

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO - UFRJ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS - CCJE
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO - FND**

DANIELLA PONTES RODRIGUES

**A POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO CIVIL NOS CASOS DE DESISTÊNCIA DA
ADOÇÃO**

**RIO DE JANEIRO
2022**

DANIELLA PONTES RODRIGUES

**A POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO CIVIL NOS CASOS DE DESISTÊNCIA DA
ADOÇÃO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dra. Cíntia Muniz de Souza Konder.**

**RIO DE JANEIRO
2022**

CIP - Catalogação na Publicação

P814p Pontes Rodrigues, Daniella
A possibilidade de reparação civil nos casos de desistência da adoção / Daniella Pontes Rodrigues. - Rio de Janeiro, 2022.
76 f.

Orientador: Cíntia Muniz de Souza Konder.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2022.

1. adoção. 2. desistência da adoção. 3. responsabilidade civil. 4. dano moral. I. Muniz de Souza Konder, Cíntia, orient. II. Título.

DANIELLA PONTES RODRIGUES

A POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO CIVIL NOS CASOS DE DESISTÊNCIA DA
ADOÇÃO

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dra. Cíntia Muniz de Souza Konder.**

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca examinadora:

Orientador

Co-orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO
2022

AGRADECIMENTOS

A trajetória da graduação só foi possível porque sempre estive rodeada de pessoas que me proporcionaram afeto, apoio, compreensão e paciência.

Agradeço, primeiramente, aos meus avós, Dilcea, Neuza, Sebastião e Adriano, que mesmo com pouca ou nenhuma instrução acadêmica sempre me aconselharam a buscá-la. Sou grata também à minha mãe, que sempre foi e sempre será meu porto seguro, e pelos múltiplos papéis que se desdobra para exercer em minha vida.

Agradeço à toda a minha família: à minha tia Sol, ao meu pai, aos meus tios Daniel e Marcelo, e às minhas primas Thata e Micha pelos conselhos, risadas e por estarem presentes nos momentos de angústia, felicidade e tristeza.

Quanto aos amigos que fiz na Universidade, agradeço aos integrantes dos grupos AraraTour e Brisou que fizeram com que esses 5 anos e 6 meses fossem repletos de alegria. Quero levar cada um de vocês para além da UFRJ.

Não poderia deixar de mencionar também os amigos que fiz na infância e na adolescência que, mesmo em lugares diferentes, não mediram esforços para permanecerem em minha vida. Obrigada Kate, Cams, Robs e Lucas.

Agradeço à Ana por fazer a vida a dois ser prazerosa e por me apresentar o amor de forma leve, quero uma vida toda com você.

Minha gratidão especial à professora Cíntia Konder, minha orientadora, que me apoiou durante toda a reta final do curso e, principalmente, por despertar em mim o interesse por Direito de Família.

Por fim, mas não menos importante, agradeço aos meus gatos, Tangerina, Samir e Negão, pelo amor incondicional, por me fazerem companhia e me oferecem conforto em todos os momentos.

RESUMO

A adoção é um instituto interdisciplinar que almeja a reinserção da criança e do adolescente em um núcleo familiar compatível com sua proteção integral. O processo de adoção se apresenta como principal instrumento no ordenamento jurídico brasileiro de inserção de menores de idade que estão sob a guarda de acolhimentos institucionais em um novo arranjo familiar. Para encontrar um ambiente familiar propício ao desenvolvimento pleno e saudável de crianças e adolescentes, o processo de adoção é construído de forma rigorosa, contando com psicólogos, juristas e assistentes sociais ao longo de suas fases. Apesar da cautela, ainda existem casos em que os adotantes desistem da adoção durante o estágio de convivência familiar ou, até mesmo, após o trânsito em julgado da sentença constitutiva, quando o vínculo de parentesco entre as partes já está construído. Nesses casos, além dos traumas psicológicos sofridos pelas crianças e adolescentes, esses indivíduos retornam para tutela do Estado, tendo que passar por todo o processo novamente. Diante desse cenário, o presente estudo busca, a partir de uma pesquisa legislativa, doutrinária e jurisprudencial, entender se existe a possibilidade de reparação civil nos casos de desistência da adoção. Para isso, foi analisado o conceito de família e adoção a partir da Constituição da República de 1988, além de entender os pressupostos jurídicos da responsabilidade civil e a configuração do dano moral. Com base nessa análise, concluiu-se que o entendimento que melhor dialoga com os princípios do direito civil-constitucional é o de que incide responsabilidade civil nos casos de desistência da adoção quando realizada de forma imotivada, abrupta e depois de um período considerável, sendo necessária a reparação moral aos adotandos.

Palavras-chave: adoção, desistência da adoção, responsabilidade civil e dano moral.

