

A RESPONSABILIDADE CIVIL PERDA DE UMA CHANCE DECORRENTE DE DESISTÊNCIA DO PROCESSO DE ADOÇÃO

Thiago Lima Dutra¹

Resumo

Ante a existência de uma demanda cada vez maior no direito brasileiro, o dano pela perda de uma chance vem obtendo supereminência doutrinária e jurisprudencial. O instituto autônomo vem se consolidando com o aumento exacerbado do número de ações requerendo indenizações por tal modalidade de dano. Todavia, o dano pela perda de uma chance é considerado relativamente novo ao direito brasileiro, não obstante, extremamente estudado e utilizado no direito estrangeiro, antigo instituto que teve seu berço na França e amplamente utilizado pela Itália. Diante da necessária reflexão acerca da aplicabilidade desta modalidade frente à responsabilidade civil por desistência no processo de adoção e o preocupante aumento do número de casos de devolução de menores adotando as instituições de acolhimento no Brasil, desenvolve-se o raciocínio da probabilidade da perda de uma chance de ser adotado e adentra-se no tema de natureza jurídica dessa modalidade de dano, pautando-se por referências bibliográficas, doutrinárias e jurisprudenciais, a fim de oferecer assistência à elaboração teórica para que, partindo-se da premissa do desembaraço dos danos ressarcíveis, abrangendo não somente os direitos subjetivos, mas, também, a lesão de interesses legítimos e juridicamente relevantes como perda de uma chance. O presente artigo analisa precisamente qual os argumentos que permitem sustentar a perda da chance da criança/adolescente ser adotado, situação em que, ao ser retirado da tutela do estado para um processo de adoção, é devolvido(a) anos depois sem observar-se os dados inerentes a nova possibilidade de adoção, deste modo, causando danos existenciais, com repercussões extrapatrimoniais.

Palavras-chave

Perda de Uma Chance; Adoção; Dano Extrapatrimonial.

Recebido em: 12/08/2021
Aprovado em: 29/11/2021

¹ Advogado - Pós-Graduando em Direito Privado. E-mail- thiagolimadutra@gmail.com

CIVIL RESPONSIBILITY LOSES A CHANCE ARISING OUT OF WITHDRAWAL FROM THE ADOPTION PROCESS

Abstract

182

Faced with a growing demand in Brazilian law, the loss of a chance has been gaining doctrinal and jurisprudential supereminence. The autonomous institute has been consolidating with the exacerbated increase in the number of lawsuits claiming damages for such type of damages. In any event, damages for loss of a chance are considered relatively new to Brazilian law, although they have been extensively studied and used in foreign law, a former institute that had its cradle in France and widely used in Italy. In view of the necessary reflection on the applicability of this modality, in view of the civil liability for withdrawal from the adoption process and the worrying increase in the number of cases of return of minors adopting the host institutions in Brazil, the reasoning of the probability of loss of a chance to be adopted is developed and one goes into the legal nature of this modality of damages, guided by bibliographical references, doctrinaire and jurisprudence, in order to offer assistance to the theoretical elaboration so that, starting from the premise of the clearance of damages, it would cover not only the subjective rights, but also the injury of legitimate and legally relevant interests as loss of a chance. The present article analyzes precisely which are the arguments that allow sustaining the loss of the chance to be adopted the child/adolescent, which when removed from the guardianship of the state for an adoption process, is returned years later without observing the data inherent to the new possibility of adoption, thus causing existential damages, with off-balance sheet repercussions.

Keywords

Loss of a Chance; Adoption; Out-of-balance sheet damage.

INTRODUÇÃO

O presente estudo debruça-se sobre a possibilidade da aplicação da Teoria da Perda de uma Chance nos casos em que, durante o trâmite de uma ação de adoção em que a criança ou adolescente, após passar muito tempo com os adotantes, é devolvida pelos mesmos.

Em outras palavras, o objetivo desta pesquisa foi analisar se, diante da desistência da adoção e devolução do menor que já estava sob a guarda do(s) adotante(s) por tempo considerável.

Importante esclarecer que não se trata de analisar se há dano moral impingido à criança ou ao adolescente em virtude do ato da devolução, diretamente. O problema de pesquisa elegido como fio condutor deste artigo é se pode-se cogitar a aplicação da Teoria da Perda de uma Chance para beneficiar o menor “devolvido” pelo(s) pretense(s) adotante(s) considerando o fato de que a conduta de desistir(em) da adoção após muito tempo de convívio com o adotando faz com que o mesmo tenha menos chances de ser adotado por outras pessoas interessadas.

