

Guarda para fins de adoção: uma relação de cuidado dentro do Direito à convivência familiar

Marcelo de Mello VIEIRA*

Marina Carneiro Matos SILLMANN**

RESUMO: Crianças e adolescentes são titulares do direito de serem cuidadas, cabendo aos guardiões para fim de adoção o dever de efetivarem esse direito. A presente pesquisa teve como objetivo analisar o dever de cuidado após a concessão da guarda para fins de adoção. Com esse intuito, cumpre abordar o direito da criança e do adolescente ao cuidado, o direito à convivência familiar, o dever de cuidado no procedimento pré-adoção e a efetivação desse dever. Foi empregado o raciocínio dedutivo, por se tratar de pesquisa teórica, que utilizando como fontes artigos publicados, decisões jurídicas e normas relacionadas à temática do dever de cuidado, à luz do método qualitativo.

PALAVRAS-CHAVE: Criança; adolescente; guarda para fins de adoção; dever de cuidado.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. O direito da criança e do adolescente ao cuidado; – 3. O Direito à convivência familiar e o dever de cuidado; – 4. O dever de cuidado no procedimento pré-adoção; – 5. Conclusão; – Referências.

TITLE: *Custody for Adoption Purposes: a Relationship of Care within Family Life Rights*

ABSTRACT: *Children and adolescents have the right to be cared for, and guardians for the purpose of adoption have the duty to implement this right. The present research aims to analyze the duty of care after the granting of custody for adoption purposes. To this end it addressed the right of children and adolescents to be taken care of, the right to family life, the duty of care in the pre-adoption procedure and the implementation of this duty. Being a theoretical research, deductive reasoning was used, with sources such as published articles, legal decisions and standards related to the theme of duty of care, in light of the qualitative method.*

KEYWORDS: *Child; adolescent; custody for adoption; duty of care.*

CONTENTS: *1. Introduction; – 2. The right of children and adolescents to care; – 3. The family life right and the duty of care; – 4. The duty of care in the pre-adoption procedure; – 5. Conclusion; – References.*

1. Introdução

Ao incorporar os ideais de pluralidade, inclusão e promoção da igualdade material, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) provocou mudanças no Direito Privado brasileiro, já que, tradicionalmente, esse ramo jurídico adotava a concepção de igualdade formal e de exclusão daqueles que não preenchiam os requisitos para a capacidade civil. Assim, as discussões sobre a proteção dos vulneráveis,

* Mestre em direito pela UFMG, doutor em direito privado pela PUCMinas e pós-doutorado em direito pela UFSC.

** Mestre em direito privado pela PUCMinas.

aqueles que, em razão de alguma característica, não estão em patamar de igualdade, ganharam destaque.

Nesse contexto, crianças e adolescentes, pessoas cuja vulnerabilidade é patente, também ganharam um outro tratamento, após a positivação da Doutrina da Proteção Integral pelo texto constitucional. Esse novo tratamento demanda atuações positivas do Estado, da família e da sociedade para a efetivação dos Direitos das crianças e dos adolescentes, incluído os direitos à participação, à autonomia progressiva e ao desenvolvimento saudável. Para que sejam concretizados, é necessário, por outro lado, o cumprimento do dever de cuidado, compreendido como o núcleo mínimo de obrigações a serem desempenhados pelos pais.

Em situações excepcionais, a criança ou o adolescente não serão criados pela sua família natural, e sim pela família substituta, uma alternativa legal para a efetivação do Direito à convivência familiar. Entre as possibilidades para tanto, está a adoção. Com o intuito de preservar os interesses da criança e do adolescente a serem adotados, o Estatuto da Criança e do Adolescente, sob a perspectiva dos adotantes, preconiza três fases distintas: fase de habilitação ou fase administrativa; a fase pré-processual, em que a guarda do adotando é concedida ao adotante, e a fase processual propriamente dita.

O objetivo do presente trabalho é, portanto, analisar a efetivação do dever de cuidado na guarda concedida com o objetivo de adoção. Para tanto, a pesquisa analisará o direito ao cuidado e como esse direito se relaciona com o Direito à convivência familiar para, em seguida, tecer apontamentos sobre o dever de cuidado no procedimento pré-adoção, a fim de, então, constatar quais são os deveres do adotante em relação ao adotando.

Para tanto, será adotado o raciocínio dedutivo, se tratando de pesquisa teórica, que utilizará como fontes artigos publicados, decisões jurídicas e normas relacionadas à temática da preparação para adoção do adotando, sendo que o método aplicado é de natureza qualitativa.

2. O direito da criança e do adolescente ao cuidado

A discussão sobre vulnerabilidade para o Direito é relativamente recente e é baseada nos ideais de pluralidade, inclusão e de promoção da igualdade material trazidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) para todos aqueles que estão em solo brasileiro. Esse novo conceito passou a ser essencial para o Direito

Privado brasileiro, construído historicamente sob o pilar da igualdade formal e na exclusão daqueles que não atendessem os requisitos legais de capacidade para o tráfego jurídico. Vulnerável não é sinônimo de juridicamente incapaz, podendo ele ser definido como aquele que tem “[...] restrições participativas na autodeterminação como interlocutores nas relações jurídicas e situações jurídicas nas quais se posicionam nos polos subjetivos”.¹

Esse entendimento depreendido do texto constitucional de 1998 determinou uma mudança na postura do Estado no trato desses vulneráveis, com o intuito de incluí-los na vida social. A proteção alicerçada em um sistema de exclusão, como o sistema de capacidades constante nos códigos civis brasileiros, deve ser substituída por um tratamento que consiga incluí-los. Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem afirmam que essa nova proteção deve “proteger respeitando as diferenças e assegurando o acesso, sem discriminação. É criar condições de igualdade, sem retirar acesso ou capacidades, mas garantindo condições de convivência e atuação”.² Por essa razão, pode-se afirmar que o novo tratamento deve fomentar a autonomia possível da pessoa vulnerável para que ela consiga participar ativamente da sociedade.

Na CRFB/1988, é possível identificar grupos que ela reconheceu como vulneráveis, seja em razão de uma questão patrimonial, seja por uma questão existencial,³ e para os quais demandou a criação de um sistema de normas adequadas para a promoção de seus direitos.

Dentro desse contexto, esse mesmo texto constitucional positivou a Doutrina da Proteção Integral (art. 227), assumindo o compromisso de modificar o panorama normativo

¹ SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. Autonomia privada e vulnerabilidade: o direito civil e a diversidade democrática. In: LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna (Org.). *Autonomia e vulnerabilidade*. Belo Horizonte: Arraes editores, 2017, p. 3.

² MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 115.