ABSTRACT

Adoption is an interdisciplinary institute that aims at the reinsertion of children and teenagers in a family nucleus compatible with their full protection. The adoption process presents itself as the main instrument in the Brazilian legal system for the insertion of minors who are under the custody of institutional foster homes into a new family arrangement. To find a family environment conducive to the full and healthy development of children and teenagers, the adoption process is built in a rigorous way, counting on psychologists, jurists and social workers throughout its phases. Despite the caution, there are still cases in which adopters give up on the adoption during the family cohabitation stage, or even after the final judgment, when the kinship link between the parties is already built. In these cases, besides the psychological traumas suffered by the children and adolescents, these individuals return to the custody of the State, having to go through the whole process all over again. Given this scenario, the present study seeks, from a legislative, doctrinaire and jurisprudential research, to understand if there is the possibility of civil reparation in cases of abandonment of adoption. To do so, the concept of family and adoption was analyzed from the 1988 Constitution of the Republic, besides understanding the legal assumptions of civil responsibility and the configuration of moral damage. Based on this analysis, it was concluded that the understanding that best dialogues with the principles of civil-constitutional law is that civil responsibility is incurred in cases of abandonment of adoption when it is performed without cause, abruptly and after a considerable period of time, and that moral reparation to the adopted is necessary.

Keywords: adoption, giving up the adoption, civil responsibility and moral damage.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. A ADOÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E OS SEUS ASPECTOS NORMATIVOS	11
1.1. A família sob a ótica da Constituição da República de 1988	11
1.2 O direito à filiação	16
1.3 A adoção no ordenamento jurídico brasileiro.....	19
1.4 As alterações trazidas pela Lei 12.010/09 — Lei Nacional de Adoção	23
1.5 Procedimento e fases da adoção	26
2. A RESPONSABILIDADE CIVIL E O DIREITO DE FAMÍLIA	30
2.1 Considerações acerca da responsabilidade civil e sua aplicação dentro das relações familiares	30
2.2 Os pressupostos do dever de reparar.....	36
2.3 O afeto e a responsabilidade civil	42
3. A POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO CÍVEL NOS CASOS DE DESISTÊNCIA NA ADOÇÃO	45
3.1 A configuração do abuso de direito no ato de “desistir”	45
3.1.1 Desistência da adoção durante a fase de convivência.....	47
3.1.2 Desistência da adoção depois do trânsito em julgado da sentença constitutiva	55
3.2 O dever de reparação na esfera cível	57
3.3 Análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro	62
CONCLUSÃO.....	68
REFERÊNCIAS	70

INTRODUÇÃO

A constitucionalização do Direito Civil, ocorrida no Brasil após o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), trouxe uma nova realidade sociojurídica para esse ramo do direito. Dentre as mudanças introduzidas, o conceito de família se mostrou uma das mais significativas. O princípio da dignidade da pessoa humana balizou a construção dessa nova roupagem em torno da unidade familiar, que, anteriormente, era vista de forma institucional e patrimonial, e após esse marco legislativo passou a ser interpretada como núcleo de desenvolvimento existencial do indivíduo.

Outra substancial modificação prevista a partir da promulgação da Carta Magna é a proteção integral às crianças e aos adolescentes. Nesse cenário, o direito fundamental à convivência familiar e comunitária surge como um dever a ser assegurado à criança, não só pela família, mas também pela sociedade e pelo Estado. Na mesma linha de raciocínio, influenciado pelos ditames constitucionais, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) estabelece que todo menor de idade tem o direito de ser criado e educado por sua família natural e, na falta desta, por uma família substituta.

Ainda que o ordenamento jurídico defenda a manutenção da filiação biológica, há casos em que a sua perpetuação gera prejuízos à integridade física ou psíquica da criança e do adolescente, tornando-se inviável a garantia aos cuidados básicos para o desenvolvimento destes. Por essa razão, o Código Civil de 2002 (CC/02) e o ECA preveem para tais hipóteses a destituição do poder familiar. Assim, depois de esgotados os recursos que visam à continuação da manutenção ou inserção do menor de idade interessado na família originária, o Estado tem o dever de providenciar o acolhimento institucional desse sujeito de direitos e, posteriormente, aparelhar a sua integração em famílias substitutas.

Em vista disso, a adoção se apresenta como um instituto jurídico e interdisciplinar que almeja a reinserção da criança e do adolescente em um núcleo familiar compatível com sua proteção integral. Em outras palavras, é uma modalidade de filiação que gera vínculo de parentesco por meio do afeto e pela exteriorização da vontade das partes. De acordo com a CRFB/88, a adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios.

Segundo dados divulgados pelo Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA) do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Brasil, em junho de 2022, tinha 29.577 crianças em unidades de acolhimento e 4.143 aptas para adoção.¹ Apesar da morosidade, o processo de adoção ainda é o principal instrumento no ordenamento jurídico brasileiro de inserção desses indivíduos em um novo arranjo familiar.

