na obrigação de indenizar os danos morais e materiais, no importe de cem salários mínimos, além da prestação de alimentos, equivalente a cinco salários mínimos mensais, que deverá perdurar enquanto viver o alimentando, independente dele vir a ser colocado em nova família substituta, em razão de suposto abandono afetivo e desistência imotivada da adoção do menor, J.V.O..

Da análise dos autos, depreende-se que a genitora do menor, no nono mês de gestação, procurou o Setor de Serviço Social Forense, para declarar que desejaria entregar seu filho para adoção, e, logo após o nascimento, ocorrido em 09/03/2008, entregou o filho J.V.O. para adoção (f. 15-16). E, através de informações do Serviço Social Forense, os requeridos, que estavam inscritos no cadastro de adoção, protocolizaram ação de adoção com pedido de guarda, em 11/03/2008 (f. 65-70), obtendo a guarda provisória em 12/03/2008 (f. 17).

A mãe biológica se opôs ao pedido de adoção, através de petição protocolizada em 27/03/2008 (f. 18-19). No relatório psicológico, de 09/05/2008, consta que a criança encontrava-se assistida satisfatoriamente pelo casal guardião, requerente à adoção, que nutriu vínculo afetivo pela criança, reconhecendo-a como filho e membro do núcleo familiar, bem como, foi mencionado que, após a apresentação da contestação feita pela genitora, iniciaram os medos e inseguranças de que a criança pudesse ser "retirada" da companhia do casal (f. 29-36).

Em setembro de 2008, os autores da ação de adoção levaram ao conhecimento do Setor de Serviço Social da Comarca que o menor foi diagnosticado como portador de doença congênita que provocou malformação do sistema nervoso central (f. 37).

Em abril/2010 e junho/2010, a mãe biológica peticionou nos autos do processo de adoção, pleiteando o direito de visitar o filho (f. 155-157). Em agosto/2010, os adotantes peticionaram, declarando expressamente que, por motivo de foro íntimo, desistiam do pedido de adoção (f. 158).

No relatório psicológico, de 15/12/2010, consta que o menor tem recebido todos os cuidados necessários e, no que se refere ao pedido de adoção, os requerentes verbalizaram que estavam desistindo da adoção. Consta, ainda, que, pelo discurso do casal, notou-se que este estava apegado a idéia de que a mãe biológica desejava ter o filho de volta, e segundo foi percebido, as consequências futuras quanto aos cuidados que a criança necessitará e quanto à expectativa de vida do infante, tem causado insegurança e medo no casal. E foi ressaltado que o processo adotivo foi marcado por eventos que parecem ter influenciado negativamente na constituição da afiliação. Quanto à mãe biológica, esta declarou que não tem interesse em assumir a maternidade de J.V. e que gostaria apenas de poder vê-lo (f. 47-50).

No laudo referente ao estudo social, de 19/01/2011, consta que o casal reiterou a intenção de desistência da ação de adoção e foi verificado que a genitora, apesar de não ter concordado com o pedido de adoção, não se disponibilizou a acolher o filho (f. 51-53).

Do Termo de Audiência realizada em maio de 2011, os adotantes declararam não mais ter interesse na adoção da criança e, a mãe biológica declarou não ter condições de receber de volta o menor. Em decorrência, manteve-se a guarda com os adotantes e o

feito foi suspenso, baixando-se em diligência, para que o serviço social realizasse novo estudo com vistas a levantar opções de encaminhamento do menor (f. 73).

Em outubro/2011, foi prolatada sentença que, considerando a desistência dos requerentes, por razão de foro íntimo, julgou extinto o processo de adoção, nos termos do art. 267, VIII, do CPC. E, ainda, foi deferida a guarda provisória do menor à Sra. V.L.C.R., identificada como pessoa idônea que manifestou interesse em adotá-lo (f. 74-75), cujo respectivo termo foi emitido em novembro/2011 (f. 161). Estes são os fatos.

O dever de indenizar encontra suas diretrizes no artigo 186 do Código Civil, ao determinar que todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

E a responsabilidade civil, consubstanciada no dever de indenizar o dano sofrido por outrem, advém do ato ilícito, resultante da violação da ordem jurídica com ofensa ao direito alheio e lesão ao respectivo titular, como estipula o artigo 927 do Código Civil.

Assim, para surgir o dever de indenizar o dano alheio (responsabilidade civil), é mister que concorram três elementos: o dano suportado pela vítima, a conduta culposa do agente e o nexos causal entre os dois primeiros.

