

ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA, “DEVOLUÇÃO” IMOTIVADA EM PROCESSO DE ADOÇÃO DE CRIANÇA E DE ADOLESCENTE E REPARAÇÃO POR DANO MORAL E/OU MATERIAL

Epaminondas da Costa

Promotor de Justiça/MG

Síntese dogmática: O estágio de convivência, previsto no art. 46 do ECA, 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, especialmente diante dos princípios constitucionais da *dignidade da pessoa humana* e da *prioridade absoluta* em relação à proteção integral à infância e à juventude.

Introdução

A presente tese tem por fim discutir o cabimento ou não, em certos casos, da reparação por dano moral e/ou material, em sede de ação civil pública proposta pelo Ministério Público, nas hipóteses de “devolução” à instituição de acolhimento, de crianças e de adolescentes entregues para fins de adoção, sem que haja justificativa plausível para isso; pior ainda, com total desprezo para com os sentimentos e/ou emoções do adotando, ou seja, com ofensa à sua dignidade.

Anote-se, por oportuno, que a reflexão ora apresentada está alicerçada em dois casos concretos da comarca de Uberlândia-MG, os quais foram objeto de ampla divulgação pela mídia local e nacional, no mês de maio do corrente ano de 2009, notadamente o primeiro caso.¹

A bem da verdade, a questão central versada na tese diz respeito à definição da natureza jurídica do estágio de convivência, previsto no art. 46 da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

O que é, em síntese, o estágio de convivência? É o período mínimo de avaliação da adaptação do adotando ao novo lar (família substituta), objetivando que o Poder Judiciário, com o apoio da equipe interprofissional (Psicólogos e Assistentes Sociais *etc*), decida pelo deferimento ou não da adoção.

O estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando já estiver sob a tutela ou guarda judicial do adotante, independentemente da idade daquele, haja vista o que dispõe a Lei n. 12.010, de 3 de agosto de 2009 (Lei Nacional de Adoção).

Fundamentação

Na situação noticiada mais amplamente pela mídia, uma criança de 08 (oito) anos de idade, após ficar sob a guarda judicial do casal requerente por 08 (oito) meses, no processo de adoção, foi “devolvida” injustificadamente à Vara da Infância e da Juventude, não obstante os laudos da equipe técnica do Juízo indicassem a **total adaptação** da criança ao novo lar e do casal em relação a ela.

A rigor, a criança foi notoriamente iludida pelos adotantes, a tal ponto de ter aceitado a “mudança” de seu prenome no meio social antes mesmo do encerramento do processo de adoção. Isto foi feito sem autorização

¹ MELLO, Kátia e Liuca Yonaha. *O lado B da adoção: As dificuldades de relacionamento e os problemas que ninguém comenta – mas aparecem depois da adoção. E o que pode mudar com a lei aprovada pelo Senado*. Revista Época, São Paulo, 20 jul. 2009, pp. 88/96.

MOREIRA, Ivana e Eduardo Kattah. *Juíza manda reter 15% da renda de casal que devolve filho adotivo*. O Estado de S. Paulo, São Paulo, 09 jun. 2009. Caderno A16 – Vida & Sociedade.

judicial e, portanto, sem a necessária avaliação quanto à conveniência ou não da mudança do prenome (“identidade psicológica” da pessoa humana), notadamente em se tratando de criança com mais de um ano de idade².

Pois bem, com o retorno da criança à instituição de acolhimento (abrigo)³, a equipe técnica do Juízo (Psicóloga e Assistente Social) constatou que ela se mostrava muito confusa em relação a sua identidade, por causa da mudança indevida de seu prenome pelos requeridos, ou seja, ora ela referia a si mesma pelo nome de registro (certidão de nascimento), ora pelo nome dado pelo casal adotante (sem autorização judicial). Os laudos evidenciaram ainda que a adotanda estava bastante abalada emocional e psicologicamente, especialmente diante da atitude injustificada dos requeridos em devolvê-la ao “abrigo”, fazendo com que, portanto, ela se culpasse pelo ocorrido, agravando ainda mais o seu sofrimento.

Diga-se de passagem que esse segundo abandono da criança mostrou-se muito mais nocivo ao seu sadio desenvolvimento psíquico, moral e social do que o primeiro, segundo os laudos da equipe interprofissional da Vara da Infância e da Juventude.