³ As transformações promovidas pelo texto constitucional de 1988 trouxeram um desafio ao Direito Privado, uma vez que exigiram que ele superasse sua visão essencialmente patrimonialista e dividisse seu foco com as questões existenciais. Isso também trouxe uma camada a mais de complexidade na discussão sobre as vulnerabilidades que abarcariam tanto o exercício dos direitos de cunho patrimonial quanto os de natureza existencial. Carlos Konder diferencia as noções de vulnerabilidade da seguinte maneira: “vulnerabilidade patrimonial, aquela que ameaça o patrimônio em razão de uma inferioridade contratual, da vulnerabilidade existencial, aquela cuja lesão atinge a esfera extrapatrimonial da pessoa ocasionando danos à sua dignidade” (KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 99, mai./jun. 2015, p. 101-123).

referente às crianças e aos adolescentes até então vigente.⁴ Houve, assim, a transição de um sistema que trabalhava com a ideia do menor, incapaz, objeto de caridade, repressão e assistencialismo, para uma concepção que coloca a criança e o adolescente como protagonistas de seu processo de desenvolvimento. A Doutrina também concede a eles todos os direitos fundamentais conferidos aos adultos, além daqueles específicos para essa condição.⁵ Nesse contexto, a Doutrina da Proteção Integral representa a ideia de que “toda criança e adolescente são merecedores de direitos próprios e especiais que, em razão de sua condição específica de pessoas em desenvolvimento, estão a necessitar de uma proteção especializada, diferenciada e integral”.⁶

Ressalta-se que esse movimento acompanhou o cenário internacional, sendo que o Brasil se antecipou em relação ao que seria o objeto da Convenção dos Direitos das Crianças de 1989 (CDC/1989). Ao analisar a referida Convenção, Martins aponta que há o reconhecimento da criança como pessoa em desenvolvimento, vulnerável, mas que tem uma capacidade progressiva e que é sujeito ativo do seu processo de amadurecimento.⁷ Assim, a criança e o adolescente assumem um papel de protagonistas no decurso de seu desenvolvimento, contudo, em razão das especificidades dessas fases da vida humana, são considerados como vulneráveis sob a ótica do Direito.

Essa vulnerabilidade deve ser compreendida nos moldes da noção proposta para o Direito brasileiro, ou seja, da presença de uma característica inerente a esse grupo que o faz não estar em condições de participar em pé de igualdade nas situações jurídicas com outras pessoas. Essa vulnerabilidade, apesar de temporária, demanda atuações positivas do Estado, da família e da sociedade, conforme prevê o já mencionado art. 227 da CRFB/1988, para a efetivação do direito de crianças e de adolescentes a participarem, na medida possível, do exercício dos seus direitos, com os estímulos necessários para o desenvolvimento da autonomia.⁸

⁴ O panorama anterior à CRFB/1988 se refere à Doutrina da situação irregular. Tal Doutrina “se resume na criação de um marco jurídico que legitime uma intervenção estatal discricionária sobre esta espécie de produto residual da categoria infância, constituída pelo mundo dos menores” (GARCÍA MÉNDEZ, Emílio. *Infância e cidadania na américa latina*. Trad. Angela Maria Tijiwa. São Paulo: Editora HUCITEC; Instituto Ayrton Senna, 1998, p. 88). O Código de Menores (Lei n. 6.697 de 1979) descrevia o que consistiria a situação irregular, apresentando as seis circunstâncias nas quais o menor estaria nessa condição, que abrangiam desde a ausência dos cuidados necessários para a vida até a prática de infração penal.

⁵ SILLMANN, Marina Carneiro Matos. *Competência e recusa de tratamento médico por crianças e adolescentes: um necessário diálogo entre o biodireito e o direito infantojuvenil*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019.

⁶ VERONESE, Josiane Rose Petry. *Das sombras à luz: o reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 113.

⁷ MARTINS, Rosa. Responsabilidades parentais no século XXI: a tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Org.). *Cuidado & vulnerabilidade*. São Paulo, Atlas, 2009, p. 76-95.

⁸ Assim, o fato de estar presente uma situação de vulnerabilidade não significa a eliminação completa da população infantoadolescente nos assuntos de seu interesse.

Esse dever decorre do direito à participação previsto no art. 12 da CDC/1989, o qual representa a inclusão da criança nos assuntos que lhe digam respeito, o direito de ser ouvida, escutada e ter suas opiniões consideradas. Ao analisar esse princípio, Moral Ferrer ressalta a inserção do princípio da participação como sendo o meio ao qual toda criança deve ter acesso para que os adultos tomem conhecimento sobre seus pensamentos e entendam que estão diante de um ser capaz de pensar e de atuar a seu favor.⁹ Rosa Martins¹⁰ ressalta que o direito da criança de exprimir a sua opinião traz para os adultos um dever “de criar as condições, designadamente de tempo e de lugar, para que as crianças se possam sentir confortáveis e encorajadas a expressar as suas opiniões e os seus sentimentos”.¹¹

No mesmo sentido, para o Direito da Criança e do Adolescente, a autonomia é concebida de forma progressiva, ou seja, ampliada à medida que a criança ou o adolescente desenvolve as aptidões necessárias para o exercício de determinada habilidade. O princípio da autonomia progressiva foi reconhecido pelo art. 5º da CDC/1989:

Os Estados Partes respeitarão as responsabilidades, os direitos e os deveres dos pais ou, onde for o caso, dos membros da família ampliada ou da comunidade, conforme determinem os costumes locais, dos tutores ou de outras pessoas legalmente responsáveis, de proporcionar à criança instrução e orientação adequadas e acordes com a evolução de sua capacidade no exercício dos direitos reconhecidos na presente convenção.

A partir desse princípio, pode se compreender a existência de um dever, a ser cumprido pela família e demais pessoas próximas à criança, de instruir e de orientar o processo de desenvolvimento.¹² Assim, esse papel do adulto é de apoio e de orientação com o intuito de permitir que a criança ou o adolescente exerça seus direitos em conformidade com

⁹ MORAL FERRER, Anabella J. Del. El derecho a opinar de niños, niñas y adolescentes em la Convención sobre los Derechos del Niño. *Cuestiones Jurídicas*, Maracaibo, n. 2, v. 1, n. 2, jul./dez. 2007.

¹⁰ MARTINS, Rosa. Responsabilidades parentais no século XXI: a tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Org.). *Cuidado & vulnerabilidade*. São Paulo, Atlas, 2009, p. 89.

¹¹ Nesse sentido, vela lembrar os ensinamentos de Gaspar, Rodrigues e Gil, que defendem que “[N] nesse novo paradigma advoga-se como essencial ouvir a criança e conferir-lhe o poder, até aqui reservados aos adultos, de participar nas decisões que lhe dizem respeito, de acordo com o seu nível de desenvolvimento e capacidade de compreensão. Não é suficiente zelar pela proteção, prevenção e promoção dos direitos mais básicos da criança, importa contar com a sua efetiva participação, equilibrando as questões que asseguram a sua proteção com a audição da sua vontade, atendendo ao seu superior interesse” (GASPAR; João Pedro; RODRIGUES, Sônia; GIL, Carlos Jesus. Conceito de crianças e seus direitos: implicações para o sistema de proteção infantil. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Org.). *Cuidado e cidadania: desafios e possibilidades*. Rio de Janeiro: GZ, 2019, p. 237).

