

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Mylena Pezzini Rodigheiro

RESPONSABILIDADE CIVIL EM CASO DE
DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO

Passo Fundo

2020

Mylena Pezzini Rodigheiro

RESPONSABILIDADE CIVIL EM CASO DE DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação da Prof.^a. Mestre Renata Holzbach Tagliari.

Passo Fundo

2020

Dedico este trabalho àqueles que acreditam genuinamente que o poder do amor e do afeto são maiores que qualquer ligação sanguínea. Além disso, dedico aos meus pais, Pedro e Sonia, fonte inesgotável de incentivo, inspiração e encorajamento.

AGRADECIMENTOS

Essa monografia significa muito além do encerramento de um trabalho e de uma linda jornada acadêmica. Significa evolução como ser humano. Significa autoconhecimento, coragem e autoconfiança. Significa maior consciência dos meus atos, maior clareza em meus objetivos. Significa reconhecer que sozinha eu seria pó.

Parafraseando John Donne: “Nenhum ser é uma ilha, isolada em si próprio. Todos são parte do continente. Uma parte de um todo.”.

Aqui tenho a oportunidade para agradecer quem me impede de ser uma ilha isolada.

Eu agradeço. Obrigada!

À vida e a Deus por sempre fazerem valer o meu incansável otimismo. Pela convicção que o melhor é o que vem.

Aos meus amados pais, Sonia e Pedro, pelo incentivo, por acreditarem no meu potencial como mulher. Pela permissão de alçar voo, pela liberdade de voar por aí, pela segurança de sempre poder retornar ao ninho. Além disso, por nunca medirem esforços a fim de me proporcionar o que de melhor a vida tem a oferecer. Vocês não são bons pais, ser bom é o básico. Vocês nunca fazem o básico, sempre fazem muito além. Obrigada por tanto amor, vocês me orgulham e me inspiram a ser sempre melhor.

Ao meu irmão Cristian, que superadas as nossas incompatibilidades, fez de mim um ser humano melhor apenas por existir. Ter um irmão é tornar-se, obrigatoriamente, menos egoísta e solitário. À minha cunhada Gabriela, pela leveza dos momentos compartilhados, pelas conversas afáveis e sinceras, pela constante troca de aprendizados. À pequena Maitê, por fazer-nos lembrar que a preciosidade da vida se encontra nos momentos mais simples de puro amor.

Aos cinco, pelo carinho incondicional que nutrimos uns pelos outros. Por se alegrarem com minhas conquistas e pela sincera torcida pelo meu sucesso. Sou infinitamente melhor porque tenho vocês.

À Pérola, por ser meu sinônimo mais manifesto de amizade. Pelo trabalho conjunto que temos realizado com maestria há vinte e dois anos, regando carinhosamente a nossa planta da amizade.

Agradeço também aos meus amigos da graduação, que assim como eu carregam um amor especial por Passo Fundo, que tão bem nos acolheu. Berço de muitas das nossas melhores histórias.

Agradeço à Duda, minha dupla, por ter se tornado família. Desde os dias de boemia e infundáveis gargalhadas, às madrugadas regadas a café, desespero e estudo. Muito além da graduação, pelos momentos e conversas que levarei sempre comigo. Por desarmar com calma e paciência a montanha de pensamentos que em muitos dias me perturbava.

Ao Saimon, amigo fiel, por fazer-me entender e tornar a vida mais despreocupada.

Ao Henrique, o *bon vivant*, pela insanidade no meio de demasiada sanidade.

Ao Gabriel, pela tranquilidade. Por deixar-me saber que não estou sozinha quando fico perdida num emaranhado de ideias, achando que o mundo é pequeno demais, confuso demais. Pelo constante questionamento e curiosidade.

À Luiza, pela parceria do início ao fim. De Toronto a Madrid.

À Rafaela, pelo bom-humor, pela gentileza, pela empatia. Por acreditar verdadeiramente nas potencialidades dos outros.

Ao Mafía, por tornarem a rotina acadêmica mais suportável.

Ao PROJUR Mulher e Diversidade, por expandir minha visão e me aproximar da realidade de nossa comunidade, que vai muito além do ambiente acadêmico. Aos amigos da PGFN, pelo curto mas divertidíssimo convívio. E à toda a 4ª Vara Cível do Fórum de Passo Fundo, pela paciência, pelo aprendizado, por confiarem no meu potencial em trabalhos tão delicados e por sempre me instigarem a ir além do que eu acreditava ser capaz.

À Assessoria Internacional e a todos os meus amigos do intercâmbio, por ampliarem meus horizontes, pelo período mais desbravador e feliz que já vivi e por todo o resultado que isso tem me gerado.

Aos novos colegas e amigos, Junior, Isa e Adriano, que tem, pacientemente, me auxiliado nesse período de nômade na faculdade. E aos mais recentes, mas não menos importantes, amigos Julia Flach, Jô Fonseca, Gabi Slaviero e Artur Botton, que vêm compartilhando a vida comigo de maneira simples, leve e sincera.

Às minhas duas famílias por, certamente, terem influenciado na minha sociabilidade e em tantas coisas mais. Ao Nono e à Nona por, com felicidade, estarem acompanhando a finalização da vida acadêmica da última da lista dos seus onze netos.

À Universidade de Passo Fundo, à Faculdade de Direito e ao corpo de professores e colaboradores que auxiliaram direta e indiretamente na minha formação.

A todos, novamente, muito obrigada!

“CRIANÇA É COISA SÉRIA”

*A criança é o que fui em mim e em meus filhos,
enquanto eu e humanidade.*

Ela, como princípio é a promessa de tudo.

É minha obra livre de mim.

Se não vejo na criança, uma criança, é porque alguém

a violentou antes e o que vejo é o que sobrou de tudo que lhe foi tirado.

*Mas essa que vejo na rua sem pai, sem mãe, sem casa, cama e comida,
essa que vive a solidão das noites sem gente por perto, é um grito de espanto.*

Diante dela, o mundo deveria parar para começar um novo encontro,

porque a criança é o princípio sem fim

e o seu fim é o fim de todos nós.

(Herbert de Souza – Betinho)

RESUMO

O desenvolvimento do presente trabalho de conclusão de curso, objetiva analisar a (im)possibilidade de responsabilização civil por danos morais em caso de imotivada desistência da adoção. Analisar-se-á o caso, tendo por base princípios constitucionais norteadores do direito de filiação, quais sejam, da dignidade da pessoa humana e proteção integral da criança/adolescente, estampados na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990. Nesse sentido, será apresentada uma breve evolução histórica do instituto da adoção, bem como, seu conceito, natureza jurídica, efeitos. Da mesma maneira, será realizada uma síntese de pontos importantes sobre os temas incluídos na Lei Nacional da Adoção (Lei 12010/09). Outrossim, serão explanados conceitos e a fundamentação da responsabilidade civil. Com isso, demonstrar-se-á o cabimento e a importância da reparação civil por danos morais causados às crianças e adolescentes em um caso tão delicado como é o da desistência da adoção, que se converte em um segundo abandono, buscando suporte na responsabilização por abuso de direito, bem como, na teoria da perda de uma chance. Igualmente, para embasamento prático do assunto, serão trazidas e analisadas jurisprudências dos Tribunais com recentes decisões acerca do tema abordado.

Palavras-chave: Adoção. Abandono. Filiação. Responsabilidade Civil. Teoria da perda de uma chance.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	8
2	O INSTITUTO DA ADOÇÃO.....	10
2.1	Conceito de Adoção.....	10
2.2	Natureza Jurídica.....	11
2.3	Breve Histórico do Instituto da Adoção.....	13
2.4	Lei 12.010/2009 – Lei Nacional de Adoção.....	19
2.5	Efeitos da Adoção.....	25
3	RESPONSABILIDADE CIVIL – NOÇÕES GERAIS.....	29
3.1	Conceitos e espécies de responsabilidade civil.....	29
3.1.1	Responsabilidade Contratual e Extracontratual.....	31
3.1.2	Responsabilidade civil subjetiva e objetiva.....	32
3.2	Pressupostos da responsabilidade civil.....	34
3.3	Responsabilidade civil no direito de família.....	41
4	RESPONSABILIDADE CIVIL POR DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO.....	45
4.1	A desistência como um ciclo de novo rompimento.....	45
4.2	Análise jurisprudencial - casos práticos.....	49
4.3	O dever de indenizar.....	58
5	CONCLUSÃO.....	64
	REFERÊNCIAS.....	67

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso objetiva discorrer acerca da possibilidade de responsabilização civil por danos morais do(s) adotante(s), na hipótese de imotivada desistência da adoção e devolução da criança ou adolescente à guarda judicial. Em consequente, analisar, após trazidos os aspectos fundamentais de caracterização da responsabilidade civil, a incidência de dano suficiente a ponto de ensejar uma indenização. O número de crianças devolvidas, como será demonstrado, é significativo, e demonstra a relevância e urgência do tema.

A questão central concerne na ideia de que a adoção apenas passa a ter caráter irrevogável após o trânsito em julgado de uma sentença constitutiva, não existindo regulamentação ou proibição legal da devolução durante o período de convivência, fazendo com que essa atitude seja tomada livremente, sem normativa proibitiva.

O que se verá é que, embora não haja vedação legal, a responsabilização civil é crível à presente hipótese, uma vez que ela é causadora de diversos danos, tanto psíquicos, físicos, emocionais ou materiais que o novo abandono é capaz de acarretar no adotando. A impunidade da devolução, demonstra um descaso com os sentimentos e emoções da criança ou adolescente, que sofrerá uma revitimização frente a nova ruptura, prejudicando, inclusive, o êxito de uma futura adoção.

Será relevante ao presente trabalho a sondagem de como se dá a decisão da adoção na vida de cada família, a real importância do processo de preparação e de um acompanhamento psicológico tanto para os adotantes quanto para os adotados, o qual visa desobstruir eventuais problemas que resultem de uma adoção.

Àqueles a espera da adoção, sejam crianças ou adolescentes, é reservada uma proteção especial, pois, são pessoas em desenvolvimento, como destaca o Estatuto da Criança e do Adolescente, com seu caráter e personalidade em formação. Assim, quando o adotando é inserido em uma família substituta, já no período de convivência, busca-se, exclusivamente, um ambiente saudável e vantajoso para seu livre desenvolvimento, que lhe forneça aparatos que encorajem o seu crescimento como pessoa, a luz dos princípios da proteção integral, do melhor interesse do menor e da dignidade da pessoa humana.

Visando atingir o objetivo central da monografia, utilizando-se do método dedutivo, resultante de uma pesquisa bibliográfica e jurídico-constitucional, subdivide-se esse trabalho em três capítulos.

O primeiro capítulo discorrerá acerca da adoção, seu conceito, natureza jurídica, efeitos, uma abordagem acerca da Lei Nacional da Adoção diante do tema, bem como uma breve incursão histórica, desde seu surgimento até os dilemas atuais.

O segundo capítulo debruçar-se-á em análises acerca do instituto da responsabilidade civil, tratando dos pressupostos para sua caracterização, diferenciando a responsabilidade civil subjetiva e objetiva, bem como, dando ênfase ao abuso de direito, que servirá de alicerce na imputação de indenização.

Por fim, o terceiro capítulo versará acerca da possibilidade de indenização por danos morais em caso de desistência da adoção, nos diferentes momentos em que a vontade de desistir é manifestada. Analisar-se-á diferentes posições dos tribunais brasileiros acerca do tema, bem como, serão discutidos os argumentos utilizados frente aos prejuízos causados às crianças e adolescentes diante da devolução imotivada.

Sintetizando os principais pontos levantados em cada capítulo, a conclusão encerrará o trabalho.

2 O INSTITUTO DA ADOÇÃO

No presente capítulo, percorre-se, toda a ideia de adoção, seu conceito, sua natureza jurídica e a linha histórica do instituto da adoção, do caráter nitidamente contratualista que outrora aplicava-se em códigos já obsoletos, até o contexto atual, o qual ressignificou-o num aspecto mais subjetivo individual, humanitário, priorizando os interesses da criança.

O Direito, diante desta evolução social constante e como ferramenta de socialização, foi impulsionado a se adaptar, tendo o Direito de Família se modernizado para atender às demandas daí decorrentes. Faz-se, também, uma análise minuciosa e pormenorizada acerca dos aspectos processuais do instituto da adoção, da atual Lei 12.010/09, Lei Nacional de Adoção, bem como quais os deveres que regem as relações paterno filiais nesses casos e seu respectivo efeito jurídico.

2.1 Conceito de Adoção

Diversos são os conceitos de adoção. Etimologicamente falando, a palavra adotar vem do latim *adoptio*, que significa “considerar, olhar para, escolher” (Weber, 1999, p.100). Maria Berenice Dias a define como a “modalidade de filiação constituída no amor, gerando vínculo de parentesco por opção” (2009, p.434).

A exemplo de outros doutrinadores, tem-se Maria Helena Diniz, que conceitua:

A adoção vem a ser o ato judicial pelo qual, observados os requisitos legais, se estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha. Dá origem, portanto, a uma relação jurídica de parentesco civil entre adotante e adotado. É uma ficção legal que possibilita que se constitua entre o adotante e o adotado um laço de parentesco de 1º grau na linha reta (2013, p.416).

Na visão de Silvio de Salvo Venosa:

A adoção é modalidade artificial de afiliação que busca imitar a filiação natural. Daí ser também conhecida como filiação civil, pois não resulta de uma relação biológica, mas de uma manifestação de vontade, conforme o sistema do Código Civil de 1916, ou de sentença judicial, no atual sistema (2017, p.306).

O artigo 227, § 5 e 6 da Constituição Federal de 1988, retrata o dever da sociedade e do Estado no amparo e garantia a crianças e adolescentes no que concerne aos meios em que possam se desenvolver adequadamente, vejamos:

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

[...]

§ 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros. § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Ainda, o Estatuto da Criança e do Adolescente conceitua adoção como um ato jurídico irrevogável e excepcional, e qualquer atitude contrária constitui-se em um ato inconstitucional:

Art. 39. A adoção de criança e de adolescente reger-se-á segundo o disposto nesta Lei.

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

Do mesmo modo, em seu artigo 41, esclarece que “a adoção atribui ao adotado a condição de filho para todos os efeitos, desligando-o de qualquer vínculo com os pais biológicos, salvo nos casos de impedimentos para o casamento”.

Assim sendo, vê-se a adoção como um ato jurídico que consiste em transferir todos os direitos e deveres de pais biológicos para uma família substituta, conferindo para crianças/adolescentes todos os direitos e deveres de filho, ambos quando preenchidos os requisitos, para os efeitos legais.

2.2 Natureza Jurídica

Há divergências na doutrina ao estabelecer uma noção com valor universal e permanente acerca da natureza jurídica do instituto. São cinco, segundo Eunice Granato, o número de correntes doutrinárias que explicam a natureza jurídica da adoção: a primeira vê na adoção um contrato, a segunda um ato solene, a terceira reconhece a adoção como uma

filiação criada por meio da lei, a quarta trata como um instituto de ordem pública e, por fim, a adoção é vista como uma figura híbrida, um misto de contrato e de instituição de ordem pública. (2003, p.26).

A natureza jurídica da adoção como contrato é um tanto divergente. Neste sentido, destaca Rodrigo Nobre:

A natureza jurídica do instituto da adoção pode ser considerada ou equiparada à mesma de uma relação contratual, visto que a adoção é um negócio bilateral onde depende da vontade do adotante ou adotantes se for um casal, e do adotado, sendo inegavelmente visto como, inicialmente um contrato. De modo que essa concepção acaba que sendo uma visão ultrapassada, pois, as crianças e adolescentes possuem proteção do Estado (2014, p.4).

Classificá-la como contrato, ato, ficção ou instituição reduzem a natureza jurídica do mesmo, afastando-o da realidade a que deve servir e o distanciando de seus fins. A adoção não pode ser vista como um contrato, à luz do Direito Civil, dentro do tema das obrigações, servindo apenas como um pacto entre os particulares. Num contrato, o ato solene firma um acordo de vontade entre as partes, gerando efeitos jurídicos extrapatrimoniais. Ao qualificar a adoção como contrato se desmerece uma das características fundamentais do ato: a afetividade entre as partes. Afeto não decorre de estipulação contratual.

Para Paulo Lôbo, a natureza jurídica da adoção é um ato jurídico em sentido estrito, como demonstra a seguir:

A adoção é ato jurídico em sentido estrito, de natureza complexa, pois depende de decisão judicial para produzir seus efeitos. Não é negócio jurídico unilateral. Por dizer respeito ao estado de filiação, que é indisponível, não pode ser revogada. O ato é personalíssimo, não se admitindo que possa ser exercido por procuração (2009, p.251).

No entendimento de Silvio de Salvo Venosa, a adoção é um ato jurídico com marcante interesse público:

A adoção moderna, da qual nossa legislação não foge à regra, é direcionada primordialmente para os menores de 18 anos, não estando mais circunscrita a mero ajuste de vontades, mas subordinada à inafastável intervenção do Estado. Desse modo, na adoção estatutária há ato jurídico com marcante interesse público que afasta a noção contratual (2017, p.310).

Em que pese o processo de adoção no Brasil se findar com uma sentença constitutiva emanada do Poder Judiciário, e não com a simples homologação do concurso de vontades das partes envolvidas, também não é puramente um ato jurídico. Por haver forte participação do Estado no procedimento, pode-se classificar a adoção como instituição de Direito de Família.

Ainda, é de importância realçar que a adoção é constituinte de um parentesco eletivo, ou seja, se dá exclusivamente por um ato de vontade, sendo que a verdadeira paternidade tem sua origem na busca de amar e ser amado, realçando a ideia trazida por Farias e Rosendal, que “[...] a adoção é decorrente de uma escolha recíproca, uma espécie de via de mão dupla, na qual adotante e adotando se escolhem e se adotam”. (2014, p.935).

Desta forma, a natureza do instituto é híbrida, pois, embora haja a manifestação de vontade das partes, estas, não tem liberdade para regularizar seus efeitos, ficando estes pré-determinados pela lei. No momento de formação do ato adotivo dá-se um contrato de Direito de Família; quando intervém o juiz, revela-se a face institucional da adoção, constituída por sentença, que lhe dá solenidade, estrutura e projeta seus efeitos.