Com intuito de melhor atender às necessidades dos menores de idade, as entidades estatais, ao longo do processo de adoção, desempenham a responsabilidade de avaliar a aptidão dos interessados em adotar. Nesse sentido, os futuros responsáveis precisam realizar um programa de preparação, além de estudos guiados por psicólogos jurídicos e assistentes sociais. Ainda assim, em alguns casos, ocorre a desistência da adoção durante a fase de convivência ou até mesmo após o trânsito em julgado da sentença constitutiva. Como consequência desse ato, as crianças e os adolescentes retornam ao acolhimento institucional e são, novamente, inseridas no cadastro nacional.

De acordo com o artigo 39, § 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, a adoção é medida irrevogável.² Além de ser um ato ilegítimo, desistir da adoção pode gerar inúmeros traumas psicológicos à criança e ao adolescente que, mais uma vez, terá de lidar com o processo de adoção. Sendo assim, faz-se necessário investigar a possibilidade de responsabilidade civil sobre os adotantes que desistem da adoção em dois momentos: na fase de convivência familiar e após o trânsito em julgado da sentença constitutiva. Isso porque a partir do estágio de convivência o laço afetivo entre as partes envolvidas no processo de adoção ganha relevância na seara existencial. Já o trânsito em julgado é relevante, pois é através dele que o vínculo de parentesco passa a ser oficialmente reconhecido pelo Estado.

Posto isso, a partir do estudo da Constituição da República de 1988, do Estatuto da Criança e do Adolescente, do Código Civil de 2002, da Lei 12.010/09, da Lei 13.509/18 e da metodologia de revisão bibliográfica sobre o tema, o presente estudo pretende analisar as

¹ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Sistema nacional de adoção e acolhimento: painel de acompanhamento.** Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ccd72056-8999-4434-b913-f74b5b5b31a2&sheet=4f1d9435-00b1-4c8c-beb7-8ed9dba4e45a&opt=cursel&select=clearall> Acesso em: 18. jun. 2022.

² BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 27. fev. 2022.

consequências jurídicas oriundas da adoção frustrada, hipótese que se manifesta quando os adotantes desistem do processo de adoção durante a fase de convivência ou depois do trânsito em julgado da sentença constitutiva. Sem pretensão de esgotar o tema, objetiva-se estudar quais as repercussões jurídicas no âmbito da responsabilidade civil que incidem sobre os pais adotivos, mas também a incidência, ou não, de danos extrapatrimoniais sofridos pelas crianças e adolescentes.

Para isso, esta análise se divide em três capítulos: o primeiro destina-se a assimilar a ideia de família e de adoção após a promulgação da Constituição da República de 1988. Além disso, procura-se elucidar as etapas do processo de adoção, bem como o seu objetivo central. No segundo, passa-se a compreender o instituto da responsabilidade civil, a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, como também a sua incidência nas relações familiares. Neste capítulo, são realizadas breves considerações a respeito da possibilidade de responsabilização civil por abandono afetivo em decorrência da configuração do dano moral.

Após a compreensão do processo de adoção e da responsabilidade civil aplicada no Direito de Família, o terceiro capítulo trata da possibilidade de reparação civil nos casos de desistência da adoção durante a fase de convivência e após o trânsito em julgado da sentença constitutiva, momentos de suprema importância no processo de adoção. Em seguida, procura-se investigar a configuração do dano moral sofrido pelos menores de idade causado pelo ato de “desistir” da adoção. Por fim, será feita uma análise jurisprudencial qualitativa, abrangendo o período de 2018 a 2022, a respeito do entendimento jurisprudencial da segunda instância do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) referente à reparação civil no caso de desistência da adoção.

1. A ADOÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E OS SEUS ASPECTOS NORMATIVOS

1.1. A família sob a ótica da Constituição da República de 1988

Nos apontamentos de Maria Celina Bodin de Moraes, a doutrina da constitucionalização do Direito Civil foi determinante para afastar a ideia da Constituição apenas como mera carta formal. Para a autora, neste contexto

[...] dito pós-positivista, o respeito das normas inferiores à Constituição não é examinado apenas sob o ponto de vista formal, a partir do procedimento de sua criação, mas com base em sua correspondência substancial aos valores que, incorporados ao texto constitucional, passam a conformar todo o sistema jurídico. Valores que adquirem positividade na medida em que consagrados normativamente sob a forma de princípios. Assim, a solução normativa aos problemas concretos não se pauta mais pela subsunção do fato à regra específica, mas exige do intérprete um procedimento de avaliação condizente com os diversos princípios jurídicos envolvidos.³

Desse modo, o Direito Civil contemporâneo almeja a sistematização de suas normas em torno dos valores constitucionais, com o intuito de que cada artigo seja interpretado tomando como premissa as diretrizes almejadas pela Constituição da República de 1988.⁴ Sendo o Direito de Família um dos pilares do Direito Civil, a influência da constitucionalização trouxe novos parâmetros e paradigmas hermenêuticos para a compreensão dos modelos de convivência e solução dos problemas na esfera familiar.