Embora a adoção não tenha se concretizado através de sentença, cabe considerar que o instituto da guarda não se trata de mera detenção de "algo", tendo em vista que implica em obrigações aos pretensos pais adotivos e tem ampla repercussão na vida da criança, principalmente, no âmbito emocional.

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que:

"Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

(...)

§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários."

O 'caput' do art. 33, demonstra as obrigações que os pretensos pais adotivos estão sujeitos, e que foram aceitas por vontade destes quando firmaram o termo de

compromisso de guarda do menor, destacando-se, inclusive, conforme preceitua o §3º, que a guarda torna a criança dependente para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciário.

Por outro lado, o art. 35 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê que a "guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público". Todavia, o referido Estatuto cuida-se de Lei que busca a proteção integral da criança e do adolescente, de modo que a previsão de revogação da guarda a qualquer tempo é medida que visa proteger e resguardar os interesses da criança, com a finalidade de livrá-la de eventuais maus tratos ou falta de adaptação com a família. Logo, tal dispositivo não se presta à proteção de pessoas, maiores e capazes, que se propuseram à guarda, por livre e espontânea vontade, e depois, simplesmente, se arrependem e resolvem devolver à criança.

Cabe ressaltar que, o estágio de convivência é em prol da criança, e visa à verificação da adaptação ou não do adotando ao novo lar, não se prestando este estágio para que os pretensos pais adotivos decidam se vão adotar ou não, haja vista que tal decisão deve anteceder o efetivo ajuizamento do processo de adoção, para o fim de evitar danos à criança ou adolescente que já não puderam ficar com seus pais por alguma razão. Ressalta-se, inclusive, que os requeridos estavam firmes no propósito de adotar a criança ao ajuizar a ação de adoção com pedido de guarda, uma vez que pleitearam na inicial a dispensa do estágio de convivência (f. 68, f. 70).

Ora, de fato, não há vedação legal para que os futuros pais desistam da adoção quando estiverem com a guarda da criança. Contudo, cada caso deverá ser analisado com as suas particularidades. E, na hipótese em tela, observa-se que os requeridos estabeleceram um vínculo sócio-afetivo com a criança em razão de terem buscado a criança logo após o seu nascimento no hospital, e ficado com a mesma durante mais de dois anos até peticionarem o pedido de desistência da adoção, tempo este que em que a criança esteve sob um vínculo familiar, com um lar, a figura de uma mãe e de um pai que, de repente, foi rompido e fez com que o menor se percebesse sozinho.

Neste ínterim, entendo que o ato ilícito que gera o direito a reparação decorre do fato de que os requeridos buscaram voluntariamente o processo de adoção do menor, manifestando, expressamente, a vontade de adotá-lo, obtendo sua guarda durante um lapso de tempo razoável, e, simplesmente, resolveram devolver imotivadamente a

criança, de forma imprudente, rompendo de forma brusca o vínculo familiar que expuseram o menor, o que implica no abandono de um ser humano.

Registre-se que, embora os apelados aleguem que detinham apenas a guarda provisória e que agiram no exercício regular do direito, cumpre destacar que tal argumento não merece amparo, uma vez que não se pode promover a "coisificação" do processo de guarda.

Não há que se falar em "direito de devolução", uma vez que se trata de uma criança que possui direitos fundamentais a ser resguardados, consoante preceitua o art. 15, do Estatuto da Criança e do Adolescente: "a criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis".

Cabe enfatizar que, a adoção tem de ser vista com mais seriedade pelas pessoas que se dispõe a tal ato, devendo estas ter a consciência e atitude de verdadeiros "pais", que pressupõe a vontade de enfrentar as dificuldades e condições adversas que aparecerem em prol da criança adotada, assumindo-a de forma incondicional como filho, a fim de seja construído e fortalecido o vínculo filial.

Dessa forma, em que pesem os requeridos afirmarem que a desistência da adoção não se deu em virtude da doença do menor, o fato é que esta contribuiu, haja vista que conforme constou do relatório psicológico, já mencionado, o processo adotivo foi marcado por eventos que parecem ter influenciado negativamente na constituição da afiliação, no que se refere ao fato da mãe biológica se opor ao pedido de adoção, e pelo fato dos requeridos ficarem inseguros quanto às consequências futuras dos cuidados que a criança necessitará e a expectativa de vida do infante (f. 48).

Assim, como o fato da mãe biológica, de início, se opor a adoção, não se trata de justificativa plausível à desistência, uma vez que, ambos os requeridos, em seus depoimentos, as f. 242-245, afirmaram que a genitora não os procurou para reaver a criança ou para visitá-la.