¹² VIERA, Marcelo de Mello; SILLMANN, Marina Carneiro de Matos. Autonomia progressiva e exercício dos direitos da personalidade: reflexões sobre os artigos 3º e 4º do Código Civil Brasileiro de 2002. In: *Anais V Encontro Internacional do CONPEDI Montevideu*, 2016.

seu desenvolvimento¹³ e deve ser desempenhado com base na noção do dever legal de cuidado. A definição desse dever foi feita, de forma objetiva, pela Ministra Nancy Andrighi, no voto do Recurso Especial n. 1.159.242-SP, que apontou os aspectos por meio dos quais o dever de cuidado se manifesta, bem como ressaltou a existência de um núcleo mínimo de cuidados a serem cumpridos pelos pais, além daqueles preestabelecidos pela lei, com o objetivo de assegurar à criança ou ao adolescente as condições necessárias para o desenvolvimento saudável. Cuidado não se confunde com afeto, já que o último não pode ser utilizado como parâmetro de análise por se tratar de um sentimento não aferível pelo Direito, sendo algo interno a quem sente. Assim, o que permeia o direito da criança e do adolescente é, de fato, a noção de cuidado. Nesse sentido:

Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: *o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente; ganha o debate contornos mais técnicos, pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar.* (grifos no original)¹⁴

Tem-se ainda que o dever de cuidado envolve aspectos materiais, de assistência financeira e existenciais. Especialmente sobre esse último, Arruda Alvim¹⁵ destaca que a efetivação do dever de cuidado deve se dar com o respeito às limitações, às aptidões e às perspectivas da criança ou do adolescente – cuja base é a compreensão de que são seres humanos em formação –, o zelo pela segurança e saúde e a orientação nas ações, com o respeito à individualidade da criança e do adolescente, considerando suas limitações e valorizando suas opiniões e iniciativa. Nesse contexto, ouvir a criança e promover sua participação no exercício de seus direitos e nas decisões da família estão incluídas na noção de cuidado.

Tânia da Silva Pereira, precursora no estudo jurídico do cuidado, defende que ele pode ser depreendido dos arts. 3º, 7º, 9º e 18 da CDC/1989 e que ele deve orientar as relações

¹³ SILLMANN, Marina Carneiro Matos. *Competência e recusa de tratamento médico por crianças e adolescentes: um necessário diálogo entre o biodireito e o direito infantojuvenil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

¹⁴ Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.159.242 –SP*. Relator: Min. Nancy Andrighi. Ementa: civil e processual civil. Família. Abandono afetivo. Compensação por dano moral. Possibilidade. Julgamento em 24 abr. 2012, publicação em 10 maio 2012.

¹⁵ ALVIM, Arruda. O respeito ao dever de cuidado com a infância e atuação do menor no processo civil. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Org.). *Cuidado e o direito de ser: respeito e compromisso*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018, p. 113-114.

familiares e institucionais.¹⁶ Dessa forma, pode-se dizer que, além dos pais, o dever de cuidado deve permear a atuação de todos aqueles que trabalham com crianças e adolescente – seja pelo Poder Público (Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário) seja por agentes privados –, especialmente aqueles que se envolvem diretamente com a criança, já que é uma maneira de suprir a vulnerabilidade da população infantoadolescente e assegurar a efetivação dos seus direitos, especialmente o Direito à convivência familiar.

3. O Direito à convivência familiar e o dever de cuidado

Compreendendo essa vulnerabilidade, a CRFB/1988 trouxe no art. 227 direitos específicos para a população infantoadolescente, direitos estes que se somam aos direitos e às garantias previstas nos arts. 5º e seguintes e cuja efetivação é essencial para assegurar que as crianças e os adolescentes cheguem à fase adulta já como cidadãos ativos e autônomos. Entre essas leis, está o Direito à convivência familiar, que reforça o de uma criança ser criada em uma família, preferencialmente na família natural.

O texto constitucional consagra a família como base do Estado, razão pela qual ela tem especial proteção, mas não a conceitua de forma ampla, preferindo reconhecer o casamento, a união estável e a família monoparental como entidades familiares (art. 226). Outras leis trouxeram definições de família que se aplicam especificamente às relações familiares nas quais há pelo menos uma criança ou um adolescente presente. Tais conceitos são importantes para compreender como o microsistema do Direito infantoadolescente entende a ideia de família e como se operacionaliza o Direito à convivência familiar.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990) traz três formas de família, conceituando duas delas. A primeira delas é a família natural, nome dado à “comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes” (art. 25, *caput*). O parágrafo único do mesmo artigo define família extensa ou ampliada como aquela que está “além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade”. Dessa forma, pode-se afirmar que, para a configuração da família ampliada, é necessária a existência de quatro vínculos diferentes, quais sejam: afetividade, afinidade,

¹⁶ PEREIRA, Tânia da Silva. O cuidado como valor jurídico. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Ética da convivência familiar: sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 231-232 e p. 243.

convivência e parentesco. A família substituta, por sua vez, não goza de definição legal, podendo ser entendida como aquela que não é nem família natural e nem família ampliada,¹⁷ o que pode incluir pessoas com as quais a criança tenha um ou mais dos vínculos pensados para a família ampliada – mas não todos – ou até aquelas com as quais a criança não desenvolveu sequer um dos elos tipificados. Nesse caso, a inserção da criança ou do adolescente nessas famílias se dá por meio de guarda, tutela ou adoção (art. 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Esses conceitos são importantes porque já na definição de Direito à convivência familiar, a legislação os usa para estabelecer uma ordem de preferência legal para a efetivação dessa garantia. O art. 19 da Lei n. 8.069/1990 define o Direito à convivência familiar como o “direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral”. Na sistemática legal, é direito da criança e do adolescente serem mantidos em sua família natural e, não sendo possível, eles devem ser encaminhados, primeiramente, para a família ampliada e, também, em caso de impossibilidade, para a família substituta, considerando que, nessa última, há preferência por pessoas com as quais exista pelo menos um tipo de vínculo (afetividade, afinidade, convivência ou parentesco) (art. 28, §3º do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Note-se que, em um primeiro momento, pode parecer que o Estatuto da Criança e do Adolescente dá uma exagerada preponderância aos aspectos biológicos, uma vez que a família natural necessariamente seria a família de origem e que, para a configuração da família ampliada, é exigido o parentesco próximo. Essa é uma falsa análise. Um exame mais profundo da sistemática legal, permite concluir que o Direito à convivência familiar é um direito à preservação de vínculos e que há uma presunção, bastante justa, que na família natural há o maior número de laços a serem preservados, alguns dos quais existem exclusivamente lá (genético e histórico). Como já abordado, a família ampliada pressupõe a união de quatro tipos de vínculos diferentes que se traduzem em uma proximidade com a criança. Mesmo na inserção em família substituta, o magistrado deve procurar pessoas com as quais a criança tenha algum tipo de laço. Essa ordem legal tem, portanto, um objetivo: preservar os vínculos, o que também significa reduzir traumas provocados pela retirada de alguém de sua família.

¹⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; VIEIRA, Marcelo de Mello. Construindo o direito à convivência familiar de crianças e adolescentes no Brasil: um diálogo entre as normas constitucionais e a Lei n. 8.069/1990. *Civilistica.com*, a. 4, n. 2, 2015, p. 23.

O Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária amplia a ideia de família trazida no Estatuto da Criança e do Adolescente. Segundo esse documento,

[...] a definição legal não supre a necessidade de se compreender a complexidade e riqueza dos vínculos familiares e comunitários que podem ser mobilizados nas diversas frentes de defesa dos direitos de crianças e adolescentes. Para tal, torna-se necessária uma definição mais ampla de “família”, com base socioantropológica. A família pode ser pensada como um grupo de pessoas que são unidas por laços de consanguinidade, de aliança e de afinidade.¹⁸ Esses laços são constituídos por representações, práticas e relações que implicam obrigações mútuas. Por sua vez, estas obrigações são organizadas de acordo com a faixa etária, as relações de geração e de gênero, que definem o status da pessoa dentro do sistema de relações familiares.

[...]

Além destas definições, o cotidiano das famílias é constituído por outros tipos de vínculos que pressupõem obrigações mútuas, mas não de caráter legal e sim de caráter simbólico e afetivo. São relações de apadrinhamento, amizade e vizinhança e outras correlatas. *Constam dentre elas, relações de cuidado estabelecidas por acordos espontâneos e que não raramente se revelam mais fortes e importantes para a sobrevivência cotidiana do que muitas relações de parentesco. Aos diversos arranjos constituídos no cotidiano para dar conta da sobrevivência, do cuidado e da socialização de crianças e adolescentes, daremos o nome de “rede social de apoio”, para diferenciá-la de “família” e de “família extensa”. É preciso lembrar, nestes casos, que se as obrigações mútuas construídas por laços simbólicos e afetivos podem ser muito fortes, elas não são necessariamente constantes, não contam com reconhecimento legal e nem pressupõem obrigações legais. (destaques nossos)*¹⁹

O mencionado plano destacou um elemento importantíssimo para a compreensão de família para o Direito da Criança e do Adolescente e, como consequência, para o Direito à convivência familiar: o exercício do cuidado. Inspirado em autores como John Bowlby, o Promotor de Justiça Sacha Alves Amaral defende que o afeto é razão de ser do Direito

¹⁸ Esse entendimento foi consagrado pela Lei n. 14.344/2022, que criou mecanismos para a prevenção e o combate da violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente, trazendo uma nova contribuição à ideia de família. Ela definiu, em seu art. 2º, II, que, para os fins da lei, âmbito familiar compreende “a comunidade formada por indivíduos que compõem a família natural, ampliada ou substituta, por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa”.

¹⁹ BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos e Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. *Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária*. Brasília, 2006.

à convivência familiar.²⁰ Todavia, como abordado no tópico anterior, o afeto é um sentimento e, por essa razão, ele não pode ser a base de qualquer direito, menos ainda de um direito fundamental. Dizer isso não é reduzir a importância desse sentimento na vida de qualquer pessoa, especialmente para as pessoas em desenvolvimento, mas insistir em reavivar a discussão jurídica sobre o afeto é impedir ou dificultar que o direito se preocupe com o que pode ser objetivamente aferível, como bem explicitou a Ministra Nancy Andrighi em seu voto no Recurso Especial n. 1.159.242-SP. Ademais, pode-se argumentar que o afeto não surge do nada, mas nasce dos cuidados feitos no convívio com a criança ou com o adolescente.²¹

Assim, o cuidado não se relaciona somente com as relações familiares, sendo ele mais uma condição para que uma pessoa em desenvolvimento se torne cidadã.²² Entretanto, sendo a família, qualquer que seja a sua modalidade, a instância de proteção mais próxima da criança, aquela que tem o contato diário, é mais lógico que esse cuidado seja exigido primordialmente, mas não unicamente, dela.²³ Arruda Alvin ensina que

[...] o cuidar envolve o respeito às limitações e o estímulo às aptidões e perspectivas do menor, compreendido como ser humano em formação. Por isso, o simples amparo material não se afigura suficiente ao atendimento a esse dever: é preciso mais. Deve-se, no mínimo: zelar pela segurança e saúde física e psíquica do menor; orientá-lo em suas

²⁰ Fala do Promotor de Justiça da Infância de Juventude do Estado do Rio Grande do Norte, Sacha Alves Amaral na aula dada sobre “Aspectos metodológicos: 1. Elaboração do Plano Individual de Atendimento (PIA) e audiências concentradas” do Curso intitulado “Proteção integral de crianças e adolescentes: o direito à convivência familiar e comunitária dentro e fora dos serviços de acolhimento” promovido pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, 2022.

²¹ O Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária chama atenção para a relação entre o cuidado e o afeto afirmando que “[T] tanto a imposição do limite, da autoridade e da realidade quanto o cuidado e a afetividade são fundamentais para a constituição da subjetividade e do desenvolvimento das habilidades necessárias à vida em comunidade. “[...] Assim, as experiências vividas na família tornarão gradativamente a criança e o adolescente capazes de se sentirem amados, de cuidar, se preocupar e amar o outro, de se responsabilizar por suas próprias ações e sentimentos. Estas vivências são importantes para que se sintam aceitos também nos círculos cada vez mais amplos que passarão a integrar ao longo do desenvolvimento da socialização e da autonomia” (BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos e Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. *Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária*. Brasília, 2006, p. 24-25).

²² Sobre esse ponto, Ana Maria Iencarelli é certa ao defender que “[O] o cuidado, conceito psico-jurídico, embora amplo, refere-se à atitude amorosa e responsável que reza a Cidadania, neste tomo. Temos um vulnerável, a criança, que precisa receber o cuidado de qualidade para que aceda à cidadania na idade adulta. A Cidadania é um processo que construído ao longo do desenvolvimento da criança, depois do adolescente, para assumir a forma jurídica do convívio em grupos, menores e maiores, para atingir a sociedade” (IENCARELLI, Ana Maria. Quando a cidadania do amanhã é comprometida ou obstruída na infância. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Org.). *Cuidado e cidadania: desafios e possibilidades*. Rio de Janeiro: GZ, 2019, p. 47).

²³ Sobre a relação entre a família natural e dever de cuidado, Rosa Martins afirma que “[S] são, de fato, os pais quem, pela sua proximidade existencial, em melhor posição se encontram para cuidarem do filho por forma a que ele, não só sobreviva, mas também se desenvolva de forma plena e harmoniosa” (MARTINS, Rosa. Responsabilidades parentais no século XXI: a tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Org.). *Cuidado & vulnerabilidade*. São Paulo, Atlas, 2009, p. 91).

ações respeitando sua individualidade de acordo com o discernimento e faixa etária; educá-lo, considerando suas limitações e valorizando suas opiniões e iniciativas; fazer com que se sinta inserido na família, na escola, no bairro, na sociedade.²⁴

Como adverte Heloísa Barboza,²⁵ o dever de cuidar gera uma correspondente responsabilidade aos cuidadores, responsabilidade esta que, se não satisfeita, pode acarretar intervenções e até sanções. Dentro do Direito à convivência familiar, esse cuidado se relaciona com a outra faceta dessa lei: o dever de propiciar ambiente capaz de assegurar à criança ou ao adolescente seu desenvolvimento integral. A ausência desse ambiente de cuidado, representada pela não garantia dos direitos fundamentais, é o que autoriza o Estado a intervir nessa família e, em casos graves – o que não pode ser entendido com a mera carência de recursos materiais –, proceder à retirada de uma criança de sua família natural, ainda que seja para a inserção dela em família extensa. Ressalta-se que a retirada de uma criança de sua família é uma medida excepcional e deve ser tomada após a investigação de causas e a aplicação sem sucesso das medidas protetivas previstas no art. 101 e as medidas aplicáveis aos pais previstas no art. 129, ambos dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Quando se pensa na família natural e na família extensa, enxergar o cuidado parece ser mais fácil, já que não se discute o dever dos familiares adultos com suas crianças ou seus adolescentes. Também no que tange à parentalidade adotiva, aquela construída com a sentença de adoção, esse dever de cuidado é cristalino. No entanto, quando se está diante da família substituta, especialmente, nas modalidades de guarda e tutela ou dentro da medida de acolhimento, uma zona cinzenta parece se formar. Essa situação torna-se ainda mais nebulosa nas situações nas quais uma criança está em acolhimento institucional esperando para ter sua situação jurídica definida.