O conceito de família no ordenamento jurídico brasileiro sofreu consideráveis modificações ao longo do tempo, isso porque esse instituto está diretamente vinculado às estruturas mutáveis da sociedade. Segundo Giselda Hironaka, “família é, por assim dizer, a história e a história da família se confunde com a história da própria humanidade”.⁵

Caio Mário da Silva Pereira salienta que, tradicionalmente, “a família era considerada em relação: a) ao princípio da autoridade; b) aos efeitos sucessórios e alimentares; c) às

³ MORAES, Maria Celina Bodin de. **A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil**. Direito, Estado e Sociedade. v.9, n.29. p. 234. jul/dez, 2006.

⁴ SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição**. In: SCHREIBER, Anderson, KONDER, Carlos Nelson (coord.). **Direito civil constitucional**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 8.

⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Família e casamento em evolução**. Revista do Advogado, São Paulo, n. 62, p. 16-24, 2001.

implicações fiscais e previdenciárias; d) ao patrimônio”.⁶ Diante do novo contexto normativo inserido pela CRFB/88, os parâmetros utilizados para a caracterização, ou não, de família mudaram.

Por um grande período, a existência do vínculo matrimonial era essencial para que fosse constituída uma família, o casamento era a base de qualquer núcleo familiar — essa lógica era a que prevalecia no Código Civil de 1916.⁷ Com o advento da Constituição da República de 1988, a dignidade da pessoa humana se tornou o centro do ordenamento jurídico e, por essa razão, a valoração ao patrimônio e a estrutura patriarcal foram substituídas por um núcleo familiar com enfoque no ser humano, na sua individualidade e liberdade afetiva. Como consequência dessa mudança de perspectiva, os vínculos afetivos foram reconhecidos e ganharam protagonismo frente aos laços matrimoniais.⁸

Pode-se dizer que a “Constituição esgarçou o conceito de família. Concedeu especial proteção à entidade familiar, como base da sociedade, acabando com a ideia sacralizada da família, constituída exclusivamente pelos “sagrados” laço do matrimônio.”⁹

Assim como no entretenimento da vida cotidiana, o Direito precisa adaptar-se às transmutações da sociedade na qual está inserido. A relação familiar é temática recorrente de séries e filmes da dramaturgia nacional e internacional, a identificação do público com essas narrativas é fundamental para o sucesso do projeto midiático. Em razão disso, é comum, hoje em dia, que produções do audiovisual dediquem-se a retratar os diferentes tipos de famílias possíveis: recompostas, homoafetivas, adotivas, monoparentais, poliafetivas e outros formatos que estão inseridos na vida cotidiana dos indivíduos.

⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil - direito de família**. v. 5. 19. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 2011. p. 25.

⁷ “As constituições modernas, quando trataram da família, partiram sempre do modelo preferencial da entidade matrimonial. Não é comum a tutela explícita das demais entidades familiares. Sem embargo, a legislação infraconstitucional de vários países ocidentais tem avançado, desde as duas últimas décadas do século XX, no sentido de atribuir efeitos jurídicos próprios de direito de família às demais entidades familiares. A Constituição brasileira inovou, reconhecendo não apenas a entidade matrimonial, mas também outras duas explicitamente (união estável e entidade monoparental), além de permitir a inclusão das demais entidades implícitas” LOBO, Paulo. **Transformações jurídicas da família no Brasil**. Genjurídico. 2018. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/02/12/transformacoes-juridicas-familia-brasil/>. Acesso em: 16 out. 2021.

⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 52.

⁹ DIAS, Maria Berenice. **A união homoafetiva e a constituição federal: análise dos aspectos sócio-jurídicos**. 2008. Disponível em: <https://berenedias.com.br/a-uniao-homoafetiva-e-a-constituicao-federal-analise-dos-aspectos-socio-juridicos/?print=pdf>. Acesso em: 16 out. 2021.

No mundo jurídico não é diferente. O surgimento e a constituição de novos núcleos familiares na sociedade traz aos legisladores e juristas a responsabilidade de adaptação e ampliação do conceito de família, com intuito de salvaguardar em direitos e garantias essas entidades familiares. Para Ana Carolina Brochado Ribeiro e Gustavo Pereira Leite Ribeiro,

A família não é mais transpessoal, ao contrário, ela é eudemonística. Portanto, o direito, acompanhando a evolução cultural, aponta para uma norma que se preocupa muito mais com a felicidade de seus membros e, sobretudo, com a possibilidade de sua realização, centrada no princípio da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, lembra o professor João Baptista Villela que este termo eudemonismo é utilizado e apontado pela sociólogo André Michel, para o modelo que prevalece na cultura atual, esclarecendo aquele professor o seu significado, ou seja, que cada pessoa procura na família sua própria realização, isto é, seu próprio bem estar.¹⁰

Para compreender melhor como a família é entendida no ordenamento jurídico, é preciso primeiro entender os fundamentos deste: os princípios são estruturas basilares, utilizados como valores centrais no trabalho hermenêutico dos julgadores. No direito civil-constitucional, os princípios contidos na Constituição servem para a interpretação de todo ordenamento, porém, nada impede que existam princípios próprios do Direito de Família.