Isso porque os candidatos à adoção possuem preferências e seus interesses normalmente se voltam para crianças mais novas. Quanto mais novos forem, menos convívio com a família biológica, menos traumas a serem superados.

O estudo desenvolveu-se em três capítulos. O primeiro deles debruça-se sobre a Teoria da Perda de uma Chance para conceituá-la, deixando-a clara para o leitor. O segundo tem como foco a investigação sobre se há possibilidade de desistência da adoção durante o curso da ação judicial. O terceiro, unindo os dois anteriores, investiga a possibilidade de aplicação da Teoria da Perda de uma Chance a beneficiar adotandos devolvidos pelos pretendentes adotantes numa ação de adoção.

A metodologia de pesquisa realizada foi qualitativa, essencialmente bibliográfica e documental. Sua importância reside na necessidade de buscar e divulgar institutos que possam vir a desencorajar a devolução de menores

durante ações de adoção, portanto, a natureza dos dados coletados tem natureza jurídica, seja entendimento, julgados ou jurisprudencial.

1 TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

A teoria da perda de uma chance nasceu ligada ao instituto da responsabilidade civil como sendo uma quarta categoria de dano a somar-se aos danos material, moral e estético. A responsabilidade civil pela perda de uma chance surgiu no final do século XIX na França e passou a ser expressa através da expressão *d'une chance* (SILVA, 2006, p.10).

Trata-se de um instituto autônomo com ampla aceitação no direito pátrio e sua configuração tem como requisitos a alta probabilidade de que algo esperado aconteça (chances reais e sérias), a frustração deste evento esperado em virtude da conduta de alguém e um prejuízo daí decorrente.

O caso mais antigo registrado referente à responsabilidade pela perda de uma chance é inglês, se deu em 1911, conhecido como *Chaplin v. Hicks*. A autora da ação estava entre as finalistas de um concurso de beleza, contudo foi impedida de seguir participando pelo réu, razão pela qual um dos juízes alegou que a referida teria 25% de chance de ser vencedora, aplicando-se ao caso a doutrina da proporcionalidade.

No Brasil, o caso com maior repercussão nacional ocorreu com um participante do programa “*show do milhão*”, televisionado pelo Sistema Brasileiro de Televisão. Visto ter chegado à pergunta final, objeto que moveu à demanda, o apresentador formulou uma pergunta com quatro alternativas de respostas, caso optasse pela correta, a participante ganharia um milhão de reais, porém, se a resposta fosse pautada na opção incorreta, perderia os 500 mil reais ganhos até o momento.

Ao sair do programa, a participante constatou que as quatro opções de resposta estariam equivocadas, não restando portanto, assertiva a ser escolhida. Deste modo, como não havia nenhuma resposta correta dentre as opções que lhes foram apresentadas, o programa retirou sua grande chance de ganhar o prêmio, considerando já estar na última pergunta que levaria ao recebimento de

um milhão de reais. Em razão disso, ajuizou ação por danos à luz da teoria da perda de uma chance.

O ministro Fernando Gonçalves, relator do processo no Superior Tribunal de Justiça, entendeu que caberia indenização, contudo, não há como concluir que o normal andamento dos fatos conduziria à assertiva, faltando deste modo, requisito para o pagamento da integralidade, determinando haver possibilidade de acerto de 25%, valendo-se de probabilidade matemática, pois teria 4 (quatro) alternativas para escolher. Neste sentido, determinou pela procedência parcial do pedido, sendo estabelecido em um quarto do valor total do prêmio (STJ, REsp 788.459/BA).

A Teoria da Perda de uma Chance trata-se de construção doutrinária e jurisprudencial, não estando expressamente prevista no Código Civil Brasileiro de 2002 motivo pelo qual colar-se-á adiante alguns conceitos que exprimem seu conteúdo.

Segundo Savi, o termo chance utilizado pelos franceses significa, em sentido jurídico, probabilidade de obter lucro ou de evitar uma perda de oportunidade. (SAVI, 2006, p.3)

Neste sentido, Tartuce (2017, p. 596) que

[...] a perda de uma chance está caracterizada quando a pessoa vê frustrada uma expectativa, uma oportunidade futura, que dentro da lógica do razoável, ocorreria se as coisas seguissem o seu curso normal. A partir dessa ideia, como expõem os autores citados, essa chance deve ser séria e real [...].