2.3 Breve Histórico do Instituto da Adoção

É possível identificar o instituto da adoção desde os primórdios da história do homem. Presente na religião, na história de Moisés, Sófocles, na mitologia greco-romana em Hércules, Rômulo e Remo, até às histórias infantis, como o Patinho Feio ou na jornada de Simba, em Rei Leão.

Em roteiros fictícios ou na vida real, a adoção vem aparecendo historicamente há muitas décadas, originando-se, de maneira mais remota, na necessidade de dar continuidade à instituição da família, em casos de pessoas que não possuíam filhos, suprindo unicamente o intuito de satisfazer as necessidades do adotante, que visava a continuidade da linhagem, com o objetivo de cultuar a memória dos ancestrais, tendo por modo de pensar que, aquele cuja família se extinguiu, não teria o culto e a preservação de suas memórias. Desse modo, traz Fustel de Coulanges:

A necessidade de perpetuar o culto doméstico foi o princípio do direito de adoção entre os antigos. Essa religião, que obrigava o homem a se casar, que facultava o divórcio em casos de esterilidade, substituindo o marido por algum parente nos casos de impotência ou de morte prematura, oferece, como último recurso à família, um meio de escapar à desgraça tão temida de sua extinção; esse recurso consistia no direito de adotar um filho (2008, p.58).

Ora, o raciocínio pairava na noção de que para aquele o qual não tivesse filhos, restava o abandono após a morte, um abandono eterno. Que o pai cuide de ter descendentes, ou ficará condenado à fome e ao abandono, eis uma crença religiosa, implícita no indivíduo e inescapável.

No contexto histórico da idade média, e com a expansão colossal do catolicismo, a adoção acabou por apresentar um considerável encolhimento, pois, desafiava diretamente interesses da igreja, que acreditava ser essa uma substituição ao casamento e a formação de uma família. Temia-se ainda, que fosse utilizada para reconhecer filhos adúlteros e incestuosos, o que era proibido a época, por isso, a adoção foi proibida no Direito Canônico.

Ainda, o instituto encontrou barreiras na era feudal, uma vez que os fundamentos da sociedade baseavam-se em uma linhagem fundada por laços sanguíneos. Ademais, a adoção mostrava-se contrária aos interesses da classe dominante, pois, aqueles que não pudessem instituir uma prole biológica acabariam por deixar seu patrimônio para a igreja ou para os senhores feudais, o que não aconteceria se a adoção fosse recepcionada pela comunidade.

Após o “desuso” do instituto da adoção, enfrentado durante o período de alta do cristianismo na idade média, esse vem ser resgatado pelo Código Civil Francês de 1804, conhecido como Código de Napoleão.

O citado Código, na sua forma originária, como lecionam Veronese e Petry:

[...] só admitia a adoção dos maiores de idade (art. 346), com a reforma de 1923 passou-se a admitir a adoção de menores. Em 1939, ocorreu outra profunda reforma com a criação do instituto da ‘legitimação adotiva’, dando tal modificação nova redação ao art. 343, do Código Civil Francês: ‘A adoção não pode ter lugar a não ser que haja justos motivos e que apresente vantagens para o adotado’ (2004, p.17).

Tem-se aqui um marco para os adotados, pois a vontade dos adotantes, pela primeira vez, passa para o segundo plano, enquanto dá-se destaque às vantagens e interesses daqueles que até então eram vistos como renegados.

No Brasil, do Direito Colonial até o Império a adoção era baseada no Direito Português. As Ordenações Filipinas e posteriores faziam menção à adoção, mas esta tinha um status mais simbólico do que efetivo. Salvo nos casos em que o pai biológico do adotado tivesse falecido, não havia a transferência do pátrio poder ao adotante, e mesmo se houvesse, a transferência devia ser autorizada por um decreto real.

Ainda, a adoção era permitida apenas para casais que não possuíam filhos, os mesmos recebiam uma criança, deixada na chamada “roda dos expostos” ou “roda dos rejeitados”, uma roda de madeira, fixada em portas ou janelas de conventos e casas religiosas. Nessas rodas, eram deixadas crianças de até sete anos. O dispositivo era girado, conduzindo a criança até o lado interno da instituição. Tal costume advinha desde a idade média, tendo sido a última roda do país, fechada em meados de 1950. Além disso, mesmo depois desse tipo de adoção, tanto o casal quanto a criança permaneciam em situação de vulnerabilidade, tendo em vista que nenhum direito, em nenhum sentido quanto a relação instituída, lhes era assegurado. Tais dados disponíveis na revista de audiência número 15 do Senado Federal.

Desse modo, as adoções formais eram raras, ocorrendo com mais frequência as adoções informais, na qual as famílias acolhiam em seus lares crianças necessitadas, de classe mais baixa, que serviriam de mão de obra gratuita. O raciocínio seguia na linha de conceder um auxílio aos mais necessitados e, em contrapartida, de maneira justa, receber uma prestação de serviços grátis. Tudo isso de acordo com os valores religiosos da época.

Após esse período, a primeira legislação que abordou o tema foi o Código Civil de 1916, disciplinando a adoção com base nos princípios romanos, como instituição destinada a proporcionar a continuidade da família, possibilitando aos casais estéreis os filhos que a natureza lhes negará.

Em razão disso, a adoção era apenas permitida para casais já acima dos cinquenta anos, sem filhos, com diferença mínima de idade entre os adotantes e adotado de dezoito anos. Outrossim, regulava-se que a adoção poderia ser desfeita diante de algumas situações específicas, sejam elas quando o adotado atingisse a maioridade, se os adotantes assim desejassem, ou se o adotado cometesse ato de ingratidão contra os adotantes, tal ato não era especificado. Ademais, julga-se que a adoção, àquela época possuía um caráter contratualista, isso porque a regulamentação se dava através de escritura, mediante um contrato reconhecido em cartório, não ocorrendo a judicialização do evento.

Apesar de finalmente haver um disciplinamento legal sistematizado acerca do instituto da adoção, a grande quantidade de requisitos exigidos aparecia como um entrave para a realização de tal, uma vez que poucos preenchiam as exigências necessárias. Por consequência, o instituto da adoção teve pouca aplicabilidade social na época, conforme expõe Rolf Madaleno:

No Brasil, a adoção ganha sistematização com o advento do Código Civil de 1916; contudo, com fortes resistências e restrições, não faltou quem advogasse a eliminação deste instituto. Os reflexos desta resistência se fizeram claramente presentes no caráter rígido e fechado do instituto da adoção (...) (2013, p. 627).

Em 1957, surge a Lei 3.133, o chamado Código de Menores, abordando-se pela primeira vez, de forma específica, o tema da adoção. Uma das principais mudanças fora a permissão para que pessoas maiores de trinta anos pudessem adotar, tendo elas filhos ou não. Em caso positivo, poderiam excluir a parte sucessória do filho adotado, pois, aquele não era equiparado ao filho biológico. Dessa época surge, também, a expressão “filhos de segunda categoria”, que alude o que de fato muito ocorria à época: a discriminação ou segregação entre filhos biológicos e adotivos, que perdurou até o advento da Carta Magna de 1988.

Nesse viés de “desequiparação” entre os filhos, percebe-se que a adoção não integrava o adotado integralmente no meio familiar, posto que o artigo 378 do Código Civil de 1916 dispunha que “os direitos e deveres que resultam do parentesco natural não se extinguem pela adoção, exceto o pátrio poder, que será transferido do natural para o adotivo”, ou seja, permanecia o adotado ligado aos parentes consanguíneos por força de lei.

Tal situação não era do agrado dos adotantes que, frequentemente, viam-se obrigados a partilharem o filho adotivo com a família biológica, situação esta que acaba por criar a chamada “adoção à brasileira”, uma espécie de simulacro, onde casais registravam o filho alheio como próprio, a fim de descaracterizar o vínculo biológico com a família consanguínea.

Diversos foram os entraves jurídicos até o advento da Lei n. 4.655/1965, que introduziu no ordenamento brasileiro a “legitimação adotiva”, posteriormente substituída pela “adoção plena”, que constava no Código de Menores de 1979. Consistia em uma forma de proteção ao menor abandonado, possibilitando o estabelecimento de vínculo de parentesco de primeiro grau entre o adotando e seu adotante, desvinculando-o de maneira permanente da família de origem, não mais tendo ele obrigações perante os mesmos, visando proporcionar a integração da criança ou adolescente na família adotiva.

Destaca-se que, a adoção plena era aplicável somente em casos excepcionais, ou seja, ao menor em “situação irregular”, permanecendo majoritária a chamada “adoção simples”, que mantinha o vínculo entre o menor e a família originária.

Os dois institutos eram distintos. A adoção simples, regulada pelo Código Civilista, criava um parentesco civil apenas entre adotante e adotando, era revogável pela vontade das partes e não cessava os direitos e obrigações resultantes do parentesco natural.

Já a adoção plena, conforme destaca Maria Helena Diniz:

[...] era a espécie de adoção pela qual o menor adotado passava a ser, irrevogavelmente, para todos os efeitos legais, filho dos adotantes, desligando-se de qualquer vínculo com os pais de sangue e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais. Essa modalidade tinha por fim: atender o desejo que um casal tinha de trazer ao seio da família um menor que se encontrasse em determinadas situações estabelecidas em lei, como filho e proteger a infância desvalida, possibilitando que o menor abandonado ou órfão tivesse uma família organizada e estável (2010, p.524).

Posteriormente, com o advento da Constituição Federal de 1988, uma nova perspectiva sob as formas de constituição de família bem como o olhar jurídico no que tange o instituto da adoção foi instituído.

Passou-se a sobrepor o princípio do melhor interesse da criança em detrimento da ideia de supressão das necessidades do adotante ao adotar. A Carta Constitucional passou a tratar os menores como indivíduos em desenvolvimento, necessitando de cuidados específicos, devendo os seus interesses serem colocados acima de qualquer bem ou interesse jurídico tutelado.

Aliado a esse pensamento, o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, entrou em vigor trazendo uma nova regulamentação. Substituiu-se o antigo Código de Menores (Lei 6.697/1979), dando novo tratamento aos até então chamados menores, que passaram a ser divididos em “crianças”, assim entendidas as pessoas com idade de até doze anos incompletos, e “adolescentes”, as que, tendo mais de doze anos, ainda não completaram dezoito.

Dentre as mudanças, destaca-se a adoção, aplicada permanentemente na espécie plena ou estatutária para os menores de dezoito anos. Restando a adoção simples ou civil, restrita aos adotados que já houvessem atingido a maioridade.

Ainda, alterou-se o processo no que concerne a abrangência da lei, que não mais se restringe aos jovens em situação de abandono ou irregulares, estendendo-se para todos os jovens, independentemente de sua situação jurídica, sendo imprescindível a atuação do Estado em qualquer tipo de adoção. O Estatuto trouxe a obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público nos processos de adoção, tornando a partir daí nula a sentença sem prévia manifestação de promotor de justiça. A nova roupagem que essa lei trouxe, deixou

de lado o fato da adoção ter um caráter de negócio jurídico, como era antes estabelecido diante de escrituras públicas que evidenciavam a adoção.

Nesse sentido, houve aqui um total acolhimento e proteção integral da criança adotada, como diz o artigo 1º da Lei 8069/90¹, sendo a pessoa adotada considerada como alguém que era desejado, e não apenas um sujeito de uma relação jurídica, muitas vezes de caráter estritamente braçal, ou seja, subordinado aos serviços gerais domésticos.

O artigo 3º da já referida lei, contém o que é de direito fundamental a esta criança que vem a ser adotada:

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

Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem.

O disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente complementa o já instituído na Constituição Federal de 1988, a qual dispõe em seu artigo 227, § 6º que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Eis que, em 2002, surge o Código Civil, trazendo novas abordagens acerca do tema, dentre estas, a possibilidade do consentimento para adoção dos genitores biológicos ou do representante legal do adotado e um prazo para a revogação do mesmo. Enquanto no Estatuto falava apenas em consentimento para o prosseguimento da adoção, na nova normativa estabeleceu-se um prazo, antes que o ato se torne irrevogável, para que o pronunciamento acerca do consentimento possa ser revertido, qual seja, até a prolação sentença.

Importa ressaltar que alguns dos artigos que disciplinam a adoção no Código Civil mostraram-se incompatíveis com o Estatuto da Criança e do Adolescente. A doutrina concluiu que, nesses casos, uma vez que o Código Civil engloba normas de caráter geral e o Estatuto normas de caráter específico, devem prevalecer estas últimas. As normas acerca

¹ Art. 1º: Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

de adoção do Código Civil, portanto, só seriam aplicadas no silêncio da norma específica ou quando com ela for compatível.

No momento presente, tal instituto é regido por lei própria, a Lei Nacional de Adoção (Lei 12.010/2009), que promoveu mudanças significativas no modo de atuar referente a adoção, alterando dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente e revogando quase todos os dispositivos que versavam sobre o tema no Código Civil, restando vigentes apenas os artigos 1.618 e 1.619.²

Seguindo a mesma diretriz do Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei 12.010/09 prioriza e objetiva o melhor interesse da criança, visando garantir, primordialmente, o direito à convivência familiar, preferindo o acolhimento do menor por parentes próximos, com os quais possua laços preexistentes de afinidade e afetividade, pondo a ideia de adoção em segundo plano.

Ainda, disciplina as normas quanto ao processo de adoção, a preparação dos que desejam criar o vínculo paternal socioafetivo com uma criança, a melhor maneira de receber o menor em sua nova realidade e o acompanhamento psicológico e social devido, reforçando o papel do Estado no trâmite.

Nos dias atuais, o assunto continua em voga, debates acerca do tema versam quanto as necessidades de melhoria no processo, sua efetividade e eficiência, tanto na atuação do Estado, quanto na real consciência obtida pelos que afirmam estarem aptos a adotar. Para isso surgiu, como norma mais recente, a Lei 13.509/2017, que alterou alguns dispositivos das legislações anteriores, buscando maior proteção ao menor envolvido e menor morosidade processual. Ainda, traz dispositivos referentes a habilitação dos adotantes e vigência de prazos menores, inclusive no estágio de convivência, assunto esse que será tratado ao longo do estudo.

2.4 Lei 12.010/2009 – Lei Nacional de Adoção

A Lei 12.010 foi promulgada em 7 de agosto de 2009 e traz consigo apenas sete artigos. Introduziu inúmeras alterações ao Estatuto da Criança e do Adolescente e revogou expressamente dez artigos do Código Civil concernentes ao tema da adoção (arts. 1620 a

² Art. 1.618. A adoção de crianças e adolescentes será deferida na forma prevista pela Lei n o 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente . (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009)

Art. 1.619. A adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente . (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009)

1629), dando ainda nova redação a outros dois (arts. 1.618 e 1.619). Conferiu, também, nova redação à Lei 8.560/92 que regula a investigação da paternidade dos filhos tidos fora do casamento (GONÇALVES, 2014, p.387).

Inicialmente, denota-se que a Lei Nacional de Adoção, assim como o Estatuto da Criança e do Adolescente, objetiva garantir às crianças e adolescentes o direito a um convívio familiar apto e pleno para o seu desenvolvimento, como explícito em seu primeiro artigo, parágrafo primeiro:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o aperfeiçoamento da sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes, na forma prevista pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente.

§ 1º A intervenção estatal, em observância ao disposto no caput do art. 226 da Constituição Federal, será prioritariamente voltada à orientação, apoio e promoção social da família natural, junto à qual a criança e o adolescente devem permanecer, ressalvada absoluta impossibilidade, demonstrada por decisão judicial fundamentada.

Ainda, visando menor morosidade processual, estabelece prazos, cria um cadastro nacional para facilitar o encontro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados por pessoas habilitadas e limita em um ano e meio, prorrogável em caso de necessidade, a permanência de criança e jovem em abrigo, conforme modificação inserida no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 19. É 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. (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

§1 Toda criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada 3 (três) meses, devendo a autoridade judiciária competente, com base em relatório elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar, decidir de forma fundamentada pela possibilidade de reintegração familiar ou pela colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 13.509, de 2017)

§2º A permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de 18 (dezoito) meses, salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária.

Percebe-se ainda, que a Lei se preocupa com o bem-estar da família como um todo desde o período da gestação, pois acrescenta a necessidade de “assistência psicológica à gestante e à mãe, no período pré e pós-natal, inclusive como forma de prevenir ou minorar as consequências do estado puerperal”, assistência essa, que “deve ser prestada também

àquelas gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar o filho para adoção”. Tal alteração está prevista no artigo 8, § 4 e 5 do Estatuto da Criança e do Adolescente³.

Essa medida busca impedir as chamadas adoções informais, evitando ainda, que pessoas mal-intencionadas fiquem com essas crianças, já que o correto é a adoção por parte de pessoas devidamente inscritas no Cadastro Nacional de Adoção. Como medida de efetivação, tem-se disposto no artigo 258-B do Estatuto da Criança e do Adolescente que:

Art. 258-B. Deixar o médico, enfermeiro ou dirigente de estabelecimento de atenção à saúde de gestante de efetuar imediato encaminhamento à autoridade judiciária de caso que tenha conhecimento de mãe ou gestante interessada em entregar seu filho para adoção:

Pena – multa de R\$ 1.000,00 (mil reais) a R\$ 3.000,00 (três mil reais).

Parágrafo único. Incorre na mesma pena o funcionário de programa oficial ou comunitário destinado à garantia do direito à convivência familiar que deixa de efetuar a comunicação referida no caput deste artigo.

Ou seja, o não encaminhamento da gestante pelos membros do estabelecimento de atenção a saúde, por exemplo, médicos, enfermeiros ou mesmo os dirigentes deste órgão, gera uma infração administrativa.

Destaca-se, entre todas as alterações da normativa, a excepcionalidade da ideia de expor à criança à adoção. Nas palavras de Fabio Ulhoa Coelho:

Buscando atender o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, a Lei 12.010 colocou a adoção em segundo plano, sendo ela permitida apenas quando não for possível manter o menor próximo de sua família natural, pois entende que é a melhor alternativa para sua formação psicológica por menos preparados que estejam os integrantes da família para a tarefa (2012, p.183).

Ainda, Rolf Madaleno ressalta:

O propósito desta lei foi o de priorizar o acolhimento e a manutenção da criança e do adolescente em seu convívio familiar, com sua família biológica, desde que reflita o melhor interesse do infante, e só deferir a adoção, ou sua colocação em família substituta como solução excepcional. Esse é inclusive, o espírito do artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente ao prescrever que “toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta” (2018, p.208).