Dessa forma, considero que a guarda obrigava aos adotantes a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais (Art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente), de modo que cabia aos requeridos lidar com tais questões, que são



inerentes ao múnus a que estavam dispostos a assumir quanto decidiram adotar a criança. E, considerando o afeto incondicional que deve existir na relação entre pais e filhos, e que faz com que estes sintam capazes de encarar as dificuldades que vão aparecendo ao longo da vida de um ser humano, que lhes foi dado na condição de filho, que seja proveniente de vínculo biológico ou vínculo jurídico, entendo que não há como negar a responsabilidade dos requeridos pela manutenção do menor.

Assim, defiro o pedido de condenação dos requeridos ao pagamento de obrigação alimentar ao menor, enquanto viver, em razão da doença irreversível que o acomete. No tocante ao valor, considerando que se trata de um casal, no qual o esposo é agricultor e a mulher dona de casa, de vida simples, que laboram na própria lavoura, sem empregados, sendo a renda familiar proveniente de produção agrícola e do aluguel de duas casas (f. 21, f. 252), fixo a obrigação alimentar em prol do menor, no importe de um salário mínimo.

Por outro lado, quanto ao dano moral, somente deve ser deferida indenização nas hipóteses em que realmente se verificar abalo à honra e imagem da pessoa, dor, sofrimento, tristeza, humilhação, prejuízo à saúde e integridade psicológica de alguém, que interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo causando aflição e desequilíbrio em seu bem estar. Assim, cabe ao Magistrado, com prudência e ponderação, verificar se, na espécie, efetivamente ocorreu dano moral, para, somente nestes casos, deferir indenização a esse título. E, no caso, entendo que, o dano moral não restou devidamente configurado, visto que não depreende do feito a existência de abalo emocional sofrido pela criança, que parece não ter condições neurológicas de perceber a situação de abandono que lhe foi imposta.

Em face do exposto, rejeito a preliminar aduzida de ofício pelo eminente Des. Revisor e dou parcial provimento ao recurso, reformando a r. sentença, para julgar parcialmente procedentes os pedidos iniciais e condenar os requeridos ao pagamento de obrigação alimentar ao menor, enquanto viver, em razão da doença irreversível que o acomete, no importe de um salário mínimo.

Custas processuais e recursais pelos requeridos, cuja cobrança fica suspensa face à concessão dos benefícios da justiça gratuita, tendo em vista o pedido de f. 140 e a declaração de pobreza de f. 168, nos termos do art. 12, da Lei n. 1.060/50, não havendo

condenação em honorários advocatícios, por ser o autor o Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

DES. AFRÂNIO VILELA (REVISOR)

No mérito, acompanho a eminente Relatora, Desembargadora Hilda Teixeira da Costa, quanto à ausência de dano moral. Todavia, divirjo de seu judicioso voto, no que se refere à existência do direito de reparação material.

A CR/88, em seu art. 5º, inciso II, prevê que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

Não existe qualquer lei que impeça um casal, que pretenda adotar uma criança, de desistir da adoção no decorrer do processo.

Vale lembrar que o ato de adoção somente se realiza através de sentença judicial, conforme previsão do art. 47, do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, in verbis:

"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."

Portanto, antes de ser proferida a sentença judicial constituindo o vínculo da adoção, não surge para o casal que participa do processo a obrigação de prestar alimentos, que só existe em decorrência de um vínculo sanguíneo ou civil.

Segundo lições de Dimas Messias de Carvalho:

"(...) Os principais efeitos patrimoniais na adoção são os direitos recíprocos de alimentos e sucessórios entre o adotado e seus descendentes e o adotante e seus parentes." (Direito de Família, 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009, p. 365)

Ocorre que os referidos efeitos da adoção somente começam a partir da sentença judicial que a constituir, nos termos do art. 199-A, do ECA.

Assim, antes da sentença, não há lei que imponha obrigação alimentar aos apelados, que não concluíram o processo de adoção da criança.

Ademais, a própria lei prevê a possibilidade de desistência, no decorrer do processo de adoção, ao criar a figura do estágio de convivência.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, sobre o tema, prevê:

"Art. 46. A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso.

§ 1o O estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando já estiver sob a tutela ou guarda legal do adotante durante tempo suficiente para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo.

§ 2o A simples guarda de fato não autoriza, por si só, a dispensa da realização do estágio de convivência.