Adverta-se, por oportuno, que o agravamento do sofrimento da criança não está fundado apenas nesse segundo abandono (“devolução” pelos requeridos), mas também, na conduta desumana levada a efeito em relação à adotanda. O casal induziu-a à mudança de prenome, para a sua aceitação pelos requeridos. Enganou-a com a promessa de que o casal a tinha, verdadeiramente, como filha, pedindo-lhe, pois, que chamasse um e outro de pai e de mãe, e os seus ascendentes, de avós *etc.*

Contudo, repentinamente, sem qualquer explicação para a criança ou para a Justiça, os requeridos devolveram-na à instituição de acolhimento, fazendo com que a adotanda, depois de vários meses de convívio diário com o casal, na condição socioafetiva de filha, passasse a se perguntar onde estaria a sua culpa pelo ocorrido.

Tal foi o primeiro caso concreto.

No segundo caso concreto, em que o processo de adoção chegou a ser concluído, com sentença transitada em julgado, além de ter havido o segundo abandono do filho, o seu sofrimento foi agravado pelo fato de que os requeridos (adotantes) humilharam-no e agrediram-no física e emocionalmente, chamando-o de retardado e proferindo toda sorte de infâmias e de impropérios, o que foi feito na presença de outras crianças e de cuidadores da instituição de acolhimento, após o retorno do “adotado” àquela.

A bem da verdade, além de os laudos da Psicóloga e da Assistente Social da Vara da Infância e da Juventude apontarem os danos emocionais sofridos pela criança, testemunhas confirmaram as denúncias, segundo as quais, efetivamente, o filho dos requeridos foi submetido a inúmeros constrangimentos, a vexames e a sofrimento que podiam ser evitados ou minimizados pelos adotantes, resultando-se assim em grave ofensa à dignidade do adotado. O princípio da dignidade humana, como se sabe, é dos mais importantes consagrados no texto constitucional brasileiro. Ele deve nortear as ações do Estado, da sociedade e das pessoas em geral.

Em suma, a presente tese não desconhece o fato de que, legalmente, é possível que haja a devolução de crianças e de adolescentes entregues para fins de adoção, sem que isso acarrete a obrigação de indenizar. O que se questiona é a atitude desumana e inescrupulosa daquelas pessoas que veem a adoção como uma aventura, implicando desprezo pelo sentimento e pelas emoções dos adotandos. E não são poucos os casos, segundo o que se têm notícias.

Nas ilustrações em que se alicerçou a tese, o dano moral caracterizou-se pelo fato de ter havido a ocorrência de lesão a *direitos da personalidade*, “englobando não apenas aspectos da dignidade humana como também ‘os chamados *novos direitos da personalidade*: a imagem, sentimentos, relações afetivas, aspirações, hábitos *etc.*”⁴

Nesse sentido, arremata a melhor doutrina:

“Como se vê, hoje o dano moral não mais se restringe à dor, tristeza e sofrimento, estendendo a sua tutela a todos os bens personalíssimos – os complexos de ordem ética –, razão pela qual revela-se mais apropriado chamá-lo de dano imaterial ou *não patrimonial*, como ocorre no Direito Português. Em razão dessa natureza imaterial, o dano moral é insusceptível de avaliação pecuniária, podendo apenas ser compensado com a obrigação pecuniária imposta ao causador do dano, sendo esta mais uma satisfação do que uma indenização.”⁵

Não bastasse o intenso e incalculável sofrimento resultante da conduta dos requeridos, constatou-se ainda que, sob a perspectivas da “*ciência dos fenômenos psíquicos e do comportamento*” (Psicologia), há enorme probabilidade de que uma das vítimas (a criança do 1º caso), desenvolva, no futuro, condutas antissociais (“delinquência juvenil”), especialmente em razão da segunda rejeição promovida pelos requeridos. Além disso, a

² O art. 47, § 5º, do ECA, prevê a possibilidade de o juiz, na sentença de adoção, autorizar a modificação do prenome do adotando.

³ A Justiça, não raro, se ver impelida a receber de volta o adotando em situações como as que foram apresentadas nesta tese, com vista a evitar que ele seja hostilizado, humilhado e ofendido em sua dignidade, a tal ponto de ser obrigado a fugir de casa, no futuro.

⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 81.

⁵ *Ibidem*, p. 81.

vítima pode vir a ter “(...) dificuldades nas relações sociais, já que a criança aprende que as relações não são dignas de confiança; que não é merecedora de amor e que dificilmente encontrará outras pessoas que satisfaçam suas necessidades, além de prejuízos na autoestima e no autoconceito...”.