³ § 4 Incumbe ao poder público proporcionar assistência psicológica à gestante e à mãe, no período pré e pós-natal, inclusive como forma de prevenir ou minorar as consequências do estado puerperal. (Incluído pela Lei no 12.010, de 2009);

§ 5 A assistência referida no § 4o deste artigo deverá ser prestada também a gestantes e mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção, bem como a gestantes e mães que se encontrem em situação de privação de liberdade. (Redação dada pela Lei no 13.257, de 2016).

Verifica-se, portanto, que o processo de substituição do leito familiar em caso de averiguada necessidade segue uma ordem. Inicia na família natural, passando em segundo plano à família extensa e apenas numa terceira possibilidade surge a adoção, como medida subsidiária, excepcional e irrevogável.

A característica de irrevogabilidade é o que torna o ato tão delicado de ser tratado, pois, uma vez prolatada a sentença, constitui-se formalmente o vínculo familiar entre adotando e adotante e conseqüentemente, todos os efeitos jurídicos dali decorrentes.

O artigo 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente conceitua o termo família extensa ou ampliada sendo “aquela que se estende para 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”.

Entretanto, há juristas como Maria Helena Diniz que entendem que “esta prioridade em permanecer na família natural, acaba por si só confrontando um dos objetivos desta lei, que é dar mais rapidez” (2010, p.515).

Carlos Roberto Gonçalves não se mostra contrário a ideia da busca pela permanência nas condições da família natural ou extensa, mas admite que a ideia de agilização do processo ainda não encontra seu melhor modelo, expõe o doutrinador que “por outro lado, não se pode abrir mão de certas exigências, que permitem ao Judiciário conhecer a pessoa que quer adotar, o impasse levou o legislador a instituir alguns procedimentos que conflitam com a ideia de agilização desejada por todos” (2014, p.389).

Dentre essas ideias encontra-se o fato de que a habilitação à adoção, anteriormente adotada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, tornou-se um processo, com petição inicial e juntada de documentos. Além disso, o estágio de convivência tornou-se obrigatório, com exceção de casos em que o adotado esteja sob a tutela ou guarda legal do adotante.

Desta forma, em contrapartida da lei, existe uma vertente que crê que a busca pela permanência na família apenas dificulta o processo de adoção, que já tardará nos trâmites processuais regulares, pois leva o judiciário a despender muito mais tempo buscando encontrar algum parente que deseje a criança.

Ainda, a lei esclarece que o instituto da adoção aborda tanto a adoção de crianças e adolescentes como a de maiores de dezoito anos, exigindo procedimento legal em ambos os casos. A principal diferença encontra-se no fato de que a adoção em caso de o adotado possuir mais de dezoito anos, ocorre conforme as regras do Código Civil, de acordo com os artigos supramencionados, 1.618 e 1.619.

O regime de adoção para maiores de idade antes da Lei 12.010/2009, poderia ser realizado conforme vontade das partes, por meio de escritura pública. Com a nova lei e em consonância das consequências decorrentes de uma adoção aos envolvidos e a terceiros, torna-se necessário o controle jurisdicional, que se dá por um processo judicial próprio.

Carlos Roberto Gonçalves, em seu manual, trouxe o voto do Relator Ministro Luís Felipe Salomão, que transcreveu:

Ao exigir o processo judicial, o Código Civil extinguiu a possibilidade de a adoção ser efetivada mediante escritura pública. Toda e qualquer adoção passa a ser encarada como um instituto de interesse público, exigente de mediação do Estado por seu poder público. A competência é exclusiva das Varas da Infância e Juventude quando o adotante for menor de 18 anos e das Varas de Família, quando o adotante for maior (2014, 390).

Com relação a aptidão para adotar, disciplina a Lei Nacional de Adoção em seu artigo 42 que, “podem adotar os maiores de dezoito anos, independentemente de estado civil”, vedada procuração, sendo ato pessoal do adotante. Não são causas influentes na capacidade ativa da adoção o estado civil, o sexo e a nacionalidade do adotante, entretanto, pontua Gonçalves, estar “implícito que o adotante deve ter condições morais e materiais de desempenhar a função, de elevada sensibilidade, de verdadeiro pai de uma criança carente, cujo destino e felicidade lhe são entregues” (2014, p.391). Aquele que não satisfazer os requisitos legais não poderá sequer inscrever-se como interessado no ato da adoção.

Dentre os requisitos e sendo a adoção ato jurídico, exige capacidade, sendo vedada aos absoluta ou relativamente incapazes, como ébrios habituais, pois é necessário o pleno discernimento para a prática do ato, que engloba em seu todo a necessidade de um ambiente familiar saudável, capaz de propiciar o desenvolvimento humano.

No processo de adoção conjunta, a legislação continua com a mesma postura reconhecendo apenas a união entre homens e mulheres como dispõe o artigo 226, parágrafo 3º, muito embora já existam decisões judiciais que deferem a adoção a companheiros em união homoafetiva, sendo um entendimento já pacificado pela jurisprudência, posto haver inúmeros casos e pedidos de habilitação por casal homossexual, portanto, pedido este já muito bem visto e deferido.

A Apelação Cível n. 0002583-11.2017.8.24.0036 do Tribunal de Justiça de Santa Catarina apresenta o seguinte trecho na ementa, concernente ao assunto:

EMENTA: INFÂNCIA E JUVENTUDE. PEDIDO DE HABILITAÇÃO PARA ADOÇÃO POR CASAL HOMOAFETIVO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELO DO PARQUET. PRETENDIDA A COMPLEMENTAÇÃO DO ESTUDO PSICOSSOCIAL. DESNECESSIDADE. ESTUDOS SOCIAL E PSICOSSOCIAL CLAROS E FAVORÁVEIS À HABILITAÇÃO. TRATAMENTO PSICOTERÁPICO POR UM DOS ADOTANTES. FATO QUE CORROBORA SUA DISPOSIÇÃO EM SE PREPARAR PSICOLOGICAMENTE PARA A ADOÇÃO. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS A COLOCAR EM DÚVIDA O PREPARO DO CASAL NESTE MOMENTO PROCESSUAL. CRITÉRIOS RECURSAIS DISCRIMINATÓRIOS, INFUNDADOS E DESARRAZOADOS. PRETENSÃO DE DESCOBRIR A "GÊNESE" DA HOMOSSEXUALIDADE E OS "PAPÉIS" QUE CADA UM EXERCE NO ÂMBITO RELACIONAL. PLEITO QUE ESBARRA NA DIGNIDADE HUMANA DOS REQUERENTES E NA NECESSIDADE DE TRATAMENTO IGUALITÁRIO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 1º, III, 3º, IV, E 5º, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HABILITAÇÃO DEFERIDA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

1. "Se determinada situação é possível ao extrato heterossexual da população brasileira, também o é à fração homossexual, assexual ou transexual, e todos os demais grupos representativos de minorias de qualquer natureza que são abraçados, em igualdade de condições, pelos mesmos direitos e se submetem, de igual forma, às restrições ou exigências da mesma lei, que deve, em homenagem ao princípio da igualdade, resguardar-se de quaisquer conteúdos discriminatórios." (STJ, REsp 1281093/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, j. 18/12/2012)

2. Na visão moderna, não há mais espaço para se conceberem argumentos impeditivos de adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos. Tanto estes como os casais heterossexuais deverão comprovar, no mínimo, no interesse maior de crianças e adolescentes, suas aptidões para o exercício responsável da paternidade e maternidade. No âmbito do Direito da Infância e Juventude, há que se ter muita cautela para não se afrontar o princípio da dignidade humana, quer de crianças e adolescentes, quer de pretendentes a guarda ou adoção. Ambos merecem absoluta e inarredável proteção.

(TJ-SC - AC: 00025831120178240036 Jaraguá do Sul 0002583-11.2017.8.24.0036, Relator: Marcus Tulio Sartorato, Data de Julgamento: 13/03/2018, Terceira Câmara de Direito Civil)

Em relação aos casais divorciados, separados judicialmente ou ex-companheiros, eles ainda podem adotar, desde que o processo tenha sido iniciado na constância do relacionamento. A nova lei aborda a necessidade de afinidade e afetividade, sendo demonstrado efetivo benefício ao adotando, conforme artigo 42, §4 e 5 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

No caso mencionado anteriormente, a legislação agrega ao pedido a chamada Guarda Compartilhada implementada pela Lei 11.698/08, que deu nova redação ao artigo 1.538, paragrafo 1º do Código Civil de 2002. O referido artigo cita: "A guarda compartilhada e a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns".

A adoção pós morte pode vir a ser deferida caso a manifestação de vontade seja iniciada antes de o adotante vier a falecer.

Assim, traçados alguns pontos importantes referentes as mudanças instituídas a partir da vigência da Lei 12.010/09, é possível afirmar que o instrumento normativo foi responsável por reafirmar à quem a adoção visa atender, consolidando a valorização social das crianças e adolescentes, e prezando pelo seu bem-estar e buscando fornecer um desenvolvimento saudável, deixando de lado a ideia de atender aos apenas ao interesse daqueles que pretendem adotar.

2.5 Efeitos da Adoção

A problemática que pretende-se enfrentar neste tópico, se refere aos efeitos da adoção, à luz da Lei Nacional da Adoção, do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como do princípio da igualdade entre filhos estabelecida no parágrafo 6º, do artigo 227, da Constituição Federal⁴.

Os principais efeitos da adoção dividem-se em duas ordens: efeitos de ordem pessoal, relativos ao parentesco, poder familiar e nome e efeitos de ordem patrimonial, concernentes a questão dos alimentos e sucessão.

Quanto aos de ordem pessoal relativos ao parentesco, preceitua o artigo 41, caput, do Estatuto da Criança e do Adolescente que “a adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”.

Segundo o pensamento de Carlos Roberto Gonçalves, o parentesco instituído seria a principal característica da adoção, pois:

[...] ele promove a integração completa do adotado na família do adotante, na qual será recebido na condição de filho, com os mesmos direitos e deveres dos consanguíneos, inclusive sucessórios, desligando-o, definitiva e irrevogavelmente, da família de sangue, salvo para fins de impedimento de casamento (2014, p.407).

Os efeitos, de acordo com o artigo 47, §7 do Estatuto da Criança e do Adolescente são produzidos a partir do trânsito em julgado da sentença constitutiva.

⁴ § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

No que se refere a irrevogabilidade da decisão, o artigo 48 do mesmo dispositivo legal, o qual previa que “a adoção é irrevogável” foi deslocado pela Lei Nacional da Adoção para o §1 do artigo 39 do Estatuto, que anuncia:

Art. 39. A adoção de criança e de adolescente reger-se-á segundo o disposto nesta Lei.

§ 1º A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

Alguns doutrinadores e juristas, malgradam a referida mudança, auferindo que a proclamação poderia ter sido mais enfática, assim como era anteriormente, asseverando pura e simplesmente que a adoção é irrevogável.

A sentença, quando prolatada, será inscrita no Registro Civil mediante mandado, consignando o seguinte, conforme previsto no art. 47 §1 e 2 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

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

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

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

Uma breve observação ao §3, inserido pela Lei 12.010/2009, quanto a possibilidade de lavrar o novo registro no município de residência: §3 A pedido do adotante, o novo registro poderá ser lavrado no Cartório do Registro Civil do Município de sua residência. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009).

Para Gonçalves “a inovação é importante porque evita que o adotante tenha que explicar para a criança ou adolescente o motivo pelo qual seu registro foi feito em cidade diversa daquela em que tem residência” (2014, p.408).

No que concerne aos efeitos sob o poder familiar, equipara-se o filho adotivo ao consanguíneo sob todos os aspectos, ficando sujeito ao poder familiar, transferido do pai natural para o adotante com todos os direitos e deveres que lhe são inerentes, tais quais especificados no artigo 1.634 do Código Civil⁵.

⁵ Art. 1634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:
I- dirigir-lhes a criação e a educação;

Ainda, importa ressaltar que a adoção, segundo artigo 1.635, IV, Código Civil extingue o poder familiar dos pais biológicos e atribui a situação de filho ao adotado, não restando qualquer vínculo com pais ou parentes, salvo os impedimentos matrimoniais (art. 41⁶, caput, ECA).

Referente ao efeito de ordem pessoal de nome, o artigo 47, §5 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que “a sentença conferirá ao adotado o nome do adotante e, a pedido de qualquer deles, poderá determinar a modificação do prenome.”.

Na possibilidade de alteração do prenome, como confere o §6, observar-se-á o estágio de desenvolvimento da criança e o grau de discernimento que a mudança implica, acontecendo audiência para consentimento caso o adolescente possua mais de doze anos.

O sobrenome dos pais adotantes é direito do adotando. Preceitua Gonçalves que “[...] mais se acentua a correta finalidade da norma em apreço quando os adotantes já tenham outros filhos, biológicos ou adotados. Nesse caso o sobrenome deve ser comum, para não gerar discriminação” (2014, p. 409).

Quanto aos efeitos de ordem patrimonial, concernentes a alimentos, a lei estabelece que são devidos os alimentos entre adotante e adotado, uma vez que se tornam parentes, sendo uma decorrência natural, devendo ser prestados da mesma forma que são aos filhos biológicos enquanto menores, ou maiores se impossibilitados de prover o próprio sustento.

Também, dispõe o artigo 1.689, I e II do Código Civil que, o adotante, enquanto é figura principal no exercício do poder familiar, torna-se usufrutuário e administrador dos bens do adotado.

Relativo aos efeitos no direito sucessório e tendo em vista a paridade de condições entre filhos biológicos e consanguíneos, como já mencionado, concorre o filho adotivo em igualdade com o de sangue em relação aos direitos hereditários, inclusive na possibilidade

-
- II- exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
 - III- conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
 - IV- conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
 - V- conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
 - VI- nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
 - VII- representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
 - VIII- reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
 - IX- exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

⁶ Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

de sucessão dos avós e colaterais, até quarto grau, conforme artigo 1.839 do Código Civil e artigo 41, §1 e 2 do Estatuto da Criança e do Adolescente, os quais trazem:

Art. 1.839. Se não houver cônjuge sobrevivente, nas condições estabelecidas no art. 1.830, serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau.

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

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

§ 2º É recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º grau, observada a ordem de vocação hereditária.

Importa salientar que a extinção dos efeitos da adoção ocorre somente em situações determinantes, como as previstas nos artigos 1.814, 1.962 e 1.963 do Código Civil, que dispõe sobre a deserção ou exclusão da sucessão e, conseqüentemente, o rompimento do efeito sucessório da adoção. A causa deve ser declarada em testamento, conforme artigo 1.964 da mesma Lei⁷.

Ademais, vistos e analisados os principais pontos concernentes ao instituto da adoção, igualmente vislumbrada sinteticamente a ordem cronológica da evolução do mesmo, passa-se agora a análise do segundo ponto da monografia, qual seja a caracterização da responsabilidade civil.

⁷ Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:

I- que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;

II- que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;

III- que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

Art. 1.962. Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserção dos descendentes por seus ascendentes:

I- ofensa física;

II- injúria grave;

III- relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto;

IV- desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade.

Art. 1.963. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserção dos ascendentes pelos descendentes:

I- ofensa física;

II- injúria grave;

III- relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta;

IV- desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade.

Art. 1.964. Somente com expressa declaração de causa pode a deserção ser ordenada em testamento.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL – NOÇÕES GERAIS

A fim de discorrer acerca da possibilidade de responsabilização dos adotantes em caso de desistência da adoção, torna-se necessária uma análise do instituto da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, quanto aos seus requisitos, formas e a sua ocorrência no âmbito do Direito de Família.

3.1 Conceitos e espécies de responsabilidade civil

O conceito de responsabilidade civil no direito brasileiro, encontra diversas definições. Exprime, basicamente, a ideia de obrigação de reparar o dano causado a outrem em razão de um desvio de conduta. É explicado pelo anseio, inerente à toda a pessoa humana, de obrigar o responsável a reparar o dano causado, oriundo de um social sentimento de justiça.

Pelas lições de Sérgio Cavalieri Filho, entende-se por responsabilidade civil:

Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa ideia. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário (2010, p.2).

Da mesma forma, Silvio de Salvo Venosa conceitua que a responsabilidade civil constitui uma relação obrigacional que visa o dever de indenizar:

Em princípio, toda atividade que acarreta prejuízo gera responsabilidade ou dever de indenizar. Haverá, por vezes, excludentes, que impedem a indenização, como veremos. O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deve arcar com a consequências de um ato, fato ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar (2016, p.473).

Nesse sentido, infere-se que a responsabilidade civil está ligada, principalmente, à uma noção de reparação de dano, de modo que toda conduta humana que viola dever jurídico preexistente e causa prejuízo a outrem, é fonte geradora do referido instituto.

Além disso, pode-se dizer que a responsabilidade civil opera sobre um ato ilícito, um desvio de conduta socialmente repellido e não aceito no ordenamento jurídico, do qual

nasce a obrigação de indenizar, objetivando a colocação da vítima, de certa forma, na posição que estaria antes da ocorrência do evento danoso.

Neste sentido, Maria Helena Diniz, afirma que o instituto consiste na “[...] aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.”. (2003. p.36)

Para Silvio Rodrigues “o problema em foco é saber se o prejuízo experimentado pela vítima deve ou não ser reparado por quem o causou. Se a resposta for afirmativa, cumpre indagar em que condições e de que maneira será tal prejuízo reparado. Esse é o campo que a teoria da responsabilidade civil procura cobrir.”. (2003. p.6)

O conceito circula através da ideia de que todos os seres humanos socializados, tem uma obrigação subjetiva que calha, diante de sua conduta, reparar qualquer dano que, eventualmente, vier a causar, quer o dano se suceda de infração contratual, quer seja de responsabilidade extracontratual. É a ideia de uma obrigação subjetiva, que paira sobre a vida e organização social, traduz-se no encargo que cada um carrega de evitar a prática de qualquer ato de conduta lesiva para com os demais.

A responsabilidade civil apresenta-se como uma justificativa de manutenção da ordem. Quem a pratica corre o risco de ser civilmente responsabilizado, em atenção ao sistema legislativo vigente, seja por transgressão de ajuste contratual ou por determinação legal.

Após a apreciação do viés de entendimento de diversos autores, contempla-se a seguinte conceituação, que engloba, de maneira geral todos os elementos acerca do instituto analisado, tornando-se a definição ideal, por estar totalmente alheia às ponderações entre responsabilidade objetiva e subjetiva.