Vencido o breve conceito, insta ressaltar o momento caracterizador da perda de uma chance que, segundo Cavalieri Filho (2008, p.75), ocorre quando,

[...] em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima, como progredir na carreira artística ou militar, arrumar um melhor emprego, deixar de recorrer de uma sentença desfavorável pela falha do advogado, e assim por diante. Deve-se, pois, entender por chance a probabilidade de se obter um lucro ou de se evitar a perda [...].

Todavia, essa chance não deve ser considerada como resultado certo – haja vista as possibilidades no decurso dos acontecimentos –, devendo ser encarada como a perda da possibilidade de ganhar algo ou evitar que

determinado resultado ocorra. Trata-se da perda da possibilidade de ocorrência de um resultado que traria um benefício ou evitaria uma desvantagem e não a perda do benefício em si ou o acontecimento direto de algo desvantajoso.

Consigne-se que na *V Jornada de Direito Civil*, realizada em 2011, ficou estabelecido em enunciado doutrinário a ampla reparação material ou extrapatrimonial:

[...] A responsabilidade civil pela perda de uma chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode também apresentar a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos[...] (Ref. Legislativa Lein^o.10.406/2002 / ART. 297)

Ante o exposto, visto os inúmeros entendimentos, podemos concluir que uma chance está caracterizada quando o agente vê frustrada uma expectativa real, de uma oportunidade futura, que dentro de uma lógica razoável ocorreria se as circunstâncias seguissem o seu curso normal.

Vencido os presentes conceitos, a título de exemplificação, podemos citar os advogados que perdem os prazos de seus clientes, gerando a perda da chance de recorrer contra sentença, bem como, o erro médico que impossibilita a chance real de cura. De qualquer forma, ambos deverão preencher os requisitos supracitados.

Outro exemplo que pode ser mencionado é o tema da pesquisa aqui realizada. O desembargador José Ricardo Porto, do Tribunal de Justiça da Paraíba, confirmou a decisão de 1^o grau que condenava um casal a pagar indenização de cem salários mínimos por danos morais pelo fato de terem desistido de um processo de adoção em curso há mais de 3 (três) anos, tempo em que o adotado foi mantido na companhia dos mesmos, pretensos pais adotivos.

Neste caso, um dos argumentos aventados na decisão judicial foi a perda de uma chance real do menor ser adotado durante o tempo que passou com os pretensos adotantes antes destes devolvê-lo. Durante este período os anos se passaram e é sabido que as chances de que a adoção se aperfeiçoe diminui com o aumento da idade das crianças e adolescentes.

2 REFLEXÃO ACERCA DA POSSIBILIDADE DE DEVOLUÇÃO DE MENORES NOS PROCESSOS DE ADOÇÃO

Com a Constituição Federal de 1988, Estatuto da Criança e Adolescente e a Lei.13.509/2017, o instituto da adoção sofreu consideráveis alterações, sempre levando em consideração o objetivo principal de proteção integral do infante.

Duas são as espécies de adoção: uma prevista pela Lei.8069/1990 (ECA) – cuja competência é da Vara da Infância e Juventude, com manifestação obrigatória do representante do Ministério Público, caso o adotando seja menor de 18 anos na data da propositura da ação – e a outra prevista pelo Novo Código de Processo Civil de 2002 - cuja competência é da Vara de Família, estando o adotando na condição de 18 anos completos ou mais na data da propositura da ação.

Insta ressaltar a impossibilidade de ser por ato extrajudicial, como disposto na IV Jornada de Direito Civil, onde se aprovou o enunciado nº272 do CJF/STJ, vejamos:

[...] Não é admitida em nosso ordenamento jurídico a adoção de ato extrajudicial, sendo indispensável a atuação jurisprudencial, inclusive para maiores de dezoito anos [...] (MADALENO, 2019, p.207/211)

Buscando uma posterior reflexão acerca da possibilidade de devolução de menores no curso do processo de adoção, primeiramente far-se-á a conceituação do instituto.

Segundo Diniz (2010, p. 1147/1148):

[...] a adoção é ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, previsto na Lei. 8.069/90, art.39 a 52-D, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que geralmente, lhe é estranha [...].

Neste sentido, Venosa (2010, p. 1483) aduz:

[...] a adoção é modalidade artificial que busca imitar a filiação natural. Daí ser também conhecida como filiação civil, pois não resulta de uma relação biológica, mas de manifestação de vontade, conforme o sistema do Código Civil de 1916, ou sentença judicial, conforme atual sistema[...].

Diante dos conceitos expostos, conclui-se que não se trata de um negócio jurídico e, sim, de um ato jurídico em sentido estrito em que seus limites são estipulados em Lei. Lôbo explica que a adoção tem natureza jurídica complexa e que depende de decisão judicial para terem validados seus efeitos (2008, p. 248).