É de se perguntar, então: o estágio de convivência se constitui em um direito instituído em favor dos adotantes, de tal forma a legitimar “devoluções” injustificadas de adotandos e, além disso, com a causação voluntária e/ou negligente de incalculável prejuízo emocional, social e até mesmo material ao adotando? A resposta é “não”, sobretudo se for levado em conta que o Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme o próprio título indica, visa à proteção dos direitos e/ou interesses relacionados com a infância e com a juventude. Isto está expresso no art. 1º da Lei n. 8.069 de 1990.

Ademais, na interpretação das normas do Estatuto da Criança e do Adolescente, a dúvida porventura existente beneficia sempre a criança e o adolescente (art. 6º do ECA), com destaque ainda para o princípio do *melhor interesse da criança*, proveniente da legislação internacional, que foi incorporada ao direito pátrio pelo Decreto n. 99.710, de 21/11/1990; através dele foi promulgada a Convenção das Nações Unidas (ONU) sobre os Direitos da Criança.

Nesse diapasão, é importante destacar ainda o princípio da *prioridade absoluta*, expressamente reconhecido no art. 227, “caput”, da Carta Magna, o qual faz com que o interesse da criança e do adolescente sobreleve a qualquer outro interesse. Isto significa, portanto, que a falta de maior clareza do legislador, no art. 46 do ECA, não pode servir de pretexto para que adotantes mal-intencionados ludibriem a Justiça e, particularmente, crianças e adolescentes, levando-os, pois, para as suas residências, com o propósito de fazer “uma experiência”: - se aprovada, dão o sinal verde para a Justiça; se reprovada, simplesmente efetuam a “devolução”, sem qualquer escrúpulo ou cuidado.

Dai a importância de se definir a natureza jurídica do referido estágio de convivência. Ei-la: *lapso avaliatório, judicial, da formação satisfatória⁶ do vínculo socioafetivo*. Noutras palavras, não se trata de um direito instituído em favor de adotantes, mas de um período de tempo em que, por cautela, quis o legislador que a equipe interprofissional do Juízo avaliasse “(...) a conveniência da constituição do vínculo”, em que se deve atentar para as disposições dos arts. 29 e 43 da Lei n. 8.069 de 1990, a saber:

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.

Art. 43. A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.

O art. 46, § 1º, da mesma Lei, por sua vez, prescreve, taxativamente, o seguinte:

“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**” (sem grifos no original).

Vê-se, claramente, que o estágio de convivência não se constitui em direito instituído em favor dos adotantes, muito menos de forma expressa, o que significa, portanto, que eles não podem invocar o exercício regular de direito – que eles não possuem legitimamente –, de tal forma que, nos termos do art. 188, inciso I, do Código Civil, a sua conduta viesse a ser vista como lícita.

Admitindo-se, porém, por argumentação, que o estágio de convivência se traduza em direito dos adotantes, no sentido de que eles também possam avaliar a conveniência da constituição do vínculo, ainda assim não lhes será legítimo que abusem no exercício desse direito, sob pena de reparação por dano moral e/ou material. Veja-se:

Art. 187 [Código Civil]. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Ora, enganar uma criança, prometendo-lhe definitivamente um lar, inclusive com a alteração ilegal de seu prenome no meio social; e, repentinamente, depois de vários meses de intensa convivência familiar, “devolvê-la” sem qualquer justificativa plausível, além de deixá-la confusa em relação a sua verdadeira identidade, levando-a ainda a desenvolver o sentimento negativo de culpa pela forma imprópria com que agiram os adotantes, não há

⁶ O vocábulo “satisfatória” foi empregado aqui no sentido de “corresponder ao desejo do adotando e aos fins sociais buscados pelo legislador”. Tanto assim é que, legalmente, é obrigatório o consentimento do adotando com mais de 12 (doze) anos de idade, além de estar recomendada a oitiva sobre a medida, sempre que possível, de crianças, devendo a sua manifestação ser devidamente apreciada.

dúvida de que, em tal caso, houve a extrapolação dos limites da boa-fé ou dos bons costumes por parte dos requeridos (“teoria do abuso do direito”).

A reparação do dano resultante dessa conduta ilícita poderá englobar não só a obrigação do pagamento de uma só vez de determinado valor como também o pagamento, em parcelas, dos chamados alimentos ressarcitórios, fundados na responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana.