Convém destacar que a colocação em família substituta é, em tese, uma medida temporária até que a família natural tenha condições de ter a criança de volta ao seio familiar. A única das formas de inserção em família substituta que é definitiva é a adoção e essa é uma “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” (art. 39, §1º da Lei n. 8.069/1990). Ser excepcional não significa desprestígio

²⁴ ALVIM, Arruda. O respeito ao dever de cuidado com a infância e atuação do menor no processo civil. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Org.). *Cuidado e o direito de ser: respeito e compromisso*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018, p. 113-114.

²⁵ BARBOZA, Heloisa Helena. Paternidade responsável: o cuidado como dever jurídico. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. (org.). *Cuidado e responsabilidade*. São Paulo, Atlas, 2011, p. 90-93.

da adoção,²⁶ e sim que, dentro do Direito à convivência familiar que preza pela manutenção de vínculos, priorizar uma medida cuja premissa é a extinção deles não faz sentido. Isso não significa que a adoção não seja um importante instituto desse direito. Pelo contrário, ela é primordial para situações que não haja laços que valham a pena ser mantidos. Contudo, em razão do inegável rompimento com a família de origem, com a ancestralidade e, às vezes, até com a cultura do país de nascimento, ela pode ser trabalhada também sob a ótica do cuidado em todas as suas fases.

4. O dever de cuidado no procedimento pré-adoção

O Sistema Nacional de Adoção (SNA) foi lançado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) por meio da Resolução n. 289/2019. O SNA integra dois cadastros distintos: o cadastro daqueles que estão disponíveis para adoção e o cadastro das pessoas aptas a adotarem.²⁷ Essa unificação tem como objetivo simplificar o processo de adoção ao concentrar os dados dos adotantes e dos adotandos, o que facilita o acesso às informações, bem como à possibilidade de encontrar uma família com perfil compatível com o da criança ou do adolescente aguardando adoção.

O procedimento de adoção é alvo de críticas constantes, em especial, referentes a um suposto excesso de burocracia, especialmente em relação à manutenção da criança em sua família natural ou à insistência pela busca da família ampliada. Maria Berenice Dias afirma que “os procedimentos de destituição do poder familiar, guarda e adoção, não dispõem de regulamentação condizente com a atual legislação processual”,²⁸ bem como aduz que o Estatuto da Criança e do Adolescente consagra a filiação biológica como absoluta e apresenta a adoção como medida excepcional, sendo tais fatores responsáveis pelas falhas do sistema adotivo. Contudo, o que é denominado pela autora como burocracia tem uma razão de ser. A manutenção na família biológica representa efetivação do Direito da criança à convivência familiar, bem como a preservação de vínculos afetivos já existentes, evitando, dessa forma, que a criança e o adolescente sejam submetidos a um processo traumático de rompimento desnecessário com a sua origem. Também é errôneo conferir ao Estatuto da Criança e do Adolescente a primazia da família natural, já que essa previsão é um dos pilares da CDC/1989 e que o não atendimento dessa determinação pode levar à responsabilização do país no âmbito

²⁶ VERONESE, Josiane Rose Petry; FONSECA, Mariana Lamassa da. Pensando a reintegração familiar e a adoção: a criança e o adolescente como reais sujeitos de proteção. *Revista FIDES*, v. 11, n. 2, 2021, p. 28.

²⁷ VIEIRA, Marcelo de Mello; SILLMANN, Marina Carneiro Matos. Desistência da adoção de crianças e de adolescentes durante o estágio de convivência: reflexões sobre uma possível responsabilização civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 46, Porto Alegre, ago. 2021, p. 97.

²⁸ DIAS, Maria Berenice. Adoção: um direito que não existe. *Revista Direito UNIFACS*, n. 216, 2018, p. 1.

internacional.²⁹ Ao contrário do que salienta a autora, essa primazia não é tida como absoluta, conforme é possível observar pela mera leitura do art. 19 da Lei n. 8.069/1990 e pelo exposto no tópico anterior.

Ressalta-se que a adoção não deve ser vista como uma política pública pensada em benefício daqueles que desejam ter um filho. A adoção é uma forma de efetivação do Direito à convivência familiar, que deve ser analisada sempre sob a ótica da proteção integral, a qual permeia o Direito da criança e do adolescente. Trata-se de uma medida extrema, sendo que a criança ou o adolescente devem ser disponibilizados para adoção apenas quando não for possível a manutenção em sua família de origem – natural ou ampliada, após esgotamento dos recursos para preservação dos vínculos naturais.

Quando se examina a adoção pela perspectiva dos adotantes, é possível visualizar três fases distintas: 1) a habilitação ou fase administrativa; 2) a fase pré-processual – a qual é composta pelo convite aos postulantes para conhecer uma criança com o perfil por eles desejado, o período de aproximação e o início do estágio de convivência; e 3) a fase processual propriamente dita. Cada uma das fases tem suas peculiaridades e em cada uma delas deve haver o acompanhamento da equipe técnica das Varas da Infância e da Juventude.³⁰

A habilitação representa o momento em que os candidatos a pais apresentam a documentação exigida, preenchem o perfil de filho que procuram e são avaliados pelo Poder Judiciário, com a participação da equipe técnica do Juízo e do Ministério Público. Também configura o momento em que os adotantes recebem as orientações para a adoção, já que o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece como etapa obrigatória a participação dos postulantes em programas preparatórios organizados 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” (arts. 50, §3º e 197-C, §1º do Estatuto da Criança e do Adolescente). Essa preparação é importante para que os pais pela via adotiva compreendam que a relação com o filho será construída com a convivência e que será permeada por desafios. Ela

²⁹ É sempre importante lembrar que a CDC/1989 tem *status* de norma suprallegal e que ela “[R] reconhece a família como grupo social primário e ambiente natural para o crescimento e bem-estar de seus membros, especificamente das crianças, ressaltando o direito de receber a proteção e a assistência necessárias a fim de poder assumir plenamente suas responsabilidades dentro da comunidade” e que uma criança “só seria separada de seus pais quando se constatasse abuso, negligência ou qualquer outra atitude da espécie” (PEREIRA, Tânia da Silva. O cuidado como valor jurídico. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Ética da convivência familiar: sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 22).