Ainda neste sentido, Gonçalves aponta que “a adoção não mais estampa o caráter contratualista de outrora, como ato praticado entre adotante e adotando” (2005, p. 329).

Superada a conceituação do instituto, passar-se-á ao procedimento para que a adoção de menores – que é a que importa a este estudo – se aperfeiçoe no Brasil. Observa-se que a Lei.12010/2009 aprimorou inúmeros dispositivos do Estatuto da Criança e Adolescente, bem como os arts.1620 a 1629 do Código Civil. O objetivo foi priorizar o acolhimento e manutenção na família natural, desde que atendido o melhor interesse do infante.

Dispõe o art.19 do ECA ser direito da criança/adolescente, criação e educação no seio de sua família, esclarecendo que a falta ou carência de recursos materiais, ainda assim, não constituem justo motivo para suspensão ou perda do poder familiar, deste modo, o art.23 da referida lei, determina que esta família seja incluída em programas e serviços sociais de apoio e proteção.

Não obstante estas garantias, o legislador abarcou como Direito Fundamental da criança/adolescente e agora também jovem (EC65/2010), assegurado pelo art.227 da Constituição Federal da República o crescimento no seio familiar, outrora, já ordenada na Convenção de Direito da Criança nas Nações Unidas.

Deste modo, dispõe Rolf Madaleno (2019, p. 211):

[...] a Lei Nacional de Adoção tornou, portanto, mais rigoroso o procedimento de adoção, pois prioriza e sempre a retomada da convivência familiar e comunitária, em ambiente livre de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes, transformando-se a adoção na última alternativa dentre as políticas públicas a serem tomadas no propósito de atender o melhor interesse da criança e do adolescente.

Nota-se, portanto, que a criança/adolescente que está no processo de adoção, já teve esgotadas todas as possibilidades de se manter no seio de sua família biológica/extensa e, diante de tamanha necessidade, o Estatuto da Criança e Adolescente estabelece, no seu art.152, prioridade absoluta na tramitação de processos e diligências relacionadas à referida lei, buscando assim, proteção integral do menor e abarcando questões formais e materiais.

Com relação aos pretensos adotantes, há que se destacar, primeiramente, a impossibilidade de adoção por procuração, deixando claro ser ato de livre e desembaraçada de vontade.

Segundo Madaleno (2019, p. 207/211), os requisitos subjetivos da adoção são idoneidade dos adotantes, inequívoca manifestação de vontade destes no sentido de exercerem efetivo vínculo de paterno/materno-filial, e que a mesma resulte em reais vantagens para adotando. Por sua vez, os critérios objetivos são a idade mínima de 18 anos dos adotantes, o consentimento dos pais (que será dispensado no caso de os pais serem desconhecidos ou destituídos do poder familiar), consentimento do adotando se contar com 12 anos completos ou mais, prévio cadastramento no Cadastro Nacional de Adotantes e realização de estágio de convivência, que será dispensado na hipótese do §1º do artigo 46 do Estatuto da Criança e Adolescente.

A adoção provoca reflexos nas relações de parentesco do adotado/adotante, visto que o adotado rompe os vínculos com a família natural e estabelece relação de parentesco com o adotante. Lôbo (2003, p. 182) destaca que os ascendentes e descendentes do adotante, se tornam parentes do adotado, já que seu registro civil é alterado, havendo ruptura total com seu passado.

Com relação aos adotandos, podem ser colocados à adoção quando a família faz esta opção ou quando o Estado retira o menor do poder familiar dos pais e/ou da família estendida pelo fato de representarem risco para o infante. Nesta segunda hipótese, normalmente a interferência do Estado vem após denúncia e requerimento de medida de proteção pelo Ministério Público.

As medidas de proteção ao infante serão aplicadas sempre que seus direitos sofrerem ameaça ou violação, havendo necessidade de acolhimento

familiar ou institucional, devendo o infante ser colocado, preferencialmente, em local mais próximo possível da residência dos pais ou responsáveis.

Quando o menor é retirado da família de origem por esta representar risco ao mesmo, esta será inserida em programas oficiais de orientação, apoio e promoção social, buscando facilitar e estimular o processo de reintegração familiar. Veja que todo este procedimento é instituído dentro de um processo judicial, respeitadas as Leis estabelecidas no Código de Processo Civil e Estatuto da Criança e Adolescente, assegurados a ampla defesa e contraditório, buscando-se, sempre, o melhor interesse do infante.