Inicialmente, na esfera constitucional, temos o princípio da dignidade da pessoa humana. Para Daniel Sarmiento, esse princípio representa o epicentro axiológico da ordem jurídica.¹¹ A ideia da dignidade da pessoa humana traz para o direito privado, especialmente para as relações familiares, a necessidade de valorização do ser humano, enquanto o patrimônio perde o seu protagonismo.

Segundo Karl Larenz, encontra-se “na dignidade pessoal a prerrogativa de todo ser humano em ser respeitado como pessoa, de não ser prejudicado em sua existência (a vida, o corpo e a saúde) e de fruir de um âmbito existencial próprio”.¹²

¹⁰ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RIBEIRO; Gustavo Pereira Leite. **Manual de direito das famílias e das sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey e Mandamentos, 2008. p. 57.

¹¹ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lu-men Juris, 2002, p. 59-60. *apud* Taveira, Christiano de Oliveira. **Dignidade da pessoa humana e os limites à liberdade de informação**. Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 32, n. 2. p. 120, jul./dez. 2016.

¹² LARENZ, Karl. **Derecho Civil: parte general. Madri: editoriales de derechos reunidas**, 1978. *apud* BRAGA, Karina Costa. BRAGA, Arleide Costa de Oliveira. **A evolução da dignidade da pessoa humana como valor vetor da Previdência Social**. Revista Brasileira de Direito Social. v. 1, n. 2. p. 37. out/2018.

Adiante, apresenta-se o princípio da solidariedade, a CRFB/88 reconhece a solidariedade social como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil. No âmbito familiar, a solidariedade surge ligada à afetividade, recebendo acentuada influência ética. Ao dissertar sobre tal princípio, Maria Berenice Dias correlaciona a solidariedade com a fraternidade e a reciprocidade. Dessa forma, a autora pontua como exemplo prático desse princípio a obrigação alimentar e a plena comunhão de vida ao casamento.¹³

No que se refere aos princípios do Direito de Família, a psicanalista Giselle Câmara Groeninga afirma que “os afetos são o equivalente da energia psíquica, dos impulsos, dos desejos que afetam o organismo e se ligam a representações, a pessoas, objetos significativos”.¹⁴ Para a autora, o afeto não deve ser confundido com o amor, uma vez que um também está presente em situações antagônicas ao outro.

O princípio da afetividade surge com a finalidade de ultrapassar de vez a ideia de família ligada ao conceito biológico e patrimonial, tornando as relações socioafetivas objetos centrais ao tratarmos da constituição de família. Embora não haja expressa previsão constitucional, encontra-se na Constituição da República de 1988 diversas passagens que fundamentam a essência deste dogma, como, por exemplo, o artigo 1º, III, que instituiu a dignidade da pessoa humana como princípio estruturante do ordenamento jurídico e o artigo 227, § 6º, o qual estipula a igualdade de tratamento entre filhos biológicos e adotivos.¹⁵

Conforme leciona Ricardo Calderón a doutrina se divide em três principais correntes quando o assunto é o reconhecimento da afetividade como princípio, o autor menciona que:

A doutrina se divide em três principais correntes: a) a primeira argumenta que a afetividade deve ser reconhecida e pode ser classificada como um princípio jurídico; b) a segunda alega que deve ser assimilada pelo Direito, mas apenas como um valor relevante; c) já a terceira corrente sustenta que a afetividade não deve ser valorada juridicamente (entende que o afeto é um sentimento, o que seria estranho ao Direito). Em outras palavras: a problemática central atinente ao tema da afetividade envolve atualmente o seu reconhecimento (ou não) pelo Direito e a possibilidade de sua inclusão na categoria de princípio. Esta discussão traz subjacente a própria visão de Direito que se adota, as formas de expressão que se lhe reconhece, o conceito e o papel de princípio no sistema e, ainda, a escolha de alguns posicionamentos

¹³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 70.

¹⁴ GROENINGA, Giselle Câmara. **Direito e psicanálise - um novo horizonte epistemológico**. Disponível em <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/111.pdf> Acesso em: 16 out. 2021.