§ 3o Em caso de adoção por pessoa ou casal residente ou domiciliado fora do País, o estágio de convivência, cumprido no território nacional, será de, no mínimo, 30 (trinta) dias.

§ 4o O estágio de convivência será acompanhado pela equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política de garantia do direito à convivência familiar, que apresentarão relatório minucioso acerca da conveniência do deferimento da medida."

A função do estágio de convivência é, justamente, apurar a adaptabilidade da criança ao casal e deste à criança. Logo, os apelados tinham o direito de desistir do processo de adoção daquela criança no decorrer do estágio de convivência e isso não configura qualquer ato ilícito ensejador de dano moral ou material.

Entender de forma contrária, além de não possuir respaldo legal, causaria efeito pernicioso nos processos de adoção, afastando os casais que, receosos de sofrerem futuro processo judicial de reparação de danos, sequer se habilitariam a adotar uma criança, deixando de oportunizar aos infantes que sofreram com o abandono a chance de se verem integrados ao seio de uma família, de exercerem o direito de personalidade de filiação e de receberem e darem amor, o que contribui, sobejamente, para seu desenvolvimento como ser humano.

Isso posto, com redobrada vênia à eminente Relatora, NEGO PROVIMENTO AO RECURSO, para manter a sentença na íntegra.

Custas recursais pelo apelante, isento nos termos da Lei.

É como voto.

DES. MARCELO RODRIGUES

Contudo, no mérito, outra conclusão é alcançada neste voto.

A questão é tormentosa e exigiu redobrada análise e, sobretudo, sensibilidade. As razões que levam à desistência de uma adoção são variadas, afinal não existe filho ideal.

W. N. S. e sua esposa R. M. S. ajuizaram ação de adoção, com pedido liminar, do menor J. V. O. (f.65/70-TJ).

A guarda provisória foi deferida em favor do casal, nos termos do artigo 33, § 2º, da Lei 8.069, de 1990 (f. 17-TJ), em março de 2008, ou seja, quando a criança tinha dias de vida (lembrando que nasceu em 9.3.2008).

No mês de setembro do mesmo ano, foram juntados aos autos documentos informando que o bebê apresentava uma "malformação no sistema nervoso central", necessitando de tratamento médico especializado, uso de medicação e atendimento por equipe multidisciplinar.

No relatório psicológico de 47/50-TJ, realizado em dezembro de 2010, quando J. V. O. ainda estava sob a guarda do casal, foi manifestado pelas partes o interesse de não mais prosseguir no processo de adoção e, com o devido e necessário respeito aos entendimentos contrários, as necessidades especiais do infante emergem com clareza como razão para tanto.

Observa-se, infelizmente de forma crescente, situações de adotantes que comparecem ao juízo da infância e juventude para devolver criança ou adolescente, pois não possuem mais interesse em adotá-la.

A hipótese em que ocorre a devolução do adotando porque não houve adaptação com a família que estava se formando é comum. Neste caso, necessária uma avaliação da equipe do juízo e, sendo constatada que, de fato, a adaptação não se deu, a devolução ocorrerá, sem que haja nenhuma repercussão para a vida dos adotantes, salvo a sensação de frustração que ocorre com o fim de um relacionamento, o mesmo se dando para o adotando, que será submetido aos necessários acompanhamentos psicossociais.

Ressalta-se que apenas se mostra aceitável essa devolução quando o estágio de convivência ainda se encontrar em seu momento inicial, em circunstâncias especiais (2).

Contudo, quando o período de convivência é longo e a devolução do adotando se dá sem motivo ou por algum motivo fútil ou por situação de violência (que se dá por diversas formas), tem-se a prática de ato ilícito por parte dos adotantes, na forma do disposto no artigo 187 do Código Civil, tendo em vista que excederam aos limites do direito a que tinham, devendo ser civilmente responsabilizados.

Ora, com o início do estágio de convivência está sendo iniciada uma família, criando-se expectativas para todos os envolvidos.

Desde o deferimento da guarda provisória até a prolação da sentença por desistência, com publicação em 10.10.2011, passaram-se mais de 3 três anos e 6 meses. A criança ficou sob a guarda provisória mais de 2 dois anos e 9 meses.

Nas lúcidas palavras de Kátia Regina Maciel (3):

Quanto mais tempo se passa, mais se forma no adotando o sentimento de amor e carinho e a sensação de estar sendo aceito em um núcleo familiar, passando a sentir a segurança de ter uma família; a passagem do tempo forma, mais e mais, o senso de segurança e estar sendo aceito no novo núcleo familiar. Quando ocorre a devolução do adotando, após longo decurso do tempo, sem motivo justo, está sendo cometida grande violência contra aquele, que está sendo rejeitado (destacou-se).