³⁰ Como o foco desse trabalho é a guarda para fins de adoção, o procedimento judicial de adoção não será objeto de análise pelos autores.

ajuda a trabalhar com as expectativas em relação a uma criança imaginária quando comparada com a criança real, a lidar com eventual luto referente aos projetos de gravidez ou parentalidade pela via biológica, a elaborar as frustrações do processo de adoção, como o tempo de espera e a criação de repertório emocional para lidar com a parentalidade em si.³¹

Nessa etapa também é importante que sejam analisados os motivos pelos quais se quer a filiação adotiva. Nesse sentido:

A análise das razões para adotar é especialmente relevante, já que toda adoção deve se fundamentar em motivos legítimos (art. 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente). Altruísmo, religiosidade, busca pela salvação de casamento, dentre outros são alguns exemplos de motivação que não podem ser considerados legítimos.³²

Após a decisão judicial de deferimento do cadastro dos postulantes à adoção, ocorre a inscrição no SNA e tem início a busca por um adotando com o perfil desejado. Via de regra será observado o critério cronológico das inscrições dentro dos parâmetros eleitos pelos postulantes, o que significa que um perfil mais restrito pode significar ampliação do tempo de espera em razão da dificuldade de se encontrar uma criança ou um adolescente compatível.

Encontrado um adotando com o perfil desejado, os postulantes são chamados a conhecer a história da criança ou do adolescente e, caso aceitem, tem início o período de aproximação. Para Vieira e Sillmann, essa etapa representa o momento em que os interessados conhecem pessoalmente a criança, mas ainda não receberam a guarda para fins de adoção.³³ Seria um processo, como o nome sugere de aproximação, gradual para que a criança possa conhecer quem, possivelmente, vai retirá-la do acolhimento institucional. Os contatos são iniciados dentro da própria instituição e devem evoluir para assegurar a interação fora da entidade.

³¹ Por constituir uma das etapas mais importantes do processo de adoção, essa preparação não deveria ser executada *pro forma*. Isso significa que os cursos disponibilizados para a habilitação para a adoção devem abordar questões como o Direito à origem, as motivações para a adoção e a escolha do perfil do adotando. Devem ainda disponibilizar material para consulta posterior, bem como possibilitar a continuidade dos estudos para fins de aprofundamento após o período de habilitação.

³² VIEIRA, Marcelo de Mello; SILLMANN, Marina Carneiro Matos. Desistência da adoção de crianças e de adolescentes durante o estágio de convivência: reflexões sobre uma possível responsabilização civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 46, Porto Alegre, ago. 2021, p. 98.

³³ VIEIRA, Marcelo de Mello; SILLMANN, Marina Carneiro Matos. Desistência da adoção de crianças e de adolescentes durante o estágio de convivência: reflexões sobre uma possível responsabilização civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 46, Porto Alegre, ago. 2021, p. 112.

O estágio de convivência é marcado pela decisão judicial que concede a guarda para fins de adoção e representa “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”.³⁴ Representa, portanto, o período que antecede a decisão de adoção e possibilita o acompanhamento dos adotantes e dos adotados pela equipe interprofissional a serviço da Justiça.

Para Maria Luiza Ghirardi, o objetivo desse período é “verificar a possibilidade de construção da relação afetiva entre adotantes e adotado”.³⁵ Assim, não se trata da análise de vínculos já consolidados, até porque o período previsto para essa etapa não seria suficiente para tanto, e sim da possibilidade de sua formação. Ressalta-se também que o estágio de convivência não deve ser pensado como um período de *test drive*, pois a criança não é um produto, sujeito a ser devolvido pela não satisfação de certos requisitos. O deferimento desse estágio marca o comprometimento jurídico – e não só moral – dos postulantes em cuidar daquela criança ou daquele adolescente.

O instrumento jurídico responsável por garantir esse compromisso é guarda para fins de adoção, a qual representa um dos institutos pelos quais uma criança ou um adolescente se insere em família substituta (art. 28, Estatuto da Criança e do Adolescente), sendo uma faceta do Direito à convivência familiar (art. 19, Estatuto da Criança e do Adolescente). A guarda, nos termos do art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, obriga o guardião à prestação de assistência material, moral e educacional e dá a esse mesmo guardião o direito de oposição a terceiros, incluindo parente da criança ou do adolescente. Como todo o Direito infantoadolescente, e especialmente o Direito à convivência familiar, esse instituto deve ser interpretado sob a ótica do dever de cuidado.

O dever de cuidado, conforme já ressaltado, consiste em um núcleo mínimo de deveres a serem cumpridos em prol da criança e do adolescente para que se tenha um processo saudável de desenvolvimento humano. Nesse sentido a guarda “não é mera detenção de algo como parecem entender os apelantes, ele implica obrigações dos pretensos pais adotivos e tem ampla repercussão na vida das crianças e adolescentes, principalmente

³⁴ COSTA, Epaminondas da. Estágio de convivência, “devolução” imotivada em processo de adoção de criança e de adolescente e reparação por dano moral e/ou material. In: Congresso Nacional do Ministério Público: o Ministério Público como fator de redução de conflitos e construção da paz social. 18., 2009, Florianópolis-SC. *Livro de teses* [...]. Associação Catarinense do Ministério Público-ACMP. Porto Alegre: Magister, 2009, p. 166.

³⁵ GHIRARDI, Maria Luiza de Assis Moura. *Devolução de crianças adotadas: um estudo psicanalítico*. São Paulo: Primavera Editorial, 2015, p. 29.

no campo emocional”.³⁶

Assim, esse dever pressupõe o comprometimento dos adotantes com o adotando, não apenas com o fornecimento de bens materiais, abrangendo também a oferta de suporte emocional. Prevê ainda o comprometimento dos adotantes de não violarem os direitos do adotando. Embora os adotantes não sejam pais para a lei, esse papel está sendo assumido aos olhos do adotando. Dessa forma, entende-se que os guardiões devem exercer o múnus que assumiram de forma responsável. Nesse momento, os adotantes vão ter contato com a criança real e enfrentar todas as dificuldades que surgem após o fim do período de encantamento, incluindo possíveis regressões ou testes que o adotando irá apresentar decorrentes de questões psicológicas pelos eventuais traumas vivenciados até então.

Durante o período em que a guarda é concedida aos adotantes, a equipe técnica do estabelecimento de acolhimento institucional, bem como a equipe multidisciplinar do Poder Judiciário não deixam de desempenhar suas funções de cuidado com a criança ou com o adolescente. Esses profissionais devem estar disponíveis para fornecerem apoio aos adotantes, inclusive de cunho psicológico, para auxiliar nesse momento de adaptação. É importante que os guardiões devem ser orientados a procurar as equipes em momentos de necessidade, evitando que situações que poderiam ser trabalhadas não se tornem obstáculos tão grandes a ponto de levar à desistência da adoção.

Após o período de convivência, a equipe multidisciplinar vai elaborar um relatório, apontando se adotantes possuem condições de exercerem a parentalidade, com a efetivação do dever de cuidado, em observância às questões acima mencionadas. Caso a resposta seja positiva, a adoção pode ser iniciada ou até deferida caso o procedimento tenha sido iniciado antes.³⁷ Porém, sendo a resposta negativa, ou seja, constatando a não adaptação entre adotantes e adotando, haverá a revogação da guarda e o retorno da criança ou do adolescente para o acolhimento institucional.