¹⁵ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html . Acesso em 20. jun. 2021.

hermenêuticos que refletem na análise. Todas estas opções influenciam a maneira como se apreende a relação entre a família (como manifestação social) e o Direito que pretende regulá-la.¹⁶

Sobre o tema, Paulo Lôbo aduz que a afetividade trouxe à família a função de grupo unido por desejos e laços afetivos. É o elo que mantém as pessoas unidas nos arranjos familiares, em comunhão de vida.¹⁷

Diferente da afetividade, o da felicidade não é elencado como princípio do Direito de Família, ainda assim, não há dúvida que o direito à felicidade é um princípio fundamental, materialmente constitucional.¹⁸ A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1793, diz que “o fim da sociedade é a felicidade comum. O governo é instituído para garantir ao homem o gozo destes direitos naturais e imprescritíveis.”¹⁹

Nesse sentido, o Direito deve ser visto não só como uma ferramenta de solução de conflitos, mas também como instrumento para a construção de uma sociedade em que os indivíduos possam buscar a felicidade de forma igualitária. Percebe-se que a felicidade de uma sociedade está interligada aos direitos fundamentais garantidos pelo Estado a seus cidadãos. Afinal, não é possível ser feliz sem saúde, educação, alimentação, lazer, etc.

Dessa maneira, sendo a família o primeiro núcleo social no qual o indivíduo é inserido, esta tem o papel fundante de propiciar a felicidade dos seus integrantes, servindo como rede de apoio para que seus membros desenvolvam os traços de sua personalidade.

Os princípios que influenciam o Direito de Família são diversos. Temos, ainda, os princípios da igualdade, liberdade e o pluralismo das entidades familiares; esse rol não é taxativo, pelo contrário, a modificação do ordenamento jurídico faz com que surjam novos princípios que influenciam na interpretação das normas. A dignidade da pessoa humana, a

¹⁶ CALDERON, Ricardo Lucas. **O percurso construtivo do princípio da afetividade no Direito de Família Brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos.** Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/26808/dissertacao%20FINAL%2018-11-2011%20pdf.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 08. jul. 2022.

¹⁷ LOBO, Paulo. **Transformações jurídicas da família no Brasil.** Genjurídico. 2018. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/02/12/transformacoes-juridicas-familia-brasil/>. Acesso em: 16.10.2021.

¹⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 80.

¹⁹ DIREITOS HUMANOS, Portal dhnet. **Declaração dos direitos do homem e do cidadão, admitidos pela convenção nacional em 1793 e afixada no lugar das suas reuniões.** Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1793.htm> . Acesso em: 18 dez. 2021.

solidariedade, a afetividade e a felicidade não são suficientes para que haja o esgotamento da carga principiológica contida no ordenamento jurídico, mas entende-se que esses são vetores essenciais que influenciam os estudos jurídicos das relações familiares, principalmente, no que diz respeito ao tema central desse estudo.

Feita essa breve análise, é possível concluir que não há definição concreta e estática para conceituar família, sendo certo que fatores sociais, políticos, econômicos e históricos influenciam diretamente na constante modificação do seu objeto. Ainda assim, alguns autores tentam definir seu conceito para a realização de uma análise mais apurada no campo jurídico.

A família não deve mais ser vista como uma instituição, e sim como um instrumento que existe para contribuir para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes. Essa ideia surge, justamente, com a constitucionalização do Direito Civil. Após esse marco legislativo, a família passa a existir em função de seus membros, não ao contrário. Nas palavras de Guilherme Calmon Nogueira da Gama, as relações familiares

[...] passaram a ser funcionalizadas em razão da dignidade de cada partícipe. A efetividade das normas constitucionais implica a defesa das instituições sociais que cumprem o seu papel maior. A dignidade da pessoa humana, colocada no ápice do ordenamento jurídico, encontra na família o solo apropriado para o seu enraizamento e desenvolvimento, daí a ordem constitucional dirigida ao Estado no sentido de dar especial e efetiva proteção à família, independentemente da sua espécie. Propõe-se, por intermédio da repersonalização das entidades familiares, preservar e desenvolver o que é mais relevante entre os familiares: o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe, com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas.²⁰

Diante do exposto, é possível afirmar que o modelo de família brasileira após a Constituição da República de 1988 se contrapõe ao modelo institucionalizado, patriarcal e patrimonial característico do Código Civil de 1916. A dignidade das pessoas, a igualdade de tratamento e a liberdade afetiva são fundamentos que influenciam essa nova estrutura familiar e que inspiram os ideais desse campo do Direito Civil.

1.2 O direito à filiação

²⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Filiação e reprodução assistida - introdução ao tema sob a perspectiva civil-constitucional**. *apud* GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família**. v. 6. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

Como citado anteriormente, a Constituição da República de 1988 propiciou consideráveis mudanças no Direito de Família, e com o conceito de filiação não foi diferente. Do latim *filiatio*, entende-se filiação como a ligação de um indivíduo a outro a partir do reconhecimento da parentalidade. Para Sílvio de Salvo Venosa, “o termo filiação exprime a relação entre o filho e seus pais, aqueles que o geraram ou o adotaram”.²¹

Ao entrar em vigor, o artigo 227, §6º da CRFB/88 rechaçou qualquer ideia discriminatória entre os filhos havidos ou não do matrimônio, garantindo aos filhos biológicos e adotivos igualdade jurídica.²² Para entender a relevância dessa previsão constitucional, é preciso entender o histórico da filiação no ordenamento jurídico brasileiro.