A fixação imediata da obrigação alimentar, sob a designação de antecipação dos efeitos da tutela, dentre outros fundamentos, decorre da circunstância de que, subjacente ao princípio da prioridade absoluta, previsto no art. 227, “caput”, da Constituição da República, estabeleceu-se a presunção legal do dano irreparável ou de difícil reparação, em caso de demora na atuação protetiva aos direitos infanto-juvenis, quer pela família, pela comunidade e pela sociedade, quer pelo Poder Público e, em especial, pelo Poder Judiciário, “*como cidadela de garantia dos direitos individuais e das relações entre governantes e governados*”.

A propósito, numa das decisões que concederam a antecipação parcial dos efeitos da tutela pleiteada pelo Ministério Público, na correspondente ação civil pública, o tema está assim resumido, com mestria:

“Na verdade, a devolução pode ser considerada um dano irreversível, haja vista que, mesmo que a criança venha a ser adotada, esse trauma vai ficar registrado. Assim, a devolução representa um verdadeiro aniquilamento na autoestima (revestimento do caráter) e na identidade da criança, *que não mais sabe quem ela é*.

Aliás, seria de uma atrocidade imensurável obrigar uma criança a aguardar a decisão definitiva de uma ação judicial para ter a possibilidade de ver diminuídos os traumas sofridos.

Noutro passo, considerando o princípio da proteção integral da criança e do adolescente e a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, que apresenta hipossuficiência frente à defesa dos seus próprios interesses, além de apresentar interesses especiais, poder-se-ia até mesmo concluir que o *periculum in mora* é presumido por lei.

Por último, quanto ao pressuposto negativo, isto é, reversibilidade dos efeitos do provimento, diante do risco de dano irreparável ao direito da favorecida, diante da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, bem como diante da natureza alimentar do pedido, creio ser necessária a presença desse pressuposto.

Aclare-se que, considerando que os alimentos pleiteados a título de antecipação dos efeitos concretos da sentença visam a garantir a própria sobrevivência da criança, pode-se, com tranquilidade, reconhecer seu caráter de *irrepetibilidade*, ou seja, ainda que, a *posteriori*, venha esta decisão a ser modificada, alterada, ou o pedido julgado improcedente, não estaria a favorecida obrigada a ressarcir aos demandados aquilo que deles recebeu...” (Autos nº 0702 09 567849-7 – Comarca de Uberlândia – Prolatora: Édila Moreira Manosso, Juíza de Direito Titular da Vara da Infância e da Juventude – Data: 01 de junho de 2009).

Tais alimentos serão pagos a título de dano emergente⁷, uma vez que, em razão do ato ilícito – sede da responsabilidade civil em questão –, a criança adotanda passará a ter gastos mensais extraordinários, a fim de custear o mais rapidamente possível sessões de psicoterapias para a amenização do dano moral sofrido, as quais deverão ocorrer pela vida inteira, mesmo que com pequenos intervalos na fase adulta.

Ademais, afigura-se razoável que esses alimentos sejam pagos até a idade de 25 (vinte e cinco) anos, conforme critério adotado pela jurisprudência em hipóteses semelhantes. Isto porque, a partir dessa idade, presume-se que a pessoa (adotanda ou adotada, no exemplo da tese) tenha adquirido plenas condições de arcar sozinha com o acompanhamento psicoterápico⁸⁻⁹.

O dano moral, como se sabe, deve ser fixado em parcela única, decorrente de arbitramento judicial, nos termos dos parágrafos únicos dos arts. 950 e 963 do Código Civil, devendo ainda ter caráter punitivo, a saber:

⁷ Na hipótese de o processo de adoção da criança ter sido concluído, com o trânsito em julgado da sentença, havendo a “devolução” do filho ao Juízo ou à instituição de acolhimento, a natureza jurídica dos alimentos não será apenas ressarcitória, podendo ainda, alternativamente, se constituir em dever legal insculpido no art. 33, § 4º, parte final, do ECA, na nova redação dada pela Lei n. 12.010 de 2009.

⁸ O critério adotado no parágrafo em questão, no que diz respeito ao termo final da obrigação alimentar, é aquele relativo “à pensão a filho menor pela morte do pai”. Veja-se: “A pensão devida ao filho menor em caso de morte do pai finda aos 25 anos de idade do beneficiário. Presume-se que em tal idade terá ele completado a sua formação escolar, inclusive universitária (RSTJ 100/161, 102/251, 121/255, 134/88). *Apud* Sergio Cavalieri Filho, *ob. cit.*, p. 117).