Tal leitura é oriunda de Mario da Silva Pereira:

A responsabilidade civil consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. Reparação e sujeito passivo compõem o binômio responsabilidade civil, que então, se enuncia como princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano. Não importa se o fundamento é a culpa, ou se é independente desta. Em qualquer circunstância, onde houver a subordinação de um sujeito passivo à determinação de um dever de ressarcimento, aí estará a responsabilidade civil (2000, p.11).

Como pincelado, denota-se que existem duas espécies de responsabilidade civil em função de algumas peculiaridades, dependendo de onde provém o dever jurídico violado e qual o elemento subjetivo da conduta indevida.

Assim sendo, a responsabilidade civil pode ser classificada quanto à origem, diferenciando-se a responsabilidade contratual da extracontratual e quanto à culpa, diferenciando-se a responsabilidade subjetiva da objetiva, as quais serão explicadas a partir de agora.

3.1.1 Responsabilidade Contratual e Extracontratual

Concernente à responsabilidade contratual e extracontratual, Sérgio Cavalieri Filho, estabelece que:

Se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo; se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chamada de ilícito aquiliano ou absoluto (2010, p.15).

Pode-se encontrar uma perfeita diferenciação entre responsabilidade civil contratual e extracontratual nas palavras de Silvio Rodrigues:

[...] uma pessoa pode causar prejuízo a outra tanto por descumprir uma obrigação contratual, como por praticar outra espécie de ato ilícito. De modo que, ao menos aparentemente, existe uma responsabilidade contratual, diversa da responsabilidade extracontratual, também chamada aquiliana (2003, p. 06).

Percebe-se, portanto, que tanto na responsabilidade contratual quanto na extracontratual está presente um elemento de violação a um dever jurídico preexistente, diferenciando-as exclusivamente, pela existência de um contrato.

Na responsabilidade extracontratual se explana, principalmente, o elemento culpa, o que na prática não é tarefa simples pois, as ações humanas não seguem um padrão único e definido, existindo fatos intrínsecos e extrínsecos que merecem ser considerados ao analisar a ação do sujeito.

Buscando clarear este caminho, Caio Mário da Silva Pereira (1998, p.69), conceitua a culpa afirmando tratar-se de “um erro de conduta, cometido pelo agente que, procedendo

contra direito, causa dano a outrem, sem a intenção de prejudicar, e sem a consciência de que o seu comportamento poderia causá-lo.”.

Como mencionado, a responsabilidade civil subdivide-se em espécies. Além das já apreciados acima – contratual e extracontratual -, no presente trabalho será analisado também a responsabilidade civil subjetiva e objetiva.

3.1.2 Responsabilidade civil subjetiva e objetiva

Como já delineado, a responsabilidade civil subdivide-se em subjetiva e objetiva, encontrando seu principal fator diferencial no elemento “culpa”, essencial na primeira e indiferente na segunda.

Segundo as lições de Silvio Rodrigues “em rigor não se pode afirmar que a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva são espécies diferentes de responsabilidade. São sim maneiras diferentes de encarar a obrigação de reparar dano” (2003, p. 11). A partir daí, começaremos a explicar as principais características que as separam e suas particularidades.

O artigo 186 do Código Civil estabelece que: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral comete ato ilícito”. Dada a leitura deste dispositivo é possível identificar os três elementos considerados pressupostos na responsabilidade civil subjetiva, quais sejam eles a conduta culposa do agente, o nexos causal e o dano.

Para Sérgio Cavalieri Filho, a conduta culposa do agente dispõe-se pela expressão: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia [...]”. O nexos causal, por sua vez, fica patente pelo verbo “causar”. E, por fim, o dano encontra-se na expressão: “[...] violar direito e causar dano a outrem” (2010, p.14).

Importa ressaltar que o artigo 927 do Código Civil estipula que: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a indenizá-lo”, completando o artigo 186 do Código Civil.

Alguns civilistas, como Carlos Roberto Gonçalves, dissertam acerca da ideia de que a culpa deve ser vista como um pressuposto distinto do relacionado à conduta do agente, de modo que os pressupostos da responsabilidade subjetiva se tornam, a conduta comissiva ou omissiva, a culpa, o nexos causal e o dano sofrido pela vítima, como dispõe:

Diz-se, pois, ser “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Nessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa (2017, p.49).

Nesse sentido, Sérgio Cavalieri Filho dispõe que:

Alguns autores, ao tratarem do primeiro pressuposto da responsabilidade civil extracontratual subjetiva, falam apenas da culpa. Parece-me, todavia, mais corrente falar em conduta culposa, e isto porque a culpa, isolada e abstratamente considerada, só tem relevância conceitual. A culpa adquire relevância jurídica quando integra a conduta humana. É a conduta humana culposa, vale dizer, com as características da culpa, que causa dano a outrem, ensejando o dever de repará-lo (2010, p. 37).

Ou seja, embora alguns conceitos diverjam em certos pontos, dependendo do autor que o redige, a responsabilidade civil subjetiva tem por fundamento central a análise do juízo de reprovabilidade da conduta do infrator, ensejadora do prejuízo. Uma vez presentes os elementos constantes, quais sejam, a conduta culposa, dano e nexos de causalidade, existente é o dever de indenizar.

Por sua vez, a responsabilidade civil objetiva tem como elementos caracterizadores, a conduta, o dano e o nexos de causal, sendo dispensada a culpa do sujeito. Pontua Maria Helena Diniz “é irrelevante a conduta culposa ou dolosa do causador do dano, uma vez que bastará a existência do nexos causal entre prejuízo sofrido pela vítima e a ação do agente para que surja o dever de indenizar” (2013, p.147).

Nesses termos, complementa Sérgio Cavalieri Filho:

Importa, isso, admitir que também na responsabilidade objetiva teremos uma atividade ilícita, o dano e o nexos causal. Só não será necessário o elemento culpa, razão pela qual fala-se em responsabilidade independente de culpa. Esta pode ou não existir, mas será sempre irrelevante para a configuração do dever de indenizar. Indispensável será a relação de causalidade porque, mesmo em sede de responsabilidade objetiva, não se pode responsabilizar a quem não tenha dado causa ao evento (2010, p.179).

A principal teoria que sustenta a responsabilidade objetiva, é a chamada teoria do risco, que em alguns casos, é adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro. A teoria do risco defende que o simples fato da atividade envolver um risco acentuado, dá espaço para a responsabilização do agente na hipótese da ocorrência de um dano.

Nas palavras de André Júnior Puccinelli:

O que fundamenta a responsabilidade civil objetiva é a teoria do risco ou configuração de alguma atividade ou situação específica que coloca o agente numa posição de vantagem. Em decorrência do risco da atividade ou de uma situação de vantagem do agente, o ordenamento jurídico impõe, mediante previsão legal, o dever reparatório, independentemente da configuração da culpa, prescindindo-se de sua comprovação pela vítima (2015, p.296).

Em síntese, a responsabilidade objetiva será aplicada quando a atividade envolver risco ou quando houver expressa previsão legal, sustentando que todo o dano precisa ser reparado, mesmo que não tenha ocorrido com culpa do agente, sendo necessária a presença do risco e do nexo causal somente.

Com isso, conclui-se que, independente da teoria adotada ao caso concreto, o principal objetivo é a reparação do dano, seja ele causado com culpa ou sem culpa.

3.2 Pressupostos da responsabilidade civil

De acordo com o exposto no tópico acima desenvolvido, para incumbir alguém o dever de ressarcir e reparar um dano causado a outrem, por conduta própria, faz-se necessária a presença dos pressupostos caracterizadores da responsabilidade civil, quais sejam: a conduta positiva ou negativa do agente; a sua culpa ou dolo; o nexo causal entre a conduta e o dano, tanto material quanto moral, suportado pela vítima lesada.

Além disso, há o somatório do artigo 187 do Código Civil, o qual apresenta que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”, ou seja, atribui um dever de reparar eventual dano causado àquele que ultrapassar os limites de seu direito, pois, comete ato ilícito, com base na teoria do abuso de direito.

Tendo em vista a necessidade de esclarecimento dos elementos constituintes da responsabilidade civil, importante analisar cada um dos pressupostos, bem como, da teoria do abuso de direito.

Conduta é o primeiro elemento necessário para a configuração da responsabilidade civil. Nas palavras de André Junior Puccinelli “é um comportamento humano voluntário que se expõe por uma ação ou omissão e produzindo consequências jurídicas para outrem” (2015, p.299). Se caracteriza como sendo todo o comportamento humano que decorre da vontade, sendo imprescindível a voluntariedade, pautada na liberdade de escolha.

Nas lições de Flávio Tartuce:

A conduta humana pode ser causada por uma ação (conduta positiva) ou omissão (conduta negativa) voluntária ou por negligência, imprudência ou imperícia, modelos jurídicos que caracterizam o dolo e a culpa, respectivamente. Pela presença do elemento volitivo, trata-se de um fato jurígeno (2017, p.364).

Nesse viés, Bruno Barbosa Miragem, complementa:

A característica da conduta que se considera pressuposto da responsabilidade civil é sua antijuridicidade (contrariedade a direito), que tanto pode decorrer do fato de ser ela a causa de um dano quanto implicar igualmente a violação de preceitos específicos, tendo por consequência a causa de um dano (2015, p.117).

Importa salientar que, em regra, a conduta será positiva, ou seja, decorrente de uma ação, pois a omissão só se configura uma vez violada a obrigação de fazer e além de se provar a conduta negativa, é necessária a prova de que o dano não existiria se a conduta tivesse sido executada.

O dano consiste no efetivo prejuízo capaz de configurar a responsabilidade civil. Segundo Caio Mário da Silva Pereira, “dano é toda ofensa a um bem jurídico” (2018, p.53). Entende-se por dano o prejuízo que advém de algum ato, resultante de uma conduta culposa ou dolosa, que viole um dever ou um bem jurídico.

Renan Miguel Saad, torna possível entender ainda mais o conceito de dano: “(...) a prática do ato ilícito traz prejuízo para a vítima. Este prejuízo sofrido é elemento objetivo do ato ilícito, ocasionado pela diminuição de um bem jurídico qualquer do lesado. Por bem, esta redução denomina-se dano” (1994. p. 67).

Já Silvio Venosa, limitando-se a definição de dano material, preceitua que “dano pode ser conceituado como toda diminuição de patrimônio” (2016. p. 196).

Ainda, importante, antes de adentrar na configuração de dano na esfera do Direito de Família, torna-se necessária a distinção de dano material e dano moral. Neste sentido, têm-se as palavras de Anderson Schreiber:

O dano material é aquele que afeta exclusivamente o patrimônio da vítima e representa o ressarcimento do bem jurídico lesado e que pode ser quantificado economicamente, ao passo que o dano moral ou imaterial, consolidado pelo art. 5º, V e X, da Carta da República, não tem como ser economicamente mensurado e tem por objetivo ressarcir qualquer sofrimento ou incômodo humano que não é causado por perda em pecúnia (2011, p. 75).

No presente trabalho, a ideia da desistência da adoção fere, principalmente, os direitos de personalidade, razão pela qual passa-se a delinear mais a fundo o conceito de dano moral.

A indenização por dano moral, questão cuja qual os doutrinadores e os juristas se debruçam há anos, é decorrente de situações em que o ato lesivo fere a personalidade, integridade emocional e mental, atentando contra a honra, o bem-estar, auferindo mal-estar ou um incômodo de cunho espiritual, podendo, inclusive, tolher do indivíduo sua paixão pela vida.

Complementando André Puccinelli, acerca dos direitos da personalidade:

Os direitos da personalidade, portanto, são os que pertencem à própria essência do ser humano e, nesse sentido, o dano moral representa uma ofensa à própria cláusula geral da tutela da pessoa humana, fundamentada no postulado da dignidade da pessoa humana (2015, p.314).

Segundo as lições de Paulo Nader, dano moral pode ser descrito da seguinte forma:

O dano é moral quando alguém atenta contra a constituição física da pessoa natural ou a atinge em sua composição incorpórea, como o nome, a honra, a liberdade em diversas manifestações, à psique. O efeito que o dano moral provoca é a dor física ou a psíquica, ambas não mensuráveis por padrões matemáticos ou econômicos (2015, p.90).

A preocupação acerca do dano moral verte sobre a necessidade de tutela e atenção ao tratar do modo em que ele se configura, posto que meros incômodos e dissabores fazem parte do cotidiano comum a qualquer pessoa e não devem ser considerados, portanto, ponto de partida para uma eventual responsabilização por danos morais.

Nas palavras de Flávio Tartuce:

Tanto doutrina como jurisprudência sinalizam para o fato de que os danos morais suportados por alguém não se confundem com os meros transtornos ou aborrecimentos que a pessoa sofre no dia a dia. Isso sob pena de colocar em descrédito a própria concepção da responsabilidade civil e do dano moral (2017, p.427).

Por óbvio as indenizações decorrentes dos diferentes tipos de dano, também são de naturezas distintas, tendo em vista que cada espécie de dano apresenta lesões distintas, dispõe Clayton Reis:

A diferença dessas lesões reside, substancialmente, na forma de reparação. Enquanto no caso dos danos materiais a reparação tem como finalidade repor as coisas lesionadas ao status quo ante ou possibilitar à vítima a aquisição de outro bem semelhante ao destruído, o mesmo não ocorre, no entanto, com relação ao dano eminentemente moral. Neste é impossível repor as coisas ao seu estado anterior. A reparação, em tais casos, reside no pagamento de uma soma pecuniária, arbitrada pelo consenso do juiz, que possibilite ao lesado uma satisfação compensatória da sua dor íntima (2002, p.4 e 5).

Em outras palavras a ideia de indenização é possível apenas no dano material, ao passo que no dano moral o que ocorre é uma espécie de reparação/compensação.

Maria Helena Diniz, aduz:

[...] O lesado pode pleitear uma indenização pecuniária em razão de dano moral, sem pedir um preço para sua dor, mas um lenitivo que atenua, em parte, as consequências do prejuízo sofrido, melhorando seu futuro, superando o déficit acarretado pelo dano. Não se pergunta: Quanto vale a dor dos pais que perderam o filho? Quanto valem os desgostos sofridos pela pessoa injustamente caluniada? Porque não se pode avaliar economicamente valores dessa natureza. Todavia, nada obsta a que se dê reparação pecuniária a quem foi lesado nessa zona de valores, a fim de que ele possa atenuar alguns prejuízos irreparáveis que sofreu (2012, p.113).

Somados a farta doutrina que fundamenta a reparação do dano, o artigo 5º da Constituição Federal, dispõe “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem (...)”, bem como o artigo 186 do Código Civil faz constar que “aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”, portanto, restando evidente a possibilidade de reparação em decorrência de eventual dano moral sofrido, estando a questão praticamente superada.

Em suma, é a soma de dano e ato ilícito que resulta na imposição de indenização/compensação ao sujeito abalado, em detrimento do agente violador.

Aliado ao dano, o nexo de causalidade é elemento indispensável em qualquer espécie de responsabilidade civil. Sérgio Cavalieri Filho (2010. p. 67), define nexo causal como “[...] elemento referencial entre a conduta e o resultado. É através dele que poderemos concluir quem foi o causador do dano”.

O autor em referência ainda destaca a imprescindibilidade do elemento, auferindo que “pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem nexo causal”. É vital que exista o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano sofrido pela vítima, sendo necessário que os fatos estejam conexos. Um tem que decorrer do outro, consistindo na ligação entre a ação e o dano.

Nas palavras de Maria Helena Diniz:

O vínculo entre o prejuízo e a ação designa-se “nexo causal”, de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua consequência previsível. Tal nexa representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa (2012, p.129).

Caio Mário da Silva Pereira, devidamente leciona que:

Não basta que o agente haja procedido contra direito, isto é, não se define a responsabilidade pelo fato de cometer um “erro de conduta”; não basta que a vítima sofra um “dano”; que é o elemento objetivo do dever de indenizar, pois se não houver um prejuízo à conduta antijurídica não gera obrigação ressarcitória. É necessário se estabeleça uma relação de causalidade entre a injuridicidade da ação e o mal causado (2018, p.101).

Ou seja, o dano por si só não é suficiente. É fundamental que o evento danoso tenha ocorrido como resultado de uma conduta praticada pelo agente violador e que o sujeito abalado comprove relação entre a conduta e o dano.

Ainda, no que tange aos pressupostos da responsabilidade civil, torna-se necessário, para melhor compreensão da presente dissertação, esclarecimentos acerca da teoria trazida a tona quando o agente extrapola os limites impostos pela boa-fé, qual seja a teoria do abuso de direito, presente na responsabilidade civil objetiva.

Importa esclarecer que o Código Civil de 2002, para ajustar-se à evolução da responsabilidade civil, fez algumas modificações na apresentação do instituto, estando presente a responsabilidade civil objetiva em extensas cláusulas gerais, como: exercício de atividade de risco ou perigosa (artigo 927, parágrafo único⁸); responsabilidade dos incapazes (artigo 928⁹); danos causados por produtos (artigo 931¹⁰); responsabilidade por fato de outrem (artigo 932¹¹ c/c artigo 933¹²); e responsabilidade pelo fato da coisa e do animal (artigos 936¹³, 937¹⁴ e 939¹⁵);

⁸ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

⁹ Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

¹⁰ Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.

¹¹ Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I- os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II- o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

O artigo 187 do Código Civil estabelece que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Compreende-se, portanto, que o abuso de direito consiste no excesso do uso de um determinado direito, de forma que quem o utiliza, o faz de forma abusiva diante dos limites que são estabelecidos normativamente no que concerne ao seu exercício.

Para Sérgio Cavalieri Filho (2010, p.203), “O que caracteriza o abuso de direito, portanto, é o seu anormal exercício, assim entendido aquele que se afasta da ética e da finalidade social ou econômica do direito”. Logo, abuso de direito também constitui um ato ilícito, ficando obrigado a reparação civil aquele que praticar e causar dano a outrem, seguindo o artigo 927 do Código Civil.

Ademais, há duas teorias que definem o abuso de direito. Segundo as palavras de Cavalieri (2010, p.161), para a teoria subjetiva, “haverá abuso de direito quando o ato, embora amparado pela lei, for praticado deliberadamente com o interesse de prejudicar alguém”. De outro modo, há a teoria objetiva a qual defende que o abuso de direito consiste no “uso anormal do direito ou antifuncional do direito, caracterizando-se pela existência de conflito entre a finalidade própria do direito e a sua atuação o caso concreto”.