Há também a possibilidade de desistência da guarda para fins de adoção, que também culmina no retorno do adotando para o acolhimento institucional. Quando qualquer um

³⁶ Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (1ª Câm. Cível). Processo: AC 1.0024.11.049157-8/002. Rel. Des.(a) Des.(a) Vanessa Verdolim Hudson Andrade. Belo Horizonte, 15 abr. 2014.

³⁷ No caso de adoções de crianças que foram entregues pela mãe para adoção na maternidade, também chamada de entrega voluntária ou entrega legal, a lei estipula o prazo de 15 dias após o fim do estágio de convivência para o início do procedimento de adoção (art. 19-A §7º da Lei n. 8.069/1990). Essa mesma disposição não é repetida no capítulo específico do Estatuto da Criança e do Adolescente que trata da adoção. Por essa razão, é possível que a ação de adoção seja proposta antes do fim do estágio de convivência, mas não é obrigatória.

dos envolvidos na adoção manifestar desejo em desistir da guarda, a equipe técnica do Poder Judiciário deverá interferir para compreender as questões presentes no caso e possibilitar encaminhamentos para evitar um rompimento definitivo.³⁸ Essa intervenção demonstra efetivação do dever de cuidado por parte do Poder Judiciário. Caso a desistência seja concretizada, nos termos do art. 197-E, §5º do Estatuto da Criança e do Adolescente, esse ato acarretará a exclusão dos adotantes dos cadastros de adoção e a vedação de nova habilitação, salvo decisão judicial.

Ressalta-se que essa situação causa impactos psicológicos para a criança e para o adolescente, especialmente nos casos em que já se iniciou a formação de vínculos, sendo, em tese, passível de responsabilização dos adotantes pela esfera civil, por violação do dever de cuidado. Nesses casos, o dano seria moral, pois a desistência da guarda para fins de adoção pode lesar a integridade psicofísica da criança ou do adolescente, violando o direito à saúde e, conseqüentemente, o direito ao desenvolvimento saudável.³⁹ Apesar de o dano moral ser *in re ipsa*, como regra geral, Vieira e Sillmann apontam a necessidade de realização de estudo técnico a fim de verificar se o dano provocado seria maior do que aquele trauma causado pela mera desistência em razão da inadaptação.⁴⁰

Entende-se também que é relevante verificar alguns critérios a fim de que haja a responsabilização civil. Vieira e Sillmann apontam a necessidade de se analisarem parâmetros como tempo, modo e motivo, para a responsabilização civil do guardião.⁴¹ Em relação ao motivo, na visão desses autores, o único critério que poderia justificar a desistência da guarda seria a inadaptação da criança aos guardiães e após comprovação de um real esforço dos envolvidos para a construção do vínculo parental.⁴² Qualquer outro motivo levaria à responsabilidade civil.⁴³ Em relação ao modo, situações em que a

³⁸ KIRCH, Aline Taiane; COPATTI, Livia Copelli. Criança e adolescente: a problemática da adoção e posterior devolução às casas de acolhimento. *Prisma Jur.*, São Paulo, v. 13, n. 1, jan./jun. 2014, p. 28.

³⁹ VIEIRA, Marcelo de Mello; SILLMANN, Marina Carneiro Matos. Responsabilidade civil nos casos de desistência de adoção: uma análise sobre a quantificação do dano. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ROSENVALD, Nelson; MULTEDO, Renata Vilela (Coord.). *Responsabilidade civil e direito de família: o direito de danos na parentalidade e conjugalidade*. Indaiatuba: Foco, 2021.

⁴⁰ VIEIRA, Marcelo de Mello; SILLMANN, Marina Carneiro Matos. Responsabilidade civil nos casos de desistência de adoção: uma análise sobre a quantificação do dano. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ROSENVALD, Nelson; MULTEDO, Renata Vilela (Coord.). *Responsabilidade civil e direito de família: o direito de danos na parentalidade e conjugalidade*. Indaiatuba: Foco, 2021.

⁴¹ VIEIRA, Marcelo de Mello; SILLMANN, Marina Carneiro Matos. Desistência da adoção de crianças e de adolescentes durante o estágio de convivência: reflexões sobre uma possível responsabilização civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 46, Porto Alegre, ago. 2021.

⁴² VIEIRA, Marcelo de Mello; SILLMANN, Marina Carneiro Matos. Desistência da adoção de crianças e de adolescentes durante o estágio de convivência: reflexões sobre uma possível responsabilização civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 46, Porto Alegre, ago. 2021.

⁴³ Não é raro que na desistência de guarda para fins de adoção, os desistentes culpem os adotandos pelo não estabelecimento do vínculo. Acusações de condutas indesejáveis, como furtos, ameaças, etc. ocorrem com certa frequência e, na maioria das vezes, é feita sem que haja comprovação. Tais situações dizem mais sobre a inaptidão dos guardiães para serem pais do que alguma questão com a criança em si.

desistência ocorre de forma abrupta ou foram geradas expectativas reais de adoção na criança ou no adolescente configurariam a responsabilidade civil. Por fim, a questão do tempo, conforme Vieira e Sillmann, quanto mais prolongado o período de convivência entre adotante e adotando, maior a possibilidade de trauma em razão do rompimento.⁴⁴ Ressalta-se que tais critérios não são cumulativos, mas servem como parâmetro para a análise do caso concreto.

Nos casos de retorno da criança ou do adolescente para o acolhimento institucional destaca-se a necessidade de cuidados especiais, especialmente psicológicos para que este ato cause o menor impacto possível no processo de desenvolvimento. O desempenho do dever de cuidado pela equipe que atua na instituição de acolhimento institucional será essencial para essa finalidade.

5. Conclusão

As modificações realizadas ao ordenamento jurídico brasileiro pela CRFB/1988 impactaram no tratamento jurídico conferido à pessoa vulnerável, que, por estarem em uma condição de desequilíbrio, lhes devem ser assegurados meios de reequilibrar essa situação. Nesse contexto, o dever de cuidado é um valor que deve nortear a ação daqueles que lidam com essas pessoas, especialmente aquelas cuja vulnerabilidade deriva de uma característica pessoal que as define como sujeitos, a exemplo dos indivíduos com deficiência ou dos idosos.

Em relação ao público infantoadolescente, a Doutrina da Proteção Integral impôs uma série de deveres ao Estado, à família e à sociedade com o objetivo de efetivar os Direitos das Crianças e dos Adolescentes. Dentre os deveres a serem observados no bojo desses Direitos, destaca-se o dever de cuidado. Sob a ótica do Direito à convivência familiar, o dever de cuidado se relaciona com as condutas a serem praticadas pelos cuidadores a fim de assegurarem à criança ou ao adolescente um ambiente adequado ao seu desenvolvimento integral, bem como prestações de cunho material, psicológico e existencial para essa finalidade.

Quando se pensa na família natural, na família extensa ou até mesmo na família formada após concretizada a adoção, o cumprimento do dever de cuidado não traz maiores

⁴⁴ VIEIRA, Marcelo de Mello; SILLMANN, Marina Carneiro Matos. Desistência da adoção de crianças e de adolescentes durante o estágio de convivência: reflexões sobre uma possível responsabilização civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 46, Porto Alegre, ago. 2021.

questionamentos. Todavia, quando se analisa a família substituta, em especial aquela formada a partir da concessão da guarda para fins de adoção, poderia ser questionada a necessidade de cumprimento desse dever, já que não há os laços de parentalidade formados.