A base da filiação tratada pelo Código Civil de 1916 era discriminatória, isso porque o tratamento da filiação era de acordo com a origem. Desse modo, os filhos advindos da união conjugal eram considerados legítimos, ao passo que os filhos havidos de relações extramatrimoniais eram considerados ilegítimos. Os descendentes ilegítimos dividiam-se em naturais ou espúrios, que, por sua vez, eram divididos entre adúlteros e incestuosos. Em breve análise, Queiroga define:

Legítimos eram os que nasciam da relação de casamento civil; ilegítimos eram os nascidos de relação extramatrimonial. Os ilegítimos dividiam-se em naturais ou espúrios. Filhos ilegítimos naturais eram nascidos de pais que não estavam impedidos de se casar. Os ilegítimos espúrios eram nascidos de pais que não podiam se casar, em virtude de impedimento. Os espúrios classificavam-se em adúlteros e incestuosos. Dava-se o primeiro caso, quando o impedimento decorria de casamento dos pais. [...] Se o impedimento para o matrimônio procedia de parentesco entre os pais, o filho nascido dessa relação era chamado incestuoso.²³

Nesse contexto, a adoção não era bem-vista, uma vez que através dela eram inseridos nas famílias os filhos tidos como ilegítimos. Além da carga discriminatória, o texto normativo do Código Civil de 1916 impossibilitava que os filhos havidos fora do matrimônio fossem sujeitos de direitos no que diz respeito ao vínculo de parentesco. Para Maria Berenice Dias:

Negar a existência da prole ilegítima simplesmente beneficiava o genitor e prejudicava o filho. Ainda que tivesse sido o pai quem cometera o delito de adultério

²¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. v. 6. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 228.

²² BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html. Acesso em 20. jun. 2021.

²³ QUEIROGA, Antônio Elias. **Curso de direito civil: direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 12 *apud* ZENI, Bruna Schlindwein. **A evolução histórico-legal da filiação no Brasil**. Direito em debate. Ano XVII. n. 31, p. 61. jan/jun. 2009.

— que à época era crime —, infringindo o dever de fidelidade, o filho era o grande perdedor. Singelamente, a lei fazia de conta que ele não existia. Era punido pela postura do pai, que se safava dos ônus do poder familiar.²⁴

Mesmo que o legislador infraconstitucional tenha editado a Lei 883/49 e a Lei 6.515/77 - Lei do Divórcio — que possibilitaram, por exemplo, o reconhecimento de filhos extraconjugais —, somente em 1988, com a promulgação da Constituição da República, que ocorreram as principais modificações no âmbito da filiação. A CRFB/88 consagrou o princípio constitucional da igualdade entre todos os filhos deixando de admitir a distinção antiquada, entre filiação legítima e ilegítima, que existia no diploma civil de 1916.

Influenciada pelos ideais progressistas, a legislação civil passou a permitir o reconhecimento do vínculo de filiação antes mesmo do nascimento ou, ainda, após o falecimento do ascendente, nos termos do artigo 1.609.²⁵ Posteriormente, o ECA estabeleceu, ainda, que o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição.²⁶

A vinculação parental origina-se de três formas. A primeira é através do vínculo jurídico ou civil, em que a paternidade é entendida através da presunção jurídica, popularmente conhecida como *pater is est*.²⁷ Esta é consagrada no artigo 1.597 do Código Civil de 2002, no caso, o trânsito em julgado da sentença no processo de adoção constitui o parentesco civil entre o adotante e o adotado.²⁸ O segundo critério é a filiação biológica, que está relacionada à consanguinidade, ou seja, sua autenticidade é demonstrada através de engenharia genética.

Por último, há o vínculo socioafetivo, que inaugura o princípio da afetividade como parte essencial na consagração da filiação. Maria Berenice Dias entende que a socioafetividade é pautada na convivência e que por meio dela se constrói o direito à filiação.

²⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 70.

²⁵ BRASIL, Código Civil. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em: 20. jun. 2021.

²⁶ BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266 . Acesso em: 21. jun 2021.

²⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 209.

²⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 209.

Para ela, a paternidade é caracterizada pela convivência entre filhos e pais, e não exclusivamente pelo laço biológico.²⁹ Em suas palavras:

Tal como aconteceu com o conceito de família, a filiação começou a ser identificada pela presença de um vínculo afetivo paterno-filial. Ampliou-se o seu conceito de paternidade, compreendendo o parentesco psicológico, que prevalece sobre a verdade biológica e a realidade legal. A parentalidade deriva do estado de filiação, independentemente de sua origem biológica ou afetiva. A ideia da paternidade está fundada muito mais no amor do que submetida a determinismos biológicos.³⁰

No cenário atual, o Poder Judiciário é um agente importante quando se fala em direitos e garantias de relações familiares plurais e vínculos afetivos, haja vista que as modificações incorporadas pela Constituição da República de 1988 e pelo Código Civil de 2002 não foram capazes de abranger no texto legal todas as configurações possíveis de arranjos familiares.