Vislumbrado o artigo 187 do Código Civil, denota-se que o legislador adotou a teoria objetiva do abuso de direito, tal afirmativa é o reflexo da leitura do mencionado dispositivo, que cita como requisitos para a caracterização do abuso 1) o exercício de um direito; e 2) que tal exercício ofenda manifestamente a finalidade econômica e social, a boa-fé ou os bons costumes.

Observa-se que não se exige, para fins de averiguação do abuso de direito, a intenção ou a consciência do agente de exceder os limites impostos pela lei em com o seu exercício, de modo que não há que verificar a existência de culpa.

III- o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV- os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V- os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

¹² Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

¹³ Art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.

¹⁴ Art. 937. O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.

¹⁵ Art. 939. O credor que demandar o devedor antes de vencida a dívida, fora dos casos em que a lei o permita, ficará obrigado a esperar o tempo que faltava para o vencimento, a descontar os juros correspondentes, embora estipulados, e a pagar as custas em dobro.

O enunciado 37 da Jornada de Direito Civil traz uma orientação no mesmo sentido: “A responsabilidade civil decorrente do abuso de direito independe da culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico” (DIREITO,2020, s.p.).

Com isso, constata-se que é prescindível o elemento subjetivo culpa ou o objetivo de causar prejuízo para que se verifique o abuso de direito e suas consequências. Assim, sendo dispensável o exame do dolo ou culpa do agente quando da prática do ato abusivo, torna-se necessário apresentar os requisitos para a configuração do mencionado abuso.

Conforme já ressaltado, o que caracteriza o abuso de direito é o seu anormal exercício, nas palavras de Almedina Antunes Varela, mencionada por Sérgio Cavalieri Filho:

É quando o titular do direito embora observando a estrutura formal do poder que a lei lhe confere, excede os limites que lhe cumpre observar em função dos interesses que legitimam a concessão desse poder. Há uma contradição entre o modo ou o fim com que o titular exerce o direito e o interesse a que o poder nele consubstanciado se encontra adstrito (2010, p.162).

Extraí-se, dessa maneira, que os requisitos para a caracterização do abuso de direito são, em primeiro lugar, o exercício irregular de um direito por seu titular e a violação de limites objetivos, quais sejam, o fim econômico ou social do próprio direito, a boa-fé ou os bons costumes, sem motivo legítimo.

Por “exercício de um direito” pode-se entender uma conduta, praticada por determinado sujeito, que encontra respaldo em lei. Nas palavras de Sérgio Cavalieri (2010, p.165) “O ato será normal ou abusivo seguindo ou não um motivo legítimo; se tiver ou não por finalidade a satisfação de um interesse sério e legítimo; se servir ou não para causar dano a outrem, e sem proveito próprio”.

O fim econômico, no tocante aos limites estabelecidos pela lei e segundo as lições de Cavalieri (2010, p.165) é “o proveito material ou vantagem que o exercício do direito trará para o seu titular, ou a perda que suportará pelo seu não exercício”.

O fim social é conceituado pelo mesmo doutrinador da seguinte forma: “Toda sociedade tem um fim a realizar: paz, a ordem, a solidariedade e a harmonia da coletividade – enfim, o bem comum. E o Direito é o instrumento de organização social para atingir essa finalidade. Todo direito subjetivo está, pois, condicionado ao fim que a sociedade se propôs.” (2010, p.169). Assim, entende-se que o fim social do direito busca estabelecer a finalidade para a qual o ordenamento jurídico criou a norma concessiva de determinado direito subjetivo.

Em relação à boa-fé, dispõe Bruno Miragem:

[...]a boa-fé apresenta, em matéria de limite ao exercício de direitos, papel fundamental, uma vez que ao ser fonte de deveres anexos como lealdade, colaboração e respeito às expectativas legítimas do outro sujeito da relação jurídica, por evidência lógica limita a liberdade individual do destinatário desses deveres. Este terá, portanto, de exercer os direitos de que é titular, circunscrito aos limites que eles lhe impõem (2009, p.143).

Logo, a boa fé “é a conduta adequada, correta, leal e honesta que as pessoas devem empregar em todas as relações sociais” (2010, pág.170), seguindo o pensamento de Cavalieri.

Por fim, no que tange aos bons costumes, estes compreendem “as concepções ético-jurídicas dominantes na sociedade; o conjunto de regras de convivência que, num dado ambiente e em certo momento, as pessoas honestas e corretas praticam”. O abuso ocorrerá quando o agente contrariar a ética dominante ou “os hábitos aprovados pela sociedade, aferidos por critérios objetivos e aceitos pelo homem médio” (Cavalieri, 2015, pág.253)

Nessa perspectiva, examinados os itens que caracterizam o abuso de direito, estudo esse que se torna necessário, uma vez que é imprescindível para apurar a possibilidade de responsabilização e reparação civil dos adotantes em virtude da desistência, passa-se ao exame do instituto da responsabilidade civil no Direito de Família.

3.3 Responsabilidade civil no direito de família

Conquanto as relações na seara familiar se caracterizem por laços afetivos e envolvam um enredo de aspectos pessoais e sentimentais entre seus membros, diversas são as situações que se desdobram e que, desrespeitados são os deveres de família. Segundo as lições de Silvio Salvo Venosa:

Os valores mais acentuados das famílias sofreram modificações nas últimas décadas. A responsabilidade extracontratual deixou de representar apenas uma reposição patrimonial do dever de indenizar no direito contemporâneo, deslocando-se a jurisprudência para o campo dos valores existenciais que se traduzem, ou seja, a possibilidade de indenização do dano exclusivamente moral. Impende considerar que atualmente, na seara familiar, busca-se a tutela da personalidade e, conseqüentemente, da dignidade humana (2014, p.317).

De modo geral, dentre a série de situações que podem ocasionar o dano moral no âmbito familiar, Alexandre Miguel e Nelson Nery Junior destacam alguns:

[...] as sevícias, as ofensas morais e físicas, as injúrias graves praticadas por um cônjuge contra o outro, a transmissão e contágio de doenças graves, às vezes letais, o abandono material e moral do companheiro, o abandono material e moral do pai pelo filho, a recusa no reconhecimento da paternidade, a negação de alimentos, a difamação, perecimento, extinção ou ocultação de bens a partilhar, são alguns exemplos dessa seara (2010, pag. 491).

Dessa forma, manifesta-se a responsabilidade civil no Direito de Família, consoante a valores existenciais trazidos pela Magna Carta de 1988, qual sejam, a tutela da personalidade, a dignidade da pessoa humana e a autonomia da vontade.

O princípio da dignidade da pessoa humana, ao tornar o indivíduo como um bem jurídico a ser protegido, colocando em segundo plano o antes imaculado patrimônio, faz com que novas vertentes jurisprudências e doutrinarias surjam, visando observar a necessidade de reparar eventuais prejuízos que ferem os direitos da personalidade no âmbito jurídico-familiar.

Assim, argumenta Ruy Rosado de Aguiar Jr.,

À medida que se compreende o real conceito de dignidade da pessoa humana e se lhe dá o devido desdobramento na definição dos correspondentes direitos de personalidade, logo se percebe o aumento das hipóteses de ofensa a tais direitos, e se ampliam as oportunidades para a existência do dano (2007, p.303-304).

Embora ainda não exista expressamente no ordenamento jurídico vigente especificações acerca da responsabilidade civil no Direito de Família, é inegável a necessidade de indenização civil nas relações afetivas, mesmo que haja discrepância de pensamentos acerca da matéria.

Para alguns doutrinadores, a possibilidade de aplicação geral de dano moral nas relações de família daria ênfase a chamada “indústria do dano moral” e por consequência, agregaria cada vez mais uma banalização deste instituto.

Já os que, em contrapartida, concordam com a necessidade de responsabilização civil no âmbito familiar, compreendem que não há que se confundir obrigação alimentar e guarda dos filhos com indenização proveniente da responsabilidade civil. O respeito à dignidade da pessoa humana encontra-se acima de qualquer outro valor e diante de alguma violação seu agressor merece ser penalizado.

Pontua Claudia Maria da Silva:

Não há dúvida quanto à ofensa à dignidade, à integridade psico-física e ao dano à personalidade ao filho que deve ser, sim, reparado pelo pai, quando for o causador. Os menores, sobretudo, têm a salvo todos os seus interesses e são priorizados no âmbito de todas as relações, inclusive as familiares. Ou seja, devem ser protegidos inclusive dos atos lesivos de seus próprios genitores. Não se trata de dar preço ao amor, tampouco de estimular a “indústria dos danos morais”, mas sim de lembrar a esses pais que a responsabilidade paterna não se esgota na contribuição material (2004, p.146).

Hoje, entende-se que, primordialmente, nas relações e na esfera familiar, o princípio da dignidade da pessoa humana é embasado pelo princípio da afetividade, o qual deve imperar, sendo visto como princípio base para os demais valores éticos e morais do homem.

A família é tida como a base da sociedade e a relação entre seus membros deve ser vista como exemplo, não como situação de privilégio frente a situações de desrespeito interno, isentando o agente de punição ao violar os direitos de personalidade. O princípio do afeto é característica constituinte do Direito de Família e precisa ser verificado e preservado em todas as espécies de relações familiares, tanto entre companheiros e cônjuges quanto nas relações paterno-filiares.

Os defensores da aplicação da responsabilidade civil nas relações familiares, basicamente relembram do fundamental papel da família na constituição de indivíduos cidadãos e, conseqüentemente, da sociedade. Diante disso, para que a instituição familiar desempenhe satisfatoriamente o seu papel, visando uma evolução social saudável, deve ser ela uma instituição onde nunca seja permitido nenhuma espécie de desrespeito aos direitos de personalidade, sendo eles imprescindíveis para a constituição de todo indivíduo.

A justificativa pautada sobre a inexistência de legislação específica no Direito de Família não é plausível, bem como a ideia de barrar a hipótese de responsabilização civil ao agente gerador do ato ilícito com base na privacidade concedida à família, e conseqüentemente aos seus indivíduos, visando evitar uma intervenção abusiva por parte do Estado.

O que deve prevalecer é a regra geral da responsabilidade civil, em atenção aos artigos genéricos e absolutos que conceituam e regulam o ato ilícito (arts. 186 e 187 do Código Civil), em sua natureza subjetiva, que atua diante de casos de desrespeito com uma pessoa, inclusive em seu íntimo familiar.

Além disso, conjugado com princípios do Direito de Família, é preciso sempre atribuir a responsabilização civil ao agente, que no núcleo familiar, gerou dano, de qualquer tipo, reparando-o de acordo com sua extensão.

Nesse sentido, válido destacar, não obstante a inexistência de dispositivo legal expreso acerca da responsabilização civil no contexto familiar, a regulamentação que rodeia a responsabilidade civil, o dano, a proteção aos princípios da família e aos deveres como cidadão e, antes de tudo, a proteção máxima do ser humano, quais sejam: arts. 1º, III, 5º, caput, I, V e § 2º, 226, caput e § 5º, 6º e 8º, 227 caput e § 6º, todos da Constituição Federal Brasileira de 1988¹⁶; arts. 186, 187, 927 e 1.572, todos do Código Civil Brasileiro de 2002¹⁷).

Analisados importantes princípios e disposições legais acerca do tema da responsabilidade civil e diante de todo esse aparato, não restante dúvida da existência da possibilidade de responsabilização civil no âmbito familiar, diante da óbvia função social da família que deve ser minimamente assistida pelo poder público em todos os sentidos, inclusive no âmbito jurisdicional. Dessa forma, passa-se análise do tema central, qual seja, o dever de indenização em razão da desistência da adoção.

¹⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; [...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...]

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. [...]

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Art. 227, § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

¹⁷ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

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

Art. 1.572. Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL POR DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO

Diante de toda a análise realizada acerca do instituto da adoção, bem como do instituto da responsabilidade civil, resta a discussão que norteia a presente monografia, qual seja, a existência da possibilidade de responsabilizar, no âmbito do direito civil, pessoal que venha a desistir do processo de adoção uma vez já iniciado o período de convivência.

Destarte, torna-se necessária a análise e esclarecimento dos momentos em que a manifestação da desistência é feita, bem como, das recentes decisões dos Tribunais e seus respectivos pontos de arguição.

4.1 A desistência como um ciclo de novo rompimento

No ano de 2019, dois mil e quinhentos processos de adoção foram concluídos, ou seja, tiverem uma sentença que constituiu o vínculo familiar entre adotante e adotando. Em março de 2020 o Brasil totalizava duas mil e trezentas crianças na etapa do estágio de convivência, isso é, na fase de adaptação da adoção, de acordo com os dados, disponíveis no painel on-line do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento.

Entretanto, os mesmos dados omitem o percentual de desistências de postulantes que não se adaptaram com a nova configuração familiar.

Segundo levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, desde julho de 2008 até agosto de 2015, cento e trinta crianças haviam sido devolvidas, ou seja, duas crianças devolvidas à guarda judicial a cada 45 dias.

Por estas razões que o estágio de convivência caracteriza-se como momento imprescindível de inicial contato e compartilhamento constante entre adotantes e adotando, o qual tem por finalidade a verificação da adaptação ou não do adotando ao novo lar.

É um período de ajustes e “acomodamento”, previsto no artigo 46¹⁸ do Estatuto da Criança e do Adolescente, em que o Juízo analisará a conveniência da adoção, com base no melhor interesse do menor. Tal período deve ser assistido através da realização de estudos psicossociais, a fim de verificar a real condição do adotando junto ao seu novo núcleo familiar.

Galdino Bordallo, faz o seguinte apontamento acerca do respectivo período:

¹⁸ Art. 46. A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo máximo de 90 (noventa) dias, observadas a idade da criança ou adolescente e as peculiaridades do caso.

Esta aferição se faz extremamente necessária, pois não basta que o adotante se mostre uma pessoa equilibrada e que nutre grande amor pelo próximo, uma vez que breve e superficial contato nas dependências do juízo não garante aquilatarem-se as condições necessárias de um bom pai ou boa mãe. Indispensável a realização de acompanhamento do dia a dia da nova família, a fim de ser verificado o comportamento de seus membros e como enfrentam os problemas diários surgidos pela convivência (2018, p. 279).

Ocorre que o estágio de convivência é visto por muitos como um período de “teste”, e a possibilidade de desistência e consequente devolução torna-se uma opção viável em caso de qualquer desajuste ou adversidade vivenciada pelos adotantes naquele período.

O problema maior ocorre quando as devoluções são injustificadas, imotivadas, pouco plausíveis. É como se as crianças/adolescentes devolvidos fossem tratados como mercadorias com defeito, autorizada a troca ou desistência caso não tenha satisfeito as expectativas do freguês. Em outros termos, ocorre o que se chama de “coisificação da infância”, isto é, uma negação ao direito que crianças e adolescentes têm de serem tratados como sujeitos e pessoas em condição peculiar de desenvolvimento. (AZEVEDO; GUERRA. apud ROSA; CIONEK, 2001, p.12).

Isabel Bittencourt, assistente social, bem pontua que:

O estágio de convivência, previsto legalmente, deve ser entendido do ponto de vista da proteção da criança, de sua centralidade e não o contrário, focado nos adultos/adotantes, como se fosse um período para que pudessem fazer um “test drive”, ver se gostam ou não, se atende ou não às suas expectativas e idealizações, se é ou não a criança boazinha e obediente (2017, p.10-11).

Infelizmente, em muitas situações não é o que acontece, posto que a facilidade com que se desenrola uma situação de desistência durante o período de convivência, pormenoriza até mesmo o instituto da adoção e seus efeitos.

Num olhar sociológico, a ideia de substituição ou “descarte” da criança/adolescente da vida do adotante, pode ser elucidada quando analisada a teoria da modernidade líquida, explorada pelo polonês Zygmunt Bauman. O sociólogo pontua que atualmente vivemos em tempos líquidos, onde acostumamo-nos com a fluidez das relações, sob menor pressão, onde nada é feito para durar, tratando a fragilidade dos laços humanos e vínculos afetivos nesse mesmo contexto. Tem-se o amor como um espectro de eliminação imediata e, em contrapartida, de ansiedade permanente.

O autor, inconclusivo, apenas salienta que se deve lembrar que o amor não é um “objeto encontrado”, mas um produto de um longo esforço e de boa vontade. Diante desse panorama, a ideia enquadra-se no caso em voga, uma vez que diante até mesmo de banalidades cotidianas e corriqueiras naturais de uma criança, os adotantes ingressam com o pedido de desistência.

Ignorar a repercussão da devolução na vida do adotado, que retorna à casa de acolhimento após o período compartilhado com o que começou a vivenciar como sua família, certamente trarão consequências nefastas, que envolvem tanto sua saúde psíquica, quanto física, comprometendo seu desenvolvimento e causando danos irreparáveis.

De outra banda, temos a figura dos adotantes, que naturalmente idealizam a imagem do futuro filho, suas características e comportamentos, bem como planejam como deverá comportar-se a criança/adolescente que está prestes a ingressar na família. Entretanto, esquecem que o jovem que entrará no seio familiar é um ser humano, que possui memórias passadas e, frequentemente, uma história dolorosa que ensejou sua institucionalização, causas estas que naturalmente, podem desqualificar o tão sonhado filho idealizado.

Nesse sentido, Cinthya Lopes Mendes, afirma que para facilitar a convivência, após o período de aproximação ou até mesmo para tentar resolver questões, os pais adotantes procuram “esquecer a história pregressa da criança, idealizando um nascimento a partir do momento de sua chegada na família” (2007, p.12), o que pode prejudicar a adaptação da família e do novo membro, sendo uma das razões para a devolução. ~~E também pontua que:~~

[...] uma criança adotada pode experimentar significativas discontinuidades, decorrentes de rupturas de seus vínculos anteriores, e que a elaboração psíquica destas perdas deve ser levada em conta no processo de adoção, podendo interferir no estabelecimento de novas relações familiares (2007, p.12).

Daí mostra-se de grande importância o processo de preparação que antecede a adoção. Preparar os adotantes para o processo de adoção implica em levá-los a se apropriar do lugar dos pais adotantes, compreendendo que ainda que elas tenham origem de um núcleo familiar diferente, toda filiação, ainda que biológica é adotiva.