Se constatada a impossibilidade de reinserção no seio da família natural, será enviado um relatório ao Ministério Público solicitando a destituição do poder familiar. Deste modo, o(a) Promotor(a) de Justiça deverá expedir um parecer favorável ou não, no qual será novamente resguardado o direito dos genitores à ampla defesa e ao contraditório. Todavia, ante à impossibilidade de os pais exercerem o poder familiar, o Estado supre à incapacidade e requer a tutela do infante.

Nota-se, portanto, que antes de ocorrer todo o processo de adoção, o infante percorre um árduo caminho e que no momento em que se habilita para adoção, está em regra, sob a tutela do Estado.

Segundo Pontes de Miranda, tutela é o poder conferido pela Lei, a uma pessoa capaz de proteger e reger os bens de menores que estão fora do poder familiar (1955, p.235/254).

A lei 13.509, de 22 de novembro de 2017, altera o Estatuto da Criança e do Adolescente (lei 8.069/90), e determina entre adotando e adotante o relacionamento com base no estágio de convivência, com prazo de até 90 dias, prorrogável por igual período, contrapondo-se à lei anterior que não havia determinado lapso temporal, deixando a critério do magistrado aquele prazo de duração.

O estágio de convivência refere-se ao período de adaptação entre os atores envolvidos no processo de adoção, buscando ajustar bases sólidas para um relacionamento harmônico de caráter afetivo. Não é uma análise qualquer,

mas uma fase de suma importância, de conhecimento recíproco, natural e necessário. Segundo dispõe o Art.46, § 3º-A, da referida Lei:

§ 3º-A. Ao final do prazo previsto no § 3º deste artigo, deverá ser apresentado laudo fundamentado pela equipe mencionada no § 4º deste artigo, que recomendará ou não o deferimento da adoção à autoridade judiciária (BRASIL, 2017, Art. 46).

Adverte Sayão (2010):

[...] toda criança é um ser completo e ao mesmo tempo em desenvolvimento – diversamente das visões anteriores, que viam a criança como ser incompleto, a menos, ou como um adulto em miniatura, que só precisava da experiência para chegar à maturidade, na atualidade tenta-se compreender o desenvolvimento humano como um processo contínuo do nascimento à velhice. Nesta perspectiva, a infância contém em si a humanidade, significando ainda um momento da vida em que as mudanças são rápidas e importantíssimas para o desenvolvimento subsequente. Sujeitos de direitos e sujeitos de conhecimento, as crianças necessitam que o adulto crie condições para que elas experimentem diferentes interações com pessoas, objetos e situações, para poder ser, exprimir-se e agir no mundo. As crianças são curiosas, ativas e capazes, motivadas pela necessidade de ampliar seus conhecimentos e experiências e de alcançar progressivos graus de autonomia frente às condições do seu meio [...].

Deste modo, podemos concluir que a adoção é ato jurídico em sentido estrito e seus limites são estipulados em Lei, sendo, portanto, excepcional e irrevogável, a qual se deve recorrer apenas quando esgotadas todas as tentativas de manter o infante na sua família natural. Não é razoável que o adotante perpetue o estágio de convivência, tome para si a tutela do Estado sobre o menor em tê-la e, com o decurso do tempo, ao menor/maior empecilho, venha a desistir do processo de adoção por ato unilateral.

Nota-se que, inicialmente, o adotante passa por um importante processo de informação e estudo, análises psicossociais. Passada esta primeira fase, já durante o trâmite da ação de adoção, será ator do estágio de convivência e responsável por resguardar o melhor interesse do infante.

Esta fase de convivência ainda não é uma garantia que a adoção se aperfeiçoará. Fatos novos podem levar o menor de volta para sua família/família estendida ou pode haver desistência por parte dos adotantes, o que, definitivamente, não se espera. Ultrapassado o estágio de convivência, caso

o(s) adotante(s) permaneçam com o desejo da adoção, ainda há mais trâmites processuais. Há casos em que o adotando fica anos sob a guarda do(s) adotante(s) antes do aperfeiçoamento da adoção.

Nestes casos, havendo o surgimento do vínculo sócio afetivo, formado estará o vínculo parental entre adotante e adotando, ainda que a sentença de adoção não tenha sido prolatada. A possibilidade de desistir da adoção e abandonar o filho sócio afetivo é um dos problemas que surgem neste cenário, mas não o problema de pesquisa elegido neste trabalho. A outra situação problemática – objeto de estudo deste artigo – decorre do fato de que o(s) adotante(s) que agora desistem da ação retiraram da fila da adoção um menor de idade, passaram com ele um tempo e, após meses e até mesmo anos, devolvem ao Estado o infante, agora mais velho e com menores chances de conseguir ser adotado.