⁹ Em relação aos **juros moratórios**, cabíveis no caso, impõe-se observar o seguinte: “A taxa de juros moratórios [art. 398 do Código Civil] a que se refere o art. 406 [do Código Civil] é a do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, ou seja, 1% ao mês, conforme enunciado aprovado na *Jornada de Direito Civil* promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal, realizado nos dias 11 a 13 de setembro de 2002 no Superior Tribunal de Justiça”. *Idem*, pág. 119. Ver ainda Súmulas 54 e 254 do Superior Tribunal de Justiça.

“A indenização punitiva do dano moral surge como consequência da mudança de paradigma da responsabilidade civil e atende a dois objetivos bem definidos: a prevenção (através da *dissuasão*) e a punição (no sentido de *redistribuição*),”¹⁰

Enfim, se ocorrer “devolução” injustificada de criança ou de adolescente entregue para fins de adoção, com o agravamento voluntário ou negligente de seu sofrimento pelos requeridos, é admissível, em tese, a reparação por dano moral e/ou material, tendo em vista o que dispõe o art. 188, c/c o art. 927, ambos do Código Civil, a saber:

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

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

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

Além disso, é possível, na pior das hipóteses, que se vislumbre o abuso de direito pelos adotantes, à medida que, leviana ou descomedidamente, eles tenham, com a sua conduta, causado intenso sofrimento emocional ou psicológico ao adotando.

Coisa julgada no Juízo Criminal e sua repercussão ou não no Juízo Cível

Num dos casos concretos da comarca de Uberlândia, os requeridos foram processados no Juízo Criminal pelo crime de abandono material, tendo sido, porém, absolvidos, sob o fundamento de que, com o recebimento da criança pelo Juízo da Infância e da Juventude, seguindo-se a sua institucionalização, a conduta deles passou a ser atípica.

Na denúncia do Ministério Público com atuação numa das Varas Criminais da referida comarca não foi feita qualquer menção aos agravos físicos e psicológicos perpetrados pelos requeridos contra aquela criança, assim que ela retornou à instituição de acolhimento (“abrigo”). Houve notícias comprovadas de ter havido agressões físicas e de xingamentos públicos em relação ao filho, após a sua “devolução” à entidade de acolhimento, vale dizer, a criança foi submetida a vexame, constrangimento, dor moral, sofrimento *etc.*

Por conseguinte, a absolvição dos requeridos, no Juízo Criminal, fundamentou-se nas disposições do art. 386, III, do Código de Processo Penal¹¹, e não no art. 386, VI, do mesmo Código, apesar de o magistrado, por equívoco, ter mencionado este último inciso. Porém, toda a fundamentação da sentença e a sua parte dispositiva foram no sentido de que a conduta dos requeridos era atípica.

Esse equívoco, tecnicamente falando, está dentro do conceito legal de inexatidão material, não havendo dúvida, portanto, de que o legislador autorize a sua correção, até mesmo de ofício, a teor do disposto no art. 463, I, do Código de Processo Civil, c/c o art. 3º do Código de Processo Penal. E mais, na sentença absolutória em causa, o magistrado não deixou de reconhecer que tivesse havido a devolução da criança à instituição de acolhimento (existência material do fato apontado na denúncia, para justificar o abandono); a sua interpretação jurídica, porém, é que pode, legitimamente, estar sujeita a visões ou a resultados diversos numa instância e noutra.

Consequentemente, essa absolvição não pode provocar qualquer repercussão no Juízo Cível, mormente diante das disposições expressas dos arts. 65¹² e 66¹³ do Código de Processo Penal, aliado ao que prescrevem os arts. 468¹⁴ e 469¹⁵ do Código de Processo Civil, por força do disposto no já citado art. 3º do Código de Processo

¹⁰ *Ob. cit.*, p. 94.

¹¹ Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

I - [...];

III - não constituir o fato infração penal;

VI - existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;

VII - [...].

¹² Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

¹³ Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.

¹⁴ Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

¹⁵ Art. 469. Não fazem coisa julgada:

I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;

III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

Penal, dentre outras disposições legais. Sem contar que a ação civil pública fundou-se em fatos e fundamentos jurídicos diversos.

Conclusão

O estágio de convivência, previsto no art. 46 do ECA, 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, especialmente diante dos princípios constitucionais da *dignidade da pessoa humana* e da *prioridade absoluta* em relação à proteção integral à infância e à juventude.