Deste modo, o papel exercido pelos pais é uma questão de escolha, ou seja, existem muitas crianças que, mesmo possuindo lares, carecem da assistência afetiva que somente é prestada pelos pais, ou seja, são “órfãs” de cuidado.

Preparar a criança institucionalizada e o adotante para o processo que estarão prestes a enfrentar é dar-lhes uma oportunidade maior de obter sucesso nessa jornada. Tal caminho deverá ser trilhado com o suporte de um profissional qualificado para desempenhar a função, malgrado ainda não seja dado o destaque necessário nesse ponto, muitas devoluções são provenientes da falta desse recurso.

Diante desse prisma, Lídia Natali Weber, reforça que:

Nesse contexto específico, preparar envolve tanto o compromisso de fornecer informações sobre a criança para os futuros pais adotivos, quanto a disposição para apresentar ao adotado uma descrição fidedigna de características e fatos relativos à sua nova família, por meio de fotos, vídeos, além de esclarecimentos diversos quanto à casa em que irá morar, o convívio com irmãos, dentre outros. Na preparação para a adoção, desmistificar e esclarecer implica no cuidado e respeito à vida pregressa da criança e não na sua ocultação e/ou deturpação. Ou seja, a preparação deve evitar separar a criança do seu passado e soterrar a sua identidade por meio da divulgação de informações vagas e dispersas, seja na família de origem ou na instituição onde foi acolhida como medida de proteção social (2001, p.71).

Assim, inobstante a devolução no decorrer do período de convivência não sofrer restrições legais, uma vez que a adoção ainda não foi concretizada e, portanto, não incidindo a irrevogabilidade, deve-se verificar com muita atenção quais foram as razões para tal, visto dar causa a danos psicológicos, e outros tantos que podem vir a ocorrer criança/adolescente já rejeitada pela família biológica.

A devolução é responsável pela acentuação de sentimentos de insegurança, desesperança e culpa nas crianças submetidas ao novo abandono. Eis o porque da necessidade do princípio do melhor interesse da criança e da proteção integral do menor prevalecer diante dos demais, a fim de não encarar com naturalidade um ato tão negligente, cruel e irresponsável.

Passados o tempo de adaptação entre adotado e adotantes e, com o desenrolar satisfatório do estágio de convivência durante o período fixado pelo Juízo e a aparente inserção da criança/adolescente naquele âmbito familiar, que vem se desenvolvendo de maneira tranquila e vantajosa, a medida a se impor passa a ser o deferimento da adoção por sentença judicial constitutiva (art. 47¹⁹, da Lei 8069/90).

Importa salientar, como já mencionado em tópicos anteriores, que segundo o artigo 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente, os efeitos da adoção são irreversíveis, possuindo caráter irrevogável. Significa dizer que não mais existe a livre possibilidade de

¹⁹ Art. 47. O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.

devolução por parte dos adotantes, que naquele momento, de maneira legal, exercem o poder familiar, constituindo regularmente uma família.

A mestre em psicologia e analista judiciária do Distrito Federal, Niva Campos, explica que:

Quando a adoção já foi deferida e adquire esse caráter irrevogável, não mais existe a possibilidade de desistir do feito. O que ocorre, efetivamente, em casos de manifesto desejo de devolução do filho adotado após o trânsito em julgado de uma sentença constitutiva, é a atuação do Ministério Público, que impetrará uma ação de destituição do poder familiar em face dos pais adotantes, baseada na ideia de abandono e negligência para com a criança/adolescente, bem como, outra ação de responsabilização civil frente àquela situação (CAMPOS, 2020, s.p.).

Ou seja, acarretar-se-á um novo rompimento familiar, como dispõe a psicanalista Maria Luiza Ghirardi:

Quando a devolução acontece é porque os técnicos percebem que a criança está sendo rejeitada de uma maneira tão intensa que torna inviável a sua permanência com aquela família. Então, para evitar maiores sofrimentos, a devolução é aceita e a criança volta para a tutela do Estado (2008).

Em que pese a irrevogabilidade da adoção, tendo em vista os princípios que sustentam o instituto, quais sejam a dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança/adolescente, há situações em que se torna menos prejudicial para a criança/adolescente retornar a guarda judicial que permanecer convivendo com pais frustrados, despreparados e infelizes com suas escolhas.

Analisados, portanto, os momentos em que a vontade da desistência é manifestada e seus possíveis efeitos, diferenciando a desistência durante o período de convivência, a qual não tem vedação legal e a desistência após o trânsito em julgado do processo de adoção, considerada como um novo rompimento, que dá início a um novo processo de destituição do poder familiar, faz-se necessário vislumbrar como o assunto vem sendo tratado no caso concreto. Dito isso, o próximo tópico tem por objetivo analisar julgados recentes acerca do tema.

4.2 Análise jurisprudencial - casos práticos

Conforme já evidenciado no presente trabalho, segundo uma pesquisa realizada nos últimos anos pelo Conselho Nacional de Justiça, duas crianças são devolvidas a cada 45

dias para a guarda judicial. Frente a isso, a possibilidade de responsabilização civil dos adotantes diante de uma devolução imotivada vem ganhando notoriedade e diversos Tribunais do país vêm reconhecendo a obrigação de indenização pelos inequívocos prejuízos causados à criança/adolescente.

No entanto, ainda há divergência jurisprudencial acerca do tema, ao passo que a controvérsia se debruça na configuração ou não de ato ilícito, ante a ausência de vedação legal para tanto. Desta forma, são algumas destas decisões que passaremos a analisar nesse momento.

O primeiro julgado do Tribunal de Justiça da Paraíba diz respeito a uma apelação proposta pelos adotantes, após o Ministério Público do Estado ajuizar ação civil pública em favor do casal de irmãs, devolvidas ao abrigo depois de três anos de guarda exercida pelo casal.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ADOÇÃO DE DUAS IRMÃS, DE 03 (TRÊS) E 06 (SEIS) ANOS DE IDADE. DESISTÊNCIA DA GUARDA PROVISÓRIA DE FORMA IMPRUDENTE PELOS PAIS ADOTIVOS. CONVIVÊNCIA DURANTE 03 (TRÊS) ANOS. CRIAÇÃO DE VÍNCULO AFETIVO. PREJUÍZO PSÍQUICO COMPROVADO POR LAUDO JUDICIAL EMITIDO POR PSICÓLOGA DESTA CORTE. SENSÇÃO DE ABANDONO, ANGÚSTIA, ANSIEDADE E TRISTEZA POR PARTE DAS INFANTES. ABALO MORAL CONFIGURADO. PRECEDENTES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 186 E 927 DA LEI SUBSTANTIVA CIVIL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. 100 (CEM) SALÁRIOS MÍNIMOS. FIXAÇÃO PELO MAGISTRADO EM VALOR RAZOÁVEL. OFENSORES QUE GOZAM DE EXCELENTE SITUAÇÃO FINANCEIRA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. RECURSO APELATÓRIO DESPROVIDO. - A adoção tem de ser vista com mais seriedade pelas pessoas que se dispõem a tal ato, devendo estas ter consciência e atitude de verdadeiros "pais", que pressupõe a vontade de enfrentar as dificuldades e condições adversas que aparecerem em prol da criança adotada, assumindo-a de forma incondicional como filho, a fim de que seja construído e fortalecido o vínculo filial - Inexiste vedação legal para que os futuros pais desistam da adoção quando estiverem com a guarda da criança. Contudo, cada caso deverá ser analisado com as suas particularidades, com vistas a não se promover a "coisificação" do processo de guarda. (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00013783720188150011, 1ª Câmara Especializada Cível, Relator DES. JOSÉ RICARDO PORTO, j. em 03-03-2020) (JUSBRASIL, 2020, s.p.).

Eis a síntese do caso: os pais adotantes detiveram a guarda das menores SM e SG, irmãs, por aproximadamente três anos. A adoção não foi concluída, pois, o casal promoveu ação de revogação da guarda provisória, que sobreveio com sentença de procedência e a respectiva condenação por danos morais, a qual ensejou a apelação.

Em resumo, o casal cadastrou-se no Cadastro Nacional de Adoção e com isso sobreveio a notícia da existência das irmãs aptas para adoção, que foram acolhidas “em

razão da mãe biológica submetê-las à mendicância e a outras situações de risco, como trabalho infantil e incentivo ao furto”. Ambas estavam sob a guarda provisória do casal desde setembro 2014. Eis que, em março de 2017 os cônjuges ingressaram com ação requerendo a revogação.

A justificativa foi de que as meninas apresentavam “comportamento agressivo, praticavam pequenos furtos, não respeitavam limites e mentiam compulsivamente”. Ao longo dos autos constatou-se que tais alegações tinham por base momentos em que uma delas “comeu o sanduíche de uma coleguinha na escola e levou um batom da mãe para a sala de aula”. Ainda, o depoimento da psicóloga, analista do caso, esclareceu que:

Merece destaque ainda a história do suposto comportamento ‘mentiroso’ da criança mais velha, merecedor de reproche por parte da guardiã. Depreende-se do depoimento da promovida que ‘o marido tinha o sonho de ter uma filha com o nome de Natália’ e, por esse motivo, decidiram alterar o prenome da criança mais nova, registrada como Samya. Quando, de forma totalmente natural, a menina mais velha quis ter seu nome modificado também, acompanhando assim a irmã mais nova, e passou a dar seu novo nome na escola, a guardiã entendeu que isso deveria ser visto com desconfiança e indicio de transtorno de personalidade. (...) Percebe-se claramente que a modificação informal do nome da menina, além de confundir a mente da criança sobre sua identidade, denota a tentativa de receber uma filha idealizada, a filha do sonho, e não as filhas reais corporificadas nas crianças cuja guarda os promovidos voluntariamente pleitearam (JUSBRASIL, 2020, s.p.).

O estudo social realizado pela psicóloga destacou que as crianças possuíam vínculo de filiação com o casal, e “experienciam atualmente intensa angústia e sensação de culpa diante do desejo dos guardiões em devolver as meninas que os consideram como pai e mãe”. Concluiu ainda, que a separação trouxe “sentimentos de angustia, ansiedade e tristeza para as infantes, que vivenciavam uma rotina familiar, criando mais do que uma expectativa de vida em família, tendo desenvolvido um senso de segurança e um vínculo afetivo com o casal recorrente”.

O desembargador e relator, José Ricardo Porto, embasando sua decisão, arguiu que o casal apresentou inadequada conduta tanto no ponto de vista ético, quanto jurídico, infringindo todas as premissas da responsabilidade parental. Segundo ele:

Se entende que os requeridos cometeram ato ilícito pois, permanecendo por mais de 03 (três) anos com a tutela das meninas, excederam os limites impostos pelo seu fim social e pela boa fé, utilizando-se do procedimento preparatório para a adoção para revitimar duas irmãs menores que já tinham sofrido bastante com a mãe biológica (JUSBRASIL, 2020, s.p.).

Ainda, auferiu que o casal possuía plena consciência, tanto sobre as dificuldades previstas, quanto a respeito dos maus tratos que ambas haviam sofrido preteritamente. Diante disso, votou no sentido de manter a decisão de primeiro grau. O casal foi condenado ao pagamento de indenização por danos morais causados às crianças no montante de cem salários mínimos para cada uma.

Outra decisão nesse sentido é do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e diz respeito a uma apelação proposta pelos adotantes após o Ministério Público Estadual ter ajuizado ação civil pública em favor do menor devolvido, aqui designado de ARB.

EMENTA: EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM OCORRENTE. GUARDA PROVISÓRIA. DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO DURANTE O ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA. NEGLIGÊNCIA E IMPRUDÊNCIA DOS ADOTANTES CARACTERIZADA. DANO MORAL CONFIGURADO. DEVER DE INDENIZAR PRESENTE. VALOR DA INDENIZAÇÃO MANTIDO. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. O art. 201, IX, da Lei nº 8.069, de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente confere legitimidade ativa extraordinária ao Ministério Público para ingressar em juízo na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis afetos à criança e ao adolescente. 2. Assim, o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública, cujo objetivo é responsabilizar aqueles que supostamente teriam violado direito indisponível do adolescente. 3. Embora seja possível desistir da adoção durante o estágio de convivência, se ficar evidenciado que o insucesso da adoção está relacionado à negligência e à imprudência dos adotantes e que desta atitude resultou em comprovado dano moral para o adotando, este deve ser indenizado. 4. O arbitramento da indenização pelo dano moral levará em conta as consequências da lesão, a condição socioeconômica do ofendido e a capacidade do devedor. Observados esses elementos, o arbitramento deve ser mantido. 5. Apelação cível conhecida e não provida, mantida a sentença que acolheu em parte a pretensão inicial, rejeitada uma preliminar. (TJMG - AC: 10702140596124001 MG, Relator: Caetano Levi Lopes, Data de Julgamento: 27/03/2018, Data de Publicação: 06/04/2018) (JUSBRASIL, 2018, s.p.).

Em resumo, os pretendentes, em agosto de 2012, obtiveram a concessão da guarda provisória da criança. Em estudo técnico, manifestaram inúmeras vezes diante dos profissionais do juízo estarem conscientes das responsabilidades e dificuldades vindouras, as quais, segundo eles, seriam facilmente superadas. Auferiram que já existia um sentimento em relação ao novo filho.

Entretanto, passados muitos meses de convivência “de maneira abrupta mudaram de ideia em relação à adoção, o que culminou com um novo acolhimento do substituído”. Ainda, o representante da ação interposta suscitou que “do conteúdo do pedido formal de desistência é possível inferir o desprezo deles em relação ao adolescente, que já estava sendo humilhado e hostilizado pelo casal, tanto que a revogação da guarda provisória em

revelou-se medida necessária”. O mesmo, atestou que a mudança de postura dos apelantes coincide com o nascimento do filho biológico do casal.

A ação tinha por objetivo a condenação dos adotantes ao pagamento de um salário mínimo mensal em favor do menor, a título de pensão alimentícia, bem como, uma indenização por danos morais sofridos, em quantia equivalente a cem salários mínimos.

Em primeira instância obteve-se a parcial procedência do feito. Os réus apelaram.

Na decisão, o relator Levi Lopes Caetano, conceitua dano moral como sendo dano não patrimonial, aquele que “faz baixar a moral da pessoa”. Ao analisar o conjunto probatório, com relatórios de estudo social e de estudo psicológico do menor, elaborados após o seu regresso no abrigo, tem-se que ARB:

[...] sofreu severo abalo psicológico decorrente do insucesso da adoção (...) Pode-se perceber que o insucesso da tentativa de adoção provocou em ARB a acentuação de sentimentos que anteriormente existiam, tais como baixa auto estima e auto desvalorização, bem como capacidade de confiar no outro. (...) Conclui-se que mediante a frustração da tentativa de adoção, ARB sofreu abalo psíquico relevante. Ou seja, a dor, a angústia, o sentimento de abandono e o trauma vivenciado pelo substituído, bem como a correlação destes sentimentos com a desistência da adoção, torna forçosa a conclusão de que a lesão ao direito da personalidade e o nexo causal entre a ação perpetrada pelos recorrentes e o resultado lesivo estão presentes (JUSBRASIL, 2018, s.p.).

A desembargadora Hilda Teixeira da Costa, em seu voto, deu destaque ao momento em que a desistência foi manifestada, votou a favor da manutenção da sentença em primeiro grau e manifestou-se da seguinte forma acerca do período de convivência:

Lado outro, não obstante o art. 35 do Estatuto da Criança e do Adolescente preveja que a “guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público”, é imperioso afirmar que referido Estatuto cuida-se de lei que busca a proteção integral da criança e do adolescente, de modo que a previsão de revogação da guarda a qualquer tempo é medida que visa proteger e resguardar os interesses da criança, com a finalidade de livrá-la de eventuais maus tratos ou falta de adaptação com a família.(...) Deve restar cristalino, pois, que tal dispositivo não se presta à proteção de pessoas, maiores e capazes, que se propuseram à guarda, por livre e espontânea vontade, e depois, simplesmente, se arrependem e resolvem devolver à criança. (...) O estágio de convivência se constitui em prol da criança e visa à verificação da adaptação ou não do adotando ao novo lar, não se prestando este estágio para que os pretensos pais adotivos decidam se vão adotar ou não. Isso porque tal decisão deve anteceder o efetivo ajuizamento do processo de adoção, para o fim de evitar danos à criança ou adolescente que já não puderam ficar com seus pais por algum motivo (JUSBRASIL, 2018, s.p.).

Revela-se, de maneira ainda mais cristalina a finalidade do período de convivência, qual seja, a verificação da adaptação da criança ao novo lar. Muito bem pontua a

desembargadora que a decisão de adotar deve anteceder todo o processo adotivo, não sendo cabível a incerteza e vulnerabilidade da escolha quando a criança, terceira pessoa da situação, já estiver sendo diretamente afetada. Ainda, verificou-se que os pretensos pais estavam firmes em sua decisão, pois, haviam solicitado em tutela antecipada a dispensa do estágio de convivência.

A desembargadora deu ênfase, ademais, à existência de vínculos estreitos entre o casal e o adolescente:

Na hipótese em tela, observa-se que os requeridos estabeleceram um vínculo estreito com o adolescente, em razão de já terem passado alguns fins de semana juntos e, inclusive, viajado a passeio para o Estado do Paraná, isso ainda durante o período de apadrinhamento, antes mesmo de deferida a guarda provisória, a qual perdurou por pouco mais de 1 (um) ano (JUSBRASIL, 2018, s.p.).

Diante dos danos suportados pelo adolescente e a comprovação do nexo de causalidade entre a conduta dos pretensos adotantes e o dano, o dever de indenizar restou cristalino e a decisão da apelação foi no sentido de manter a sentença de primeiro grau.

Neste ínterim, entendo que o ato ilícito que gera o direito a reparação decorre do fato de que os apelantes buscaram, de forma voluntária, o processo de adoção do menor, manifestando, expressamente, a vontade de adotá-lo, obtendo sua guarda durante um lapso de tempo razoável, quando, de maneira súbita e imprudente, resolveram devolver o adolescente, de sorte a romper bruscamente o vínculo familiar, o que implica no abandono do adolescente (JUSBRASIL, 2018, s.p.).