E, no caso sob exame, após um significativo período sob a guarda do casal, o menor foi "devolvido".

Com efeito, a conduta dos apelados não foi só inadequada em face dos ditames da ética, mas também do ponto-de-vista jurídico.

Não se pode aceitar que haja a devolução ao juízo da infância do adotando, nestas situações, impune, pois este ato violou o direito fundamental do adotante à convivência familiar, bem como foi desrespeitado o princípio da responsabilidade parental.

A responsabilidade parental, a fim de que alcance seus reais efeitos e de fato proteja as crianças e adolescentes, há que ser entendida em um sentido mais amplo. Assim, este

princípio deve ser aplicado a todos os que figurem no papel dos pais biológicos, exercendo atributos do poder familiar. Os que exercerem a guarda (mesmo de fato), os tutores e adotantes têm de se submeter a este princípio.

De forma lúcida conclui Kátia Regina Maciel:

A devolução do adotando no curso do estágio de convivência, por si só, já uma violência para com este. Ficando demonstrado que os adotantes agiram com abuso de direito, está caracterizada a prática de ato ilícito, podendo e devendo haver a responsabilização civil destes. Contra eles deverá ser proposta ação de indenização pela prática de dano moral (...) (destacou-se).

Portanto, os adotantes arrependidos, dadas as particularidades que cercam o caso sob exame, devem responder por danos morais. Quanto aos pedidos de alimentos provisórios ou obrigação alimentar, diante do processo de (re) colocação do menor em família substituta, com deferimento de guarda provisória, conforme se vê à f.74-TJ, felizmente, diga-se, não subsistem motivos para seu deferimento.

Na indenização por dano moral toca ao julgador, atentando, sobretudo, para as condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado e aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, arbitrar quantia que se preste à suficiente recomposição dos prejuízos, sem implicar, contudo, enriquecimento sem causa da vítima.

Os apelados são lavradores e segundo o laudo referente ao estudo social, declararam um renda mensal de R\$1.800,00 (mil e oitocentos reais).

Em razão da impossibilidade material da reposição, existe a necessidade de se transmutar a natureza da obrigação indenizatória que, portanto, deixará de ser uma obrigação de reparar, para se assumir feições de uma obrigação de compensar e também de desestimular.

Partindo-se dessas diretrizes, arbitro os danos morais em 3 (três) salários mínimos.

Por fim, no artigo 50 do ECA foram acrescentados os parágrafos 3º e 4º pela Lei 12.010, de 2009, com o objetivo de evitar devoluções de crianças e adolescentes adotados de modo que, assim, o processo de adoção deixa de ser meramente um instrumento processual, passando, sobretudo, a ter caráter sociofamiliar.

Por derradeiro, apenas um convite a reflexão (4):

A respeito da devolução do adotado, há de se fazer a ressalva de que, muito embora tenha o legislador estatutário declarado ser a adoção um ato irrevogável, ela faz parte da realidade de nossas Varas da Infância e da Juventude.

O caso que ocorreu em Minas Gerais, no qual os pais adotivos, efetivamente, devolveram a sua filha adotada, chama a atenção de todos nós para a não compreensão exata do instituto da adoção. Neste caso, o Ministério Público intercedeu na devolução da menina (uma adolescente), obtendo em seu favor, a condenação dos pais adotivos em alimentos e, ainda, uma indenização por danos morais.

À luz dessas considerações, afasto a preliminar e dou parcial provimento ao recurso para condenar os apelados no pagamento de dano moral no importe de 3 (três) salários mínimos, com incidência de correção monetária deverá desde a publicação desta decisão, por força do enunciado da Súmula 362 do STJ, a ser depositada em conta judicial e, após, ser entregue à atual guardiã.

É como voto.

**SÚMULA:** "REJEITARAM PRELIMINAR ADUZIDA DE OFÍCIO PELO EMINENTE DES. REVISOR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO NOS TERMOS DO VOTO DO EM. REVISOR."

1 JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes (Coordenador). Manual de direitos difusos. Direito da infância e juventude. 2ª ed. São Paulo: Verbatim. 2012, p.159.

2 MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Curso de direito da criança e do adolescente. Aspectos teóricos e práticos. 6ª ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p.313.

3 Op cit.

4 VERONESE, Josiane Rose Petry. Estatuto da criança e do adolescente comentado. São Paulo: Conceito, 2011. p.126.