3 LIMITES E POSSIBILIDADES DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE EM CASO DE DEVOLUÇÃO DO MENOR EM PROCESSOS DE ADOÇÃO

Nota-se que no campo dos relacionamentos sociais, sobretudo os afetivos e familiares, condutas comissivas ou omissivas podem implicar para os envolvidos a subtração de condições favoráveis ao êxito de oportunidades futuras e concretas, sendo esses materiais ou não, viabilizando a aplicação da Teoria da Perda de uma Chance.

Não há nada que impeça a aplicação da referida teoria nas relações familiares e a fixação da indenização proporcionalmente à chance perdida, a exemplo do que acontece com os demais tipos de danos neste contexto peculiar. Destarte, importante esclarecer que há limites à aplicação desta teoria, não sendo possível sua utilização em rupturas de vínculos afetivos (ex: namoro, noivado, casamento, união estável ou homo afetiva), visto que dar e receber afeto é ato de vontade, não havendo para o Direito nenhum compromisso no sentido de obrigar que as pessoas nestes tipos de relacionamento tenham que

permanecer juntas. Reconhecer a indenizabilidade oriunda da negativa de afeto comporia verdadeiro retrocesso a evolução natural da ciência jurídica.

Segundo a Ministra Nancy Andrighi, não há porque excluir os danos decorrentes das relações familiares dos ilícitos civis em geral, “[...] *não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar, no direito de família[...].*” (STJ, REsp. nº1159242/SP).

O Superior Tribunal de Justiça, segue rejeitando a tese de que simples ausência de demonstração de afeto ensejaria o dano moral:

[...] a indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 (atual art. 186 do Código Civil de 2002) o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária [...] STJ (REsp 757.411/MG)

Outrora, mesmo que não exista obrigatoriedade de demonstrar afeto, asseverou a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça ser possível exigir indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo. Contudo, a fundamentação da decisão fala em dever de cuidado, ou seja, de assistência moral, e não de demonstrar afeto e carinho.

Neste sentido, referida Turma asseverou que o cuidado é um valor jurídico apreciável e com repercussão no âmbito da responsabilidade civil, visto constituir fator essencial e não acessório no desenvolvimento da personalidade da criança. Deste modo, o amor – seja dos pais biológicos ou dos pais adotivos – estaria alheio ao campo legal, “situando-se no metajurídico, filosófico, psicológico ou religioso”, sendo correto afirmar que “amar é faculdade, cuidar é dever” (STJ, REsp. nº1159242/SP).

Trazendo esta premissa para o âmbito do relacionamento entre adotante e adotando durante o estágio de convivência, ainda que não exista obrigatoriedade de amarem-se imposta pela lei, Silva (2020, p. 447/448) explica que, diante da desistência da adoção, a responsabilização pela perda de uma chance no âmbito familiar, não se afasta das condições elementares do direito comum, deste modo, composta por conduta humana, dano e nexo de causalidade.

No entanto, a chance perdida deve ser real, concreta, não sendo aceita mera expectativa ou esperança. Segundo Cavallieri Filho (2008, p. 74/76), depende da comprovação de uma chance real que proporcione ao lesado a efetiva condição de recorrer à situação futura esperada, sendo reparável quando resulta em um prejuízo consumado, não hipotético.

Acredita-se que, antes do estágio de convivência, seria razoável a desistência da adoção quando entre as partes fica evidenciada, por qualquer motivo, a impossibilidade de construção do vínculo paterno/materno-filial. O aperfeiçoamento da adoção, neste caso, certamente não atenderia o melhor interesse e a proteção integral do menor.

Contudo, quando o estágio de convivência se prolonga demasiadamente no tempo, já tendo surgido sentimento entre as partes, o cuidado deve ser redobrado.

Para melhor vislumbrar as etapas da ação de adoção, far-se-á um breve resumo:

1º. passo: O candidato a adotante faz seu pré-cadastro no site do CNJ ou na Vara da Infância e Juventude, devendo atender uma séria de requisitos.

2º. passo: Na fase preparatória, para que seja habilitado, o(a) adotante deverá fazer um curso, sendo acompanhado(a) por equipe técnica, a fim de esclarecer a condição de vulnerabilidade do adotando, bem como fazê-lo(a) compreender todas as implicações advindas da adoção. Ainda nesta fase, preencherá formulários determinantes do perfil do menor que deseja adotar. Assim sendo, será expedido um laudo da equipe técnica e caso haja sentença favorável, o certificado de habilitação para ser adotante.