Por outro lado, existem decisões contrárias, que negam o dever de indenizar. A exemplo tem-se a apelação interposta no Rio Grande do Sul, a qual segue:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE PATERNIDADE E MATERNIDADE SOCIOAFETIVA. ADOÇÃO. DESISTÊNCIA DO PEDIDO. ALIMENTOS. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. I - O reconhecimento da paternidade socioafetiva requer apuração do vínculo de afetividade no âmbito social, além da posse de estado de filho. No entanto, demonstrada a renúncia expressa quanto ao desejo de serem os pais da criança, tendo os demandados desistido da adoção ainda quando tramitava o processo (fl. 110), aliada à ausência de vínculo afetivo entre eles, não há que se falar em reconhecimento da maternidade e paternidade socioafetiva. II - Igualmente, antes da sentença, não há lei que imponha obrigação alimentar aos demandados, que não concluíram o processo de adoção da criança. III - No caso, por mais triste e complexo que seja a situação, inexistindo efetivo prejuízo à integridade psicológica do indivíduo, que interfira intensamente no seu comportamento psicológico, causando aflição e desequilíbrio em seu bem estar, indefere-se o pedido de indenização por danos morais. RECURSO DO AUTOR DESPROVIDO, E PROVIDO O DOS DEMANDADOS. (Apelação Cível Nº 70070484878, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 31/08/2016. Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 05/09/2016) (JUSBRASIL, 2016, s.p.).

Cuida-se de recurso de apelação interposto pelos adotantes, inconformados com a sentença proferida nos autos da ação declaratória de paternidade e maternidade socioafetiva em favor do menor JSP.

O menino teve destituído o poder familiar de seus genitores, com anuência da mãe e ausência de manifestação do pai, uma vez que estava sob os cuidados dos apelantes desde os oito anos. Como consequência disso, os demandados ajuizaram ação de adoção. Em seguida, obteve-se o deferimento de guarda provisória, com parecer psicológico e psicossocial favorável, no entanto, passados três anos de convivência o casal manifestou-se no sentido de desistir da adoção de JSP.

Os apelantes aduziram, em resumo, que adoção não foi efetivada em razão do comportamento do menor e da falta de afeição entre eles. Ademais, alegaram que o menino nunca se desvinculou da sua família biológica. Afirmaram que os dois anos de convivência não foram suficientes para estabelecer ou concretizar um vínculo afetivo capaz de ensejar o reconhecimento da filiação socioafetiva. Relataram que a convivência se tornou tensa, principalmente após o nascimento do filho biológico.

O menino retornou ao acolhimento três anos depois e, posteriormente foi desacolhido, pois deferida a guarda judicial à irmã biológica, com quem residia no decorrer do processo.

A Desembargadora Relatora Liselena Ribeiro, basicamente fundamentou sua decisão, auferindo que não existe vedação legal para que os adotantes desistam da adoção durante a guarda do menor, pois, só produziria seus efeitos após a sentença judicial, não reconhecendo o dever de indenizar dos apelantes. Trouxe consigo o seguinte trecho:

Os pressupostos imprescindíveis, caracterizadores da paternidade socioafetiva, para o professor Fachin, in *Da Paternidade: Relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, revela-se no comportamento cotidiano, de forma sólida e duradoura, capaz de estreitar os laços da paternidade, numa relação entre suposto pai e filho, o qual lhe empresta o nome de família e assim o trata perante a sociedade. Pai é aquele quem cuida, educa, alimenta, acompanha o desenvolvimento e a formação do filho, seja ele biológico, adotivo ou filho do coração (JUSBRASIL, 2016, s.p.).

Também afirmou que os fundamentos acima não condiziam com a situação da família, pois, expressamente, o casal havia renunciado o desejo de filiação daquela criança. Ainda, pronunciou-se da seguinte forma:

Portanto, ainda que tenha havido a convivência, e que tenham tentado o casal e o menor a adaptação, não houve forte vinculação a ponto não questionar a vontade de adotar. Pelo contrário, diante dos conflitos existentes, tanto que foi necessário desde o início à intermediação da psicóloga, o casal resolveu desistir da adoção. Aliás, como bem registrado pela psicóloga, o casal se equivocou na adoção, principalmente por se tratar de uma adoção tardia. Pretendiam ter um “filho ideal”, educado, cumpridor de regras. Pretendiam um protótipo, que não era José, um pré-adolescente, com uma vivência de abandono, que não aceitava piamente as regras impostas (JUSBRASIL, 2016, s.p.).

Denota-se com o trecho transcrito acima que o casal idealizava um perfil predefinido de filho, um protótipo, o qual não se enquadrava JSP.

Claramente os pais sobrepuseram seus interesses acima de qualquer finalidade real da adoção. Buscavam atender seus anseios pessoais de filho perfeito, obstruindo a inserção de JSP na família, bem como, seu livre desenvolvimento. Alimentavam a expectativa de comportamento de um filho que só existia em seus ideais. JSP não se enquadrava no quadro de expectativas que nutria a relação inicial dos envolvidos e quando começou a demonstrar comportamentos que desalinham do esperado, não foi mais bem aceito.

Os pretensos adotantes, claramente embarcaram na ideia do processo de adoção totalmente despreparados para a situação. Passou a haver uma estranheza tão grande entre eles, que a criança começou a ser vista como uma terceira pessoa, que nada tinha a ver com o núcleo familiar instituído entre o casal. No trecho: “como bem registrado pela psicóloga, o casal se equivocou na adoção, principalmente por se tratar de uma adoção tardia”, fica evidenciado como a ideia de “equivoco” na escolha da adoção existe, e como, por vezes, a adoção é banalizada. Com isso, subjuga-se que o despreparo “faz parte” e que, diante disso, a desistência torna-se justificável, argumento esse, inaceitável.

Ademais, a relatora destacou também o fato de que o casal, após o nascimento do filho biológico, deixou de investir na relação socioafetiva, tornando cristalina a negligência dos autores. Tal trecho, transcrito abaixo:

[...] Ora, convenhamos, não é crível que se desista de um filho diante dos conflitos da adolescência quando realmente se tem amor. Evidente, portanto, que a desistência aconteceu porque não havia consolidação do vínculo afetivo, ou, não era forte o suficiente para continuarem persistindo na adoção. E, após o nascimento do filho biológico, o casal deixou de investir na relação adotiva. Não há sentimentos de empatia (JUSBRASIL, 2016, s.p.).

A alegação dos cônjuges, auferindo que em dois anos sequer houve a efetivação de vínculo afetivo não é razão suficiente para ignorar o fato de que, por óbvio, ocorreu um dano à JSP, que se viu novamente rejeitado.

A criança permaneceu oito anos numa situação de vulnerabilidade, até o momento da destituição do poder familiar e ingresso numa nova família, permanecendo por mais três anos cultivando sentimentos inexistentes e não recíprocos pela família adotiva. Tais fatos por si só suficientes na configuração da responsabilização. Baseado tanto da ideia do abuso de direito quanto na teoria da perda de uma chance, a qual se verá adiante.

O voto foi finalizado, negando a indenização por danos morais em favor de JSP, uma vez que o abalo psicológico, embora existente, segundo a Relatora, “não causou desequilíbrio em seu bem-estar ou na sua integridade” para ensejar uma responsabilização por parte do casal, uma vez que o menor já se encontrava sob a guarda da irmã.

Entretanto, diante dos três casos, como mensurar e diferenciar o abalo moral de crianças que enfrentam o segundo abandono? Como quantificar se um caso é crível de responsabilização e outro não? E se a irmã da criança de onze anos, no último caso concreto, não tivesse solicitado a guarda e ele permanecesse no abrigo por tempo indeterminado?

A ideia da responsabilização não existe apenas em relação aos danos de longo prazo causados a criança/adolescente. Permeia, inclusive, acerca da maneira como os adotantes atuam na posição de adotantes, enquanto adotantes.

Deve o juiz pautar-se, em todos os casos e circunstâncias, no princípio do melhor interesse da criança, exigindo dos adotantes coerência de atitudes, a fim de promover maior harmonia familiar e conseqüente segurança às crianças introduzidas nessas inusitadas tessituras.

Em caso de desistência, como já auferido, inobstante ser mais benéfico a criança/adolescente sair daquele ambiente carente de afeto, onde é tratado como um terceiro estranho, não integrante do núcleo familiar, a possibilidade de indenização é capaz de atuar, inclusive de uma forma preventiva, a fim de dissuadir novas práticas do mesmo tipo de evento danoso.

Assim sendo, se conclui que, embora haja controvérsia quanto ao dever de indenizar em caso de desistência da adoção, diante da falta de clareza do legislador no artigo 46 do Estatuto da Criança e do Adolescente, há uma questão que se sobressai a ausência de legislação, qual seja, a o bem-estar da criança envolvida, ainda, a relevância da gravidade dos danos causados e as razões que motivaram os adotantes.

A falta de legislação não pode servir de pretexto permitindo que adotantes completamente despreparados ludibriem a justiça e destruam a finalidade da adoção.

O que deve prevalecer sempre é o princípio da prioridade absoluta, reconhecido expressamente no artigo 227, “caput”, da Constituição Federal, o qual faz com que o interesse da criança e do adolescente sobreleve a qualquer outro interesse, acompanhado, dos já mencionados princípios, quais sejam, do melhor interesse da criança/adolescente, da proteção integral do menor e da dignidade da pessoa humana.

4.3 O dever de indenizar

Como já delineado no segundo capítulo, o dever de indenizar encontra suas diretrizes no artigo 186 do Código Civil, ao determinar que fica obrigado a reparar dano todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar prejuízo a outrem.

A responsabilidade civil, consubstanciada no dever de indenizar e dano sofrido por outra pessoa, advém do ato ilícito, que é resultado de uma violação à ordem jurídica por meio de uma ofensa ao direito alheio, lesionando o titular, conforme o disposto no artigo 927 do Código Civil, transcrito anteriormente.

O dever de indenizar surge, portanto, a partir da concorrência de três elementos: o dano suportado pela vítima, o nexo causal e a conduta culposa. Na presente discussão, a desistência da adoção, especialmente durante o estágio de convivência, não viola diretamente o ordenamento jurídico, uma vez que não possui caráter proibitivo.

Entretanto, a devolução que ocorre de maneira imotivada, causa graves danos à criança/adolescente envolvido, desvia-se da finalidade social a qual a adoção se destina, de modo que a conduta constitui ato ilícito por abuso de direito, gerando, conseqüentemente, o dever de indenizar.

Além disso, em que pese a adoção não ter se concretizado por meio de sentença, vale considerar que o período de convivência e a sua conseqüente guarda não se tratam de mera detenção de “algo”. Ter a guarda implica em obrigações aos pretensos pais adotivos, toda a situação que ela envolve tem ampla repercussão na vida do adotando, principalmente no âmbito emocional, em sua constituição como ser humano e atuação como parte da sociedade.

No Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 33, tem-se que: “A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais”.

O “caput” do artigo 33, evidencia os deveres que são incumbidos aos pais adotivos, sendo tais obrigações aceitas quando firmado o termo de compromisso da guarda da criança. Não há que se falar em “direito de devolução”. É necessário entender que se trata de um menor incapaz, que ademais, está desassistido, carente de uma família e de todas as vivências que só uma convivência familiar implica. Possuindo direitos fundamentais a serem resguardados.

O artigo 15 do Estatuto da Criança e do Adolescente preceitua que “a criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis”.

Dito isso, entende-se que qualquer devolução após iniciado o contato entre adotante e adotando, por si só, já se torna uma violência com a criança envolvida.

O processo de adoção permite que os pretensos adotantes tenham acesso a todas as informações existentes acerca do infante. Sobre o processo antecedente de decretação da perda do poder familiar, sobre sua família de origem, bem como, acerca das razões que o levaram ao ambiente institucional. É direito do adotante ter acesso a tais dados. Não é plausível que essas razões venham a calhar, posteriormente, como motivo para devolução. Não há razoabilidade utilizar-se de tais argumentos, como se desconhecidos fossem.

Ademais, o desconhecimento da ascendência da criança que se adota, não implica, necessariamente, em nenhum risco. Importa lembrar que o ambiente em que ela irá se desenvolver tem um poder educativo que poderá suplantar qualquer influência genética. Adotar não é uma obrigação, tampouco caridade, e sim uma escolha, que deve ser conscientemente decidida, antes dar início a qualquer processo.

Nesse sentido, nas palavras da psicanalista Gina Khafif Levizon:

É importante ter claro que (os adotandos) podem herdar predisposições temperamentais, atitudes, traços físicos, e as vezes doenças, mas o que não se herda são valores que passam a fazer parte de cada pessoa, assim como as suas formas de pensar, agir, crer e desejar. Tudo isso é adquirido, aprendido, compartilhado e vivido [...] Força física ou traços herdados dependem da influência do ambiente para que se desenvolvam (2013, p.42).

Assim, ficando demonstrado que os adotantes agem com abuso de direito, desviando-se da finalidade social a qual a adoção se destina, fica caracterizada a prática de ato ilícito, podendo e devendo haver a responsabilização civil destes. Contra eles deverá ser proposta ação de indenização por de dano moral.

Consolida-se a ilicitude a partir do enredo da situação: os adotantes buscam voluntariamente o processo de adoção, expressando a vontade de adotar a criança/adolescente. Submetem-se, em sua grande maioria, ao preparo necessário para tanto. Uma vez estando aptos, obtém a guarda do infante por um lapso temporal razoável e após, simplesmente, decidem imotivada e imprudentemente desistir da criança, rompendo bruscamente o vínculo familiar ao qual expuseram-na, que de maneira tão prematura terá de enfrentar um novo rompimento.

Ademais, considera-se a realidade da criança institucionalizada que é de constante idealização de seu futuro, o qual, majoritariamente, abarca a expectativa de torna-se parte de uma família. Para os institucionalizados o apadrinhamento já tem muito significado. Visitas, passeios realizados em fins de semana, férias e feriados. A atenção exclusiva de um adulto, qualquer atendimento individualizado mais afetuoso já se torna de grande importância na realidade dessas crianças/adolescentes, que diariamente compartilham suas vontades e necessidades com as demais abrigadas.

Não é possível interpretar o novo abandono com naturalidade, principalmente no que se refere a adoção tardia, quando a criança já possui uma maior noção de mundo. Os danos enfrentados por elas se manifestam das mais diversas formas, seja pela presença de acentuada agressividade, por uma visível “apatia” com o outro ou por certa confusão em relação a própria identidade, evidenciada principalmente, em casos onde houve a delicada mudança do prenome, instituída pelos adotantes.

Ocorrem dificuldades nas relações sociais, uma vez que a criança/adolescente, estabelece em sua cabeça que essas não são dignas de confiança, que ela não é merecedora de amor e que dificilmente encontrará outras pessoas que satisfaçam suas necessidades, desenvolvendo condutas antissociais. Além de prejuízos na autoestima e no autoconceito.

Alguns laudos psicológicos apontam que o segundo abandono da criança é capaz de mostrar-se muito mais nocivo ao sadio desenvolvimento psíquico, moral e social, se relacionado ao primeiro.

Assinala a psicanalista Maria Luiza Ghirardi que é preferível que uma criança nunca seja adotada a passar por uma segunda rejeição, pois segundo ela “ao instaurar a ruptura do laço afetivo, a devolução significa uma experiência que reedita para a criança a sua história de abandono” (2008, p.158).

Ademais, quando uma criança retorna em razão de devolução, ela passa por um intervalo antes da próxima adoção, a fim de se verificarem os reais danos, bem como, seu comportamento diante da situação vivenciada, tornando o processo de adoção, que por si

só já é moroso, em algo ainda mais lento e dificultoso, diminuindo consideravelmente as chances de saída do ambiente institucional.

Nesse sentido, enfatiza Maria Luiza Ghirardi:

Quando a adoção fracassa a criança busca tentar entender os motivos que não deu certo e pode se culpar pela falha do processo, reeditando seu abandono e desamparo. Possivelmente isso terá uma grande influência diante de uma nova possibilidade de adoção a tornando mais resistente ou se anulando totalmente para não ser devolvida e passará todo o processo atemorizado pelo “fantasma” da devolução (2008, p.158).

Silvio Rodrigues muito bem complementa que:

[...] cada caso de devolução tem peculiaridades que tornam ímpar, e atinge a criança ou o adolescente de variadas maneiras. Esse processo de retorno da criança ou do adolescente à instituição acolhedora será acompanhado pela equipe interprofissional, que avaliará as consequências que esse retorno ao abrigo causou no adotando, sendo possível que a atitude tomada pelos adotantes, embora sem infringir a lei, fuja da finalidade social a que se destina, caracterizando o abuso de direito, que é considerado ilícito pelo art. 187 do Código Civil, e que provavelmente resultará em danos morais para o adotante (2002, p.15).

O dano moral é concretizado nesse caso, por causar lesões aos chamados direitos de personalidade, que são aqueles os quais englobam não apenas aspectos da dignidade humana como também “os chamados novos direitos da personalidade: a imagem, sentimentos, relações afetivas, aspirações, hábitos etc.(...)”. Nessa lógica, explana Sérgio Cavaliere:

Como se vê, hoje o dano moral não mais se restringe à dor, tristeza e sofrimento, estendendo a sua tutela a todos os bens personalíssimos – os complexos de ordem ética -, razão pela qual revela-se mais apropriado chamá-lo de dano imaterial ou *não patrimonial*, como ocorre no Direito Português. Em razão dessa natureza imaterial, o dano moral é insusceptível de avaliação pecuniária, podendo apenas ser compensado com a obrigação pecuniária imposta ao causador do dano, sendo esta mais uma satisfação do que uma indenização (2009, p.81).

Nas lições de André Junior Puccinelli:

Os direitos da personalidade, portanto, são os que pertencem à própria essência do ser humano e, nesse sentido, o dano moral representa uma ofensa à própria cláusula geral da tutela da pessoa humana, fundamentada no postulado da dignidade da pessoa humana (2015, p. 314).

Ainda, a incidência de responsabilização civil no presente caso, encontra respaldo na teoria da perda de uma chance.

Para Katia Maciel, na hipótese de desistência da adoção “a justificativa da propositura da ação para a reparação do dano ocasionado envolve questões atinentes ao dano moral e a teoria da perda de uma chance, devido às consequências e traumas causados exclusivamente pelos pais adotivos, que privaram o adotando de poder incluir-se e desenvolver-se junto ao bojo familiar” (2018, p.200).

Essa teoria é caracterizada, nas palavras de Flávio Tartuce, “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” (2018, p.369).