Considerando que, nos termos do art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a guarda obriga o guardião à prestação de assistência material, moral e educacional e dá a esse mesmo guardião o direito de oposição a terceiros, incluindo parente da criança ou do adolescente, entende-se que o dever de cuidado deve permear essas prestações, afinal, todo o Direito infantoadolescente deve ser interpretado sob a ótica desse dever.

Assim, o dever de cuidado deve ser observado pelo guardião durante o estágio de convivência, já que se trata do período que antecede a decisão de adoção e que tem como objetivo verificar a possibilidade de formação de vínculos afetivos entre adotante e adotando. Ratifica-se que o estágio de convivência não é um período de *test drive*, mas sim representa o comprometimento jurídico – e não só moral – dos postulantes em cuidar daquela criança ou daquele adolescente. Em razão disso, a efetivação do dever de cuidado se faz presente nesse período. Pertinente mencionar ainda que a observância do dever de cuidado pelos guardiões não afasta o cumprimento desse dever pela equipe técnica do estabelecimento de acolhimento institucional e pela equipe multidisciplinar do Poder Judiciário que estão acompanhando o caso.

Caso a adoção seja concretizada, a observância do dever de cuidado acompanhará a relação parental formada pela via adotiva. Por outro lado, caso haja a ruptura da guarda e retorno da criança ou do adolescente para o acolhimento institucional, é possível pensar na responsabilização dos guardiões na esfera civil, por descumprimento do dever de cuidado. O dano seria moral em razão da violação ao direito ao desenvolvimento saudável, e, embora *in re ipsa*, entende-se pela necessidade de estudo técnico para a avaliação da extensão do dano.

No que concerne aos critérios necessários à apuração da responsabilidade civil, é importante analisar o tempo, o modo e o motivo para a responsabilização do guardião, sendo tais critérios não acumulativos. Qualquer motivo além da inadaptação, após esgotamento dos esforços para formação de vínculos, poderia ensejar imputabilidade civil. Em relação ao tempo, quanto mais prolongado o período de convivência, maior será o dano, e em relação ao modo, deve ser verificada, no caso concreto, a forma como ocorreu a desistência da guarda para fins de adoção e conseqüente violação ao dever de cuidado por parte do guardião.

Referências

- ALVIM, Arruda. O respeito ao dever de cuidado com a infância e atuação do menor no processo civil. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Org.). *Cuidado e o direito de ser: respeito e compromisso*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018.
- BARBOZA, Heloisa Helena. Paternidade responsável: o cuidado como dever jurídico. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. (org.). *Cuidado e responsabilidade*. São Paulo, Atlas, 2011.
- COSTA, Epaminondas da. Estágio de convivência, “devolução” imotivada em processo de adoção de criança e de adolescente e reparação por dano moral e/ou material. In: Congresso Nacional do Ministério Público: o Ministério Público como fator de redução de conflitos e construção da paz social. 18., 2009, Florianópolis-SC. *Livro de teses [...]*. Associação Catarinense do Ministério Público-ACMP. Porto Alegre: Magister, 2009.
- DIAS, Maria Berenice. *Adoção: um direito que não existe*. Revista Direito UNIFACS. n. 216, 2018.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emílio. *Infância e cidadania na américa latina*. Trad. Angela Maria Tijiwa. São Paulo: Editora HUCITEC; Instituto Ayrton Senna, 1998.
- GASPAR, João Pedro; RODRIGUES, Sônia; GIL, Carlos Jesus. Conceito de crianças e seus direitos: implicações para o sistema de proteção infantil. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Org.). *Cuidado e cidadania: desafios e possibilidades*. Rio de Janeiro: GZ, 2019.
- GHIRARDI, Maria Luiza de Assis Moura. *Devolução de crianças adotadas: um estudo psicanalítico*. São Paulo: Primavera Editorial, 2015.
- IENCARELLI, Ana Maria. Quando a cidadania do amanhã é comprometida ou obstruída na infância. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Org.). *Cuidado e cidadania: desafios e possibilidades*. Rio de Janeiro: GZ, 2019.
- KIRCH, Aline Taiane; COPATTI, Lívia Copelli. Criança e adolescente: a problemática da adoção e posterior devolução às casas de acolhimento. *Prisma Jur.*, São Paulo, v. 13, n. 1, jan./jun. 2014.
- KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 99, mai./jun. 2015.
- MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MARTINS, Rosa. Responsabilidades parentais no século XXI: a tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Org.). *Cuidado & vulnerabilidade*. São Paulo, Atlas, 2009.
- MORAL FERRER, Anabella J. Del. El derecho a opinar de niños, niñas y adolescentes em la Convención sobre los Derechos del Niño. *Cuestiones Jurídicas*, Maracaibo, n. 2, v. 1, n. 2, jul./dez. 2007.
- PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PEREIRA, Tânia da Silva. O cuidado como valor jurídico. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Ética da convivência familiar: sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. Autonomia privada e vulnerabilidade: o direito civil e a diversidade democrática. In: LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna (Org.). *Autonomia e vulnerabilidade*. Belo Horizonte: Arraes editores, 2017.
- SILLMANN, Marina Carneiro Matos. *Competência e recusa de tratamento médico por crianças e adolescentes: um necessário diálogo entre o biodireito e o direito infantojuvenil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; VIEIRA, Marcelo de Mello. Construindo o direito à

convivência familiar de crianças e adolescentes no Brasil: um diálogo entre as normas constitucionais e a Lei n. 8.069/1990. *Civilistica.com*, a. 4, n. 2, 2015.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Das sombras à luz: o reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

VERONESE, Josiane Rose Petry; FONSECA, Mariana Lamassa da. Pensando a reintegração familiar e a adoção: a criança e o adolescente como reais sujeitos de proteção. *Revista FIDES*, v. 11, n. 2, 2021.

VIERA, Marcelo de Mello; SILLMANN, Marina Carneiro Matos. Autonomia progressiva e exercício dos direitos da personalidade: reflexões sobre os artigos 3º e 4º do Código Civil Brasileiro de 2002. In: *Anais V Encontro Internacional do CONPEDI Montevideú*, 2016.

VIEIRA, Marcelo de Mello; SILLMANN, Marina Carneiro Matos. Desistência da adoção de crianças e de adolescentes durante o estágio de convivência: reflexões sobre uma possível responsabilização civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 46, Porto Alegre, ago. 2021.

VIEIRA, Marcelo de Mello; SILLMANN, Marina Carneiro Matos. Responsabilidade civil nos casos de desistência de adoção: uma análise sobre a quantificação do dano. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ROSENVALD, Nelson; MULTEDO, Renata Vilela (Coord.). *Responsabilidade civil e direito de família: o direito de danos na parentalidade e conjugalidade*. Indaiatuba: Foco, 2021.

Como citar:

VIEIRA, Marcelo de Mello; SILLMANN, Marina Carneiro Matos. Guarda para fins de adoção: uma relação de cuidado dentro do Direito à convivência familiar. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 13, n. 3, 2024. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc>>. Data de acesso.



civilistica.com

Recebido em:

13.11.2023