3º. passo: Entra-se na fase de conexão, a aproximação do(a) adotante com uma criança/adolescente que tenha o perfil solicitado. Caso haja interesse por parte do adotante, será agendado os primeiros encontros, todos sobre a tutela do estado.

4º. passo: Havendo compatibilidade, pareceres favoráveis do setor técnico, do Ministério Público e do Juízo competente, ocorrerá o período de convivência e adaptação. Neste momento, em regra, defere-se a guarda

provisória para fins de adoção, passando a criança/adolescente a morar com o(a) adotante.

5º. Passo: Em sendo positivo o estágio de convivência, haverá a concretização da adoção por meio da sentença judicial.

Nota-se que na fase dois os adotantes compreendem toda condição de vulnerabilidade do adotando, bem como estabelecem o perfil genético, de saúde, idade, entre outras características do adotando ao qual estão dispostos a se habilitar na adoção fase sequencial.

A idade do adotando normalmente é crucial no momento em que os adotantes expressam as características do infante que desejam adotar. Observa-se que, quanto mais próximo da maioridade estiver o adotando, menor é a probabilidade de encontrar-se-á um novo lar.

Segundo pesquisa feita ao site oficial do Conselho Nacional de Justiça, no dia 22 de julho de 2020, o Brasil está atualmente com 32.448 menores acolhidos, dos quais apenas 5.226 disponíveis para adoção, evidenciando à morosidade do processo supracitado, neste sentido, ressalta-se ainda, 46057 pretendentes à disposição para vaga de adotante.

Em uma análise mais aprofundada aos relatórios do CNA, Cadastro Nacional de Adoção, nota-se que os pretendentes priorizando determinadas idades, assim sendo, vejamos alguns dados dos pretendentes a adoção. (Consulta ao site CNJ – relatórios CNA – dia 22 de julho de 2020 às 13:00h)

Total de pretendentes cadastrados	46057	100,00%
Total de pretendentes que aceitam crianças até 3 anos de idade:	8192	17.79%
Total de pretendentes que aceitam crianças até 6 anos de idade:	4851	10.53%
Total de pretendentes que aceitam crianças até 9 anos de idade:	785	1.7%
Total de pretendentes que aceitam adolescentes até 12 anos:	345	0.75%
Total de pretendentes que aceitam adolescentes até 15 anos:	101	0.22%

Contrapondo estas expectativas, vejamos alguns dados dos pretendentes à adoção: (Consulta ao site CNJ – relatórios CNA – dia 22 de julho de 2020 às 13:00h.)

Total de crianças/adolescentes cadastradas:	9093	100,00%
Total de crianças com 3 anos:	489	5.38%
Total de crianças com 6 anos:	402	4.42%
Total de crianças com 9 anos:	466	5.12%
Total de crianças com 12 anos:	527	5.8%
Total de crianças com 15 anos:	676	7.43%

Deste modo, podemos concluir que quanto mais próximo o adotando estiver da maioridade civil, menores ou inexistentes serão suas chances de alcançar a proteção integral sob o seio da nova família.

Desta feita, pode-se afirmar a possibilidade de aplicação da Teoria da Perda de uma Chance em caso de devolução de crianças e adolescentes que passaram muito tempo sob a guarda de pretensos adotantes que desistem da adoção, pois quando mais passa o tempo, menores são suas chances de serem adotados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quanto mais o valor da dignidade da pessoa humana tem sua dimensão compreendida pelo Direito, mais holofotes se voltam para o instituto da responsabilidade civil, fazendo com que haja o surgimento de novas teorias.

Neste contexto ganha cada vez mais fôlego a Teoria da Perda de uma Chance, uma quarta modalidade de dano que passou a existir ao lado e independentemente dos danos material, moral e estético, todos passíveis de indenização quando comprovados.

Conforme viu-se ao longo do trabalho, não resta dúvida acerca da possibilidade de reconhecimento de quaisquer destes tipos de danos no seio das relações familiares, uma vez que, neste cenário específico a proteção e a promoção da dignidade da pessoa humana ganham ainda mais relevo, constituindo, ambas as condutas, a função social da família na atualidade.

Partindo-se desta premissa, o estudo buscou responder a pergunta formulada no problema de pesquisa, qual seja, haveria possibilidade de

aplicação da Teoria da Perda de uma Chance caso o(s) adotante(s) desistem da adoção após longo período de estágio de convivência?