Importa ressaltar que teoria da perda de uma chance não se confunde com o lucro cessante, um dano patrimonial que consiste na perda certa e incontroversa de um bem jurídico que iria se incorporar ao patrimônio do titular. Ou seja, o dano patrimonial subtrairia objetivamente um bem jurídico materialmente apreciável.

A perda de uma chance se difere por ser uma probabilidade suficientemente mínima de que um benefício seria obtido caso a oportunidade não tivesse sido subtraída. Ainda, correlaciona-se a um dano não aferível patrimonialmente.

O que se indeniza na perda de uma chance não é a vantagem esperada, mas a frustração da oportunidade de obter a vantagem, no futuro.

Sendo assim, nota-se que a teoria é aplicável na presente hipótese, uma vez que a criança/adolescente, criou a expectativa de ser, de fato, adotada. Vislumbrou, na vivência da rotina familiar, uma probabilidade real de adoção e diante da desistência dos adotantes e com sua respectiva devolução, vê fracassada a oportunidade de participar de uma família, de modo que, ao retornar à instituição de acolhimento, sofre enorme desapontamento, que ocasiona os mais diversos danos, supramencionados.

Assim, considerando o dano decorrente de toda a expectativa de assistência e inserção familiar ceifada do menor em razão da desistência, fica evidente a ilicitude do ato de devolver o adotando, acarretando o dever de indenizar a criança/adolescente pelos danos morais suportados.

Por suposto os danos psicológicos e demais danos decorrentes da situação não serão anulados com os valores imputados, no entanto, podem custear tratamentos especializados e amortizar os prejuízos daí resultantes.

Utiliza-se na indenização a regra de reparação integral do dano, entretanto, essa premissa é inalcançável ao que concerne indenização por danos morais, não sendo possível

auferir o tamanho da dor de alguém, muito menos em se tratando de crianças em pleno estágio de desenvolvimento.

A respeito do quantum indenizatório Silvio Venosa, manifesta que:

O sentido indenizatório será mais amplamente alcançado à medida que economicamente fizer algum sentido tanto para o causador do dano como para a vítima. O montante da indenização não pode nem ser caracterizado como esmola ou donativo, nem como premiação. Ressalte-se que uma das objeções que se fazia no passado contra a reparação dos danos morais era justamente a dificuldade de sua mensuração. O fato de ser complexo o arbitramento do dano, porém, em qualquer campo, não é razão para repeli-lo (2016, p.486).

No mesmo sentido, quanto ao quantum indenizatório, Elpídio Donizete e Felipe Quintella citando o Min. Paulo de Tarso Sanseverino destacam que:

Na primeira fase, arbitra-se o valor básico ou inicial da indenização, considerando-se o interesse jurídico lesado, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria (grupo de casos). [...] Na segunda fase, procede-se à fixação definitiva da indenização, ajustando-se o seu montante às peculiaridades do caso com base nas suas circunstâncias. Partindo-se, assim, da indenização básica, eleva-se ou reduz-se esse valor de acordo com as circunstâncias particulares do caso (gravidade do fato em si, culpabilidade do agente, culpa concorrente da vítima, condição econômica das partes) até se alcançar o montante definitivo [...] (2017, p.426).

Diante disso resta claro o dever de ressarcir, tanto aos pretendentes à adoção que manifestam a desistência ainda durante o período de convivência, quanto aos pais adotivos, após sentença transitada em julgado, os quais, além disso, ainda terão de passar por um processo de destituição do poder familiar.

A reparação civil, reitera-se, não será suficiente por si só na correção dos danos causados, mas auxiliará no tratamento de tais prejuízos. Além disso, prestar-se-á como um instrumento pedagógico e preventivo, a fim de desestimular esse tipo de conduta na sociedade, objetivando que outros pretendentes a adoção compreendam que essa é uma escolha que envolve consciência e responsabilidade. Adoção é coisa séria.

5 CONCLUSÃO

O Direito de Família é um dos ramos do Direito que recentemente tem enfrentado importantes modificações, ganhando mais força e notoriedade nas últimas décadas, bem como o instituto da adoção, presente há muito no contexto legal, vem, conjuntamente ao Direito de Família, passando por reestruturações e reformulações.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 uma nova perspectiva sob as formas de constituição de família, em especial, no que tange o instituto da adoção foram instituídos. O princípio do melhor interesse da criança foi sobreposto em detrimento da ideia de supressão das necessidades do adotante ao adotar, devendo os seus interesses serem colocados acima de qualquer bem ou interesse jurídico tutelado.

Na sequência evolutiva o Estatuto da Criança e do Adolescente foi inserido em 1990, trazendo uma nova regulamentação e substituindo o Código de Menores (Lei 6.697/1979). A nova roupagem que essa lei trouxe, deixou de lado o fato da adoção ter um caráter de negócio jurídico, nesse sentido, houve aqui um total acolhimento e proteção integral da criança adotada.

Após alguns tímidos acréscimos e alterações trazidos pelo Código Civil de 2002, surge, em 2009, a Lei Nacional da Adoção que, da mesma forma, prioriza e objetiva o melhor interesse da criança, visando garantir, primordialmente, o direito à convivência familiar.

Diante das frequentes reafirmações legais acerca da primazia quanto ao melhor interesse da criança, é crível que a desistência da adoção e o conseqüente retorno da criança/adolescente ao abrigo ofenda diretamente estes princípios basilares que permeiam e sustentam a ideia de proteção integral dos menores, assegurados constitucionalmente.

Nesse sentido, é inegável que, independentemente de a devolução ocorrer antes ou depois do deferimento da adoção, o retorno da criança/adolescente às instituições de acolhimento causa grandes abalos, que reeditam a sensação de abandono e rejeição já vivenciados anteriormente, prejudicando o desenvolvimento livre e saudável dos adotandos, situação essa que vai muito além de um mero dissabor e coloca em voga a possibilidade de indenização por dano moral.

A saída do adotando do abrigo e seu período de permanência dentro da família substituta, durante ou depois do período de convivência, ascende na criança/adolescente a hipótese de concretização da expectativa de finalmente estar inserido e ser parte de uma família. A desistência de forma imprudente e imotivada, faz com que sentimentos de

desconfiança e desprezo em relação aos vínculos familiares sejam acentuados no infante, frente a revitimização.

Ou seja, é inegável que o enfrentamento de situação tão delicada pela segunda vez, causa confusão mental e uma ansiedade acentuada, tudo isso, destaca-se, dentro de uma sociedade que vê, naturalmente, mostrando-se cada vez mais ansiosa, diminuindo assim, as possibilidades de um desenvolvimento pleno do indivíduo em formação.

Dito isso, verifica-se que a atitude dos adotantes extrapola os limites estabelecidos pela boa-fé objetiva, desviando-se da finalidade social da adoção e resultando em um ato ilícito, dentro da modalidade de abuso de direito e o respectivo dever de indenizar. Ademais, adstrita, também, a teoria da perda de uma chance.

O objetivo da reparação não consiste na busca de um caráter proibitivo da possibilidade de desistência da adoção, tendo em vista que esse impedimento contraria o princípio do melhor interesse da criança, que não deve permanecer em uma família incapaz de fornecer-lhe um ambiente apto para seu pleno desenvolvimento, e a rejeita.

A possibilidade de reparação civil debruça-se na ideia de desestimular esse tipo de conduta, a fim de que àquelas pessoas que pretendem adotar reflitam acerca do assunto, se estão realmente aptas para enfrentar todos os obstáculos e peculiaridades que esse processo impõe, e então, decidam com maturidade e consciência, diminuindo, dessa maneira, as chances de desistência quando já iniciado o contato entre adotante e adotando.

Evidente que uma indenização, por si só, não resolverá todos os problemas que a situação acarretará, entretanto, servirá para custear um tratamento digno e especializado, uma vez que necessário para amenizar os abalos morais e materiais eventualmente sofridos pela criança/adolescente.

A conscientização dos adotantes com relação ao procedimento que estarão prestes a enfrentar é importantíssima na prevenção de devoluções imotivadas. Para isso, deverá ser realizado um trabalho conjunto entre a equipe multiprofissional do juízo e as famílias substitutas, com o objetivo de orientá-las sobre a grande responsabilidade de ter um filho, de adotar uma criança.

Ainda, esclarecer a maneira com que os futuros pais vislumbram o ato de adotar. Como mencionado, a adoção não deve ser vista como forma de atender às expectativas de um filho perfeito, existente apenas no imaginário dos adotantes.

Ademais, os laços de afeto independem do vínculo biológico, eles estão impostos pela própria vontade de amar, de exercer efetivamente a condição paternal. A relação na adoção deve cumprir a mesma condição existente na filiação biológica.

Conquanto não se pode provar a filiação afetiva através de um exame, é possível evidenciar-se através do dia-a-dia, construído a base de carinho, amor, paciência e tolerância. Pela forma com que se trata o filho. Os pais devem cumprir seus deveres legais, sempre aliados ao cuidado, zelo, afeto, bem como a união do trato, nome e fama, sentimentos indispensáveis para uma formação saudável das crianças, fazendo os laços afetivos superarem os biológicos. É essa a definição de uma relação paterno-filial responsável.

O que se busca com a adoção é a consagração do superior interesse da criança e do adolescente e o que realmente lhe traga vantagens, tentando-se, com isso, amenizar, de alguma forma, a dor e o sofrimento que já se teve em sua família biológica, de modo que a sua colocação em uma família substituta deve ser avaliada “no âmbito do afeto, que deve ser tratado como um valor jurídico”.

Dito isso, conclui-se que pela responsabilização civil dos adotantes, dentro das hipóteses apresentadas nesse trabalho, atendendo-se, desta forma, integralmente, aos direitos constitucionais garantidos às pessoas em desenvolvimento, uma vez que dispõe de um caráter punitivo em relação aos adotantes, que praticaram a conduta lesiva no ato da devolução, possuindo, ademais, um caráter preventivo e pedagógico, que busca conscientizar não apenas o autor do dano, mas a coletividade, desencorajando a repetição da prática.

Adotar uma criança é um ato de amor, com nítida natureza de definitividade, que desafia, por parte do pretendente, uma total consciência a respeito de todas as decorrências dele advenientes.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil no direito de família. In: AUGUSTIN, Sérgio (Coord.). *Dano Moral e sua quantificação*. 4. ed. rev. e amp. Caxias do Sul, RS: Plenum, 2007.

ÂMBITO JURÍDICO. *Pressupostos da responsabilidade civil: nexo causal*. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/pressupostos-da-responsabilidade-civil-nexo-causal/>. Acesso em: 15 abr. 2020

_____. *Adoção intuitu personae sob a égide da Lei nº 12.010/09*. 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-88/adocao-intuitu-personae-sob-a-egide-da-lei-n-12-010-09/>. Acesso em: 30 mar. 2020

AZEVEDO, Maria Amélia e GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo. *Mania de bater: a punição corporal doméstica de crianças e adolescentes no Brasil*. São Paulo: Editora iglu, 2001, citado por ROSAS, Fabiane Klazura; CIONEK, Maria Inês Gonçalves Dias. O impacto da violência doméstica contra crianças e adolescentes na vida e na aprendizagem.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BITTENCOURT, Isabel. *Devolução*. 2017. Disponível em: <https://adocasegura.com.br/devolucao-revivencia-do-abandono-quando-o-sonho-da-adocao-se-transforma-em-pesadelo-desesperanca-medo-solidao/>. Acesso em: 30 mar. 2020

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coordenadora). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos*. 11a.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. *Código Civil de 1916*. Lei 3.071 de 1916. Senado Federal, 1916.

_____. *Código Civil de 2002*. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Brasília: Senado Federal, 2002.

_____. *Constituição Federal*. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Brasília: Senado Federal, 1990.

_____. *Lei nacional da adoção*. Lei n.º 13.509, de 22 de novembro de 2017.

CAMPOS, Niva. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=hoEOIYpO6oM>. Acesso em: 10 mai. 2020

CNJ. *SNA detalha estatísticas da adoção e do acolhimento no Brasil*, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/estatisticas-da-adocao-e-do-acolhimento-no-brasil-sna/>. Acesso em: 10 mai. 2020

COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Civil, Família e Sucessões*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COULANGES, Fustel. *A Cidade Antiga*. São Paulo: Martin Claret, 2008.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 5.ed. Direito de Família. 25ª ed. São Paulo: Ed Saraiva, 2010.

_____. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil*. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v.3.

DIREITO. *Enunciado 37, Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <https://dasfamilias.wordpress.com/2011/06/16/o-venire-contr-factum-proprium-nas-relacoes-de-familia/>. Acesso em: 10 mai. 2010.

DONIZETTI, Elpídio, QUINTELLA, Felipe. *Curso Didático de Direito Civil*. 6.ed. Atlas, 2017

EM DISCUSSÃO. História da adoção no mundo. *Revista de audiências públicas do Senado Federal*, ano 4, n. 15, maio de 2013. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/contexto-da-adocao-no-brasil/historia-da-adocao-no-mundo.aspx>. Acesso em: 30 mar. 2020

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito das famílias*. JusPodvm, 2014.

FELIPE, Luiza. *A responsabilidade civil dos pretendentes à adoção nos casos de desistência da medida durante o estágio de convivência*, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/172867/TCC%20%281%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 30 mar. 2020

FILHO, Cavalieri, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 12.ed. Atlas, 2010.

FREITAS, Caroline. *Criança institucionalizada: a importância da preparação na vivência do processo de adoção*, 2017. Disponível em: <https://www.psicologia.pt/artigos/textos/TL0406.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2020

FUSCO, Nicole. *Quando o processo de adoção dá errado*, 2015. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/brasil/quando-o-processo-de-adocao-da-errado/>. Acesso em: 11 mai. 2020

GHIRARDI, Maria Luiza de Assis Moura. A presença da Infertilidade no contexto da adoção: efeitos possíveis na relação pais/filhos adotivos. In: VOLICH, R.M. FERRAZ, F.C. RANÑA, W. (Org.) *Psicossoma IV – Corpo, História, Pensamento*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008.

GHIRARDI, Maria Luiza de Assis Moura; LOFFREDO, Ana Maria. *A devolução de crianças e adolescentes adotivos sob a ótica psicanalítica: reedição de histórias de abandono*. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 4 : responsabilidade civil, 13.ed. Editora Saraiva, 2014

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. *Adoção: doutrina e prática*. 1. ed. Curitiba: Juruá. 2003.

JUSBRASIL. *Tribunal de Justiça de Santa Catarina TJ-SC - Apelação Cível : AC 00025831120178240036 Jaraguá do Sul 0002583-11.2017.8.24.0036 - Inteiro Teor* Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/559812471/apelacao-civel-ac-25831120178240036-jaragua-do-sul-0002583-1120178240036/inteiro-teor-559812544?ref=juris-tabs>. Acesso em: 10 abr. 2020.

JUSBRASIL. *Tribunal de Justiça da Paraíba TJ-PB : 00013783720188150011 PB - Inteiro Teor*. 2020. Disponível em: <https://tj-pb.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/818388594/13783720188150011-pb/inteiro-teor-818388595>. Acesso em: 10 abr. 2020.

JUSBRASIL. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul TJ-RS - Apelação Cível : AC 70070484878 RS*. 2016. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/380864113/apelacao-civel-ac-70070484878-rs>. Acesso em: 10 abr. 2020.

JUSBRASIL. *Tribunal de Justiça de Minas Gerais TJ-MG - Apelação Cível : AC 0002896-74.2012.8.13.0481 MG*. 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=A%C3%A7%C3%A3o+de+danos+morais+por+desist%C3%Aancia+de+adocao>. Acesso em: 10 abr. 2020.

KOZESINSKI, Carla A. B. Gonçalves. *A história da adoção no Brasil*, 2016. Disponível em: <https://ninguemcresceozinho.com.br/2016/12/12/a-historia-da-adocao-no-brasil/> Acesso em: 29 mar. 2020

LEVINZON, Khafif Gina. *Adoção: clínica psicanalítica*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2013.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos*. 11.ed. São Paulo, Saraiva Educação, 2018.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Rio de Janeiro: FORENSE, 2018; 8.ed.

MENDES, Cynthia Lopes Peiter Carballido. *Vínculos e ruptura na adoção: do abrigo para a família adotiva*. 217f. Dissertação – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/areas/infancia/arquivos/impacto.pdf>.

- MIGUEL, Alexandre. *A responsabilidade civil no novo Código Civil: algumas considerações*. In: NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson (Org.). *Responsabilidade civil: teoria geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. V.1
- MIRAGEM, Bruno Barbosa. *Direito civil: responsabilidade civil*, 1.ed. Saraiva, 2015.
- _____. *Abuso do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil - Vol. 7 - Responsabilidade Civil*, 6.ed. Forense, 2015.
- NOBRE, Rodrigo Igor Rocha de Souza. *O instituto da adoção*. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/29979/o-instituto-da-adoacao>. Acesso em: 08 mai. 2020.
- PEREIRA, Caio Mario Silva. *Responsabilidade Civil*, 12.ed. Forense, 2018.
- _____. *Responsabilidade civil*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. *Direitos Fundamentais e Relações Familiares*. 1.ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2000, 2007.
- PUCCINELLI Jr. André. Col. *Ícones do Direito - manual de direito civil: volume único*, 1.ed. Saraiva, 2015.
- REIS, Clayton. *Avaliação do dano moral*. São Paulo: Forense, 2002.
- RODRIGUES, Silvio. *Responsabilidade civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003
- SAAD, Renan Miguel. *O ato ilícito e a responsabilidade civil do estado*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1994.
- SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011.
- SILVA, Claudia Maria da. Indenização ao filho. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*. vol. 25, Porto Alegre, ago./set. 2004.
- TARTUCE, Flávio. *Direito Civil - Vol. 2 - Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil*, 13.ed. Forense, 2017.
- _____. *Manual de Direito Civil: volume único*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.
- TV JUSTIÇA. *Fórum discute desistência de adoção*. 2017. Disponível em: <http://www.tvjustica.jus.br/index/detalhar-noticia/noticia/355394>. Acesso em: 11 de maio de 2020
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 14.ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- _____. *Direito Civil - Vol. 2 - Obrigações e Responsabilidade Civil*. 17.ed. Atlas, 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Família* 18.ed. São Paulo: Atlas Ltda., 2017.

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

WEBER, Lídia Natalia Dobrianskyj. *Aspectos psicológicos da adoção*. Curitiba: Juruá, 1999.

_____. *Pais e filhos por adoção no Brasil: características, expectativas e sentimentos*. Curitiba: Editora: Juruá, 2001.