Para chegar-se à resposta deste questionamento, foram apresentados os requisitos para a adoção, bem como apontadas as fases de seu procedimento judicial. Restou claro que os adotantes, quando chegam ao estágio de convivência, já passaram por uma fase em que aprenderam sobre a vulnerabilidade do infante que foi retirado da família de origem em razão de situação de risco à qual estava exposto.

Elucidou-se o percurso árduo, burocrático, moroso – contudo, necessário – que a criança/adolescente percorre até a guarda provisória para fins de adoção.

Nota-se que, em momento algum, ao adotante foi imposta a obrigação de retirar o menor da tutela do Estado, mas, quando o faz, já venceu inúmeras etapas, dentre elas, o curso de instrução ao ato da adoção, bem como, foi acompanhado por equipe técnica, psicóloga, assistente social, entre outros profissionais que se fizerem necessários e, assim sendo, compreende suas responsabilidades, sobretudo a condição de vulnerabilidade em que se encontram os adotandos.

Observando-se os dados empíricos do CNJ – Conselho Nacional de Justiça e/ou do CNA – Cadastro Nacional de Adoção, notou-se facilmente que a idade dos adotandos é um fator determinante para que tenham maiores ou menos chances de serem adotados. Quanto mais velhos, menores as chances.

Por este motivo, quando os adotantes desistem de uma adoção quando já houve o estágio de convivência ou quando ele está em curso, durando mais do que a lei especifica, o adotando é muito prejudicado por ter que voltar, mais velho, à fila da adoção. Pode parecer dramático a utilização da expressão mais velho, mas, no contexto descrito, meses são determinantes para aumentar ou diminuir as chances do infante de encontrar uma nova família e ter um novo lar.

Assim, conclui-se pela possibilidade de aplicação da Teoria da Perda de uma Chance, em favor do adotando, quando o adotante, por ato unilateral, desiste do processo após o estágio de convivência, desde que o infante não tenha cometido ato de indignidade em relação ao(s) adotante(s).

Acredita-se que, desta forma, seria alcançado um equilíbrio processual entre adotante e adotando, bem como estaria sendo contemplada a proteção integral do menor e melhor protegida a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Lei n o 10.406, de 10 de janeiro 2002. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm Acesso em: 27 de novembro de 2021

BRASIL, STJ – 3º Turma, REsp. nº1159242/SP, civil e processual civil. família. abandono afetivo. compensação por dano moral. possibilidade, Rel. Min. Nancy Andrighi. DJ 24/04/2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1067604&num_registro=200901937019&data=20120510&formato=PDF Acesso em: 26 de novembro de 2021.

BRASIL, STJ – 3º Turma, REsp nº 1.291.247/RJ, Responsabilidade Civil. Perda de uma chance. Descumprimento de contrato de célula-tronco embrionárias do cordão umbilical do recém nascido. ão comparecimento em hospital. Legitimidade da criança prejudicada. Dano extrapatrimonial caracterizado, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. DJ 19/08/2014. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1336307&num_registro=201102672798&data=20141001&formato=PDF Acesso em 27 de novembro de 2021.

BRASIL, STJ – 4º Turma, Resp: 788459/BA, Recurso Especial. indenização. impropriedade de pergunta formulada em programa de televisão. perda da oportunidade, Rel. Min. FERNANDO CONÇALVES, DJ 08.05.11 Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=592103&num_registro=200501724109&data=20060313&formato=PDF Acesso em: 26 de novembro de 2021.

BRASIL, STJ – 4º Turma, REsp 757.411/MG, Responsabilidade civil. abandono moral. reparação. danos morais. impossibilidade, Rel. Min. Fernando Gonçalves. DJ 29/11/05. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=595269&num_registro=200500854643&data=20060327&formato=PDF. Acesso em: 25 de novembro de 2021.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 20^a ed. 2020.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Comentado: Doutrina e Jurisprudência*. 3^a.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020..

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 18^o. Ed. v.VI. São Paulo: Saraiva, 2021.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MADALENO, Rolf. *Manual de Direito de Família*, 2^o ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi 1955.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006.

SAYÃO, Yara. *Cada caso é um caso*. 1. ed. São Paulo: Associação Fazendo História, 2010. Disponível em: <https://www.neca.org.br/wp-content/uploads/Livro5.pdf> Acesso em 26 de novembro de 2021.

SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*, São Paulo: Atlas, 2006.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 11^a. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Código Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010.