Desempenhando esse papel, o Supremo Tribunal Federal, em decisão memorável, reconheceu que a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios.³¹

Percebe-se, então, que tanto as relações familiares, como o instituto da filiação foram modificados diante dos princípios e normas inseridos no mundo jurídico, principalmente pela Constituição da República de 1988. Essas alterações afetam, de forma direta, o cenário da adoção no Brasil.

1.3 A adoção no ordenamento jurídico brasileiro

A origem da adoção ocorreu em período anterior ao direito romano, mas foi em Roma que esse instituto adquiriu características codificadas. A sua permanência se estendeu pelo direito germânico, tendo caído em desuso durante a Idade Média por causa do direito canônico, uma vez que o sacramento e o matrimônio eram priorizados à época, o que fez com que a adoção não ganhasse contornos estáveis. Ainda que tenha retomado no direito francês, a

²⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 209.

³⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 207.

³¹ STF, **Recurso Extraordinário nº 898.060**, Relator Ministro Luiz Fux, Plenário, publicação em: 24. ago. 2017.

adoção só adquiriu prestígio após o fim da Primeira Guerra Mundial, diante do alto número de crianças que ficaram sem família após o conflito.³²

De acordo com Caio Mário da Silva Pereira, a adoção representa “ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim”, o autor também reconhece o caráter de *fictio iuris* do instituto.³³

No Direito brasileiro, a adoção só ganhou relevância, de fato, nos artigos 368 a 378 do Código Civil de 1916. Embora regulamentada, a prática durante esse período visava atender, principalmente, os anseios e os direitos do adotante, negligenciando os interesses do adotado. Além disso, os legitimados para adoção eram apenas aqueles que não tinham filhos e, mesmo depois de concluída a adoção, era insuscetível o vínculo de parentesco ultrapassar a figura do adotante e adotado para abranger os seus familiares.

Nesse contexto, o legislador infraconstitucional editou a Lei 3.133/1957 por meio da qual foram estabelecidos dois requisitos para que um indivíduo pudesse adotar: a idade mínima de trinta anos de idade e cinco anos de matrimônio. Em 1965, a Lei 4.655 trouxe diversas mudanças substanciais ao caráter assistencial da adoção, caracterizando de forma mais efetiva a relação entre adotante e adotado.³⁴

É preciso destacar também a figura da legitimação adotiva, que, dentre outras características, fazia cessar os direitos e obrigações oriundos da família biológica do adotado. Ao editar a Lei 4.655/1965, o legislador avançou no tema, colocando o filho adotivo em vias de igualdade de direitos e garantias em relação ao filho biológico. Mais tarde, o Código de Menores — Lei 6.697/79 — fez com que a legitimação adotiva fosse substituída pela “adoção plena”, por essa razão, no ordenamento jurídico coexistiam duas formas de adoção: a plena e a simples.³⁵ Pode-se dizer que a “adoção plena” era aplicada aos menores de idade em

³² TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Fundamentos do direito civil: direito de família**. v. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 251-252.

³³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil - direito de família**. v. 5. 19. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 2011. p. 407.

³⁴ TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Fundamentos do direito civil: direito de família**. v. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 252.

³⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 328.

situação irregular e tinha como efeito a desvinculação do adotado da família originária, fazendo cessar os deveres resultantes do parentesco biológico; ao passo que na “adoção simples”, caracterizada como tradicional, o rompimento do vínculo não ocorria.³⁶

De acordo com Caio Mário da Silva Pereira, o instituto da “adoção plena” é

[...] uma criação do direito moderno, embora de reminiscências bizantinas (*affiliatio*), mediante a utilização de um processo mais complexo do que a “adoção simples”, porém revestido do alto mérito de proporcionar a integração da criança ou do jovem à família adotiva.³⁷

Ainda que essas legislações infraconstitucionais tenham caminhado no sentido de transformar o instituto da adoção em uma ferramenta cada vez mais voltado ao adotado, somente após a promulgação da CRFB/88 houve uma efetiva virada de pensamento. Esse fato ocorreu, sobretudo, pelo surgimento da proteção integral conferida às crianças e aos adolescentes, agora tidos como sujeitos de direitos.

Sobre o assunto, destaca-se também que foi inserida no texto constitucional a responsabilidade compartilhada entre Estado, família e sociedade na garantia dos direitos das crianças e adolescentes. A Carta Magna, em seu artigo 227, estipulou como prioridade absoluta, em qualquer situação, a opção que melhor contribua para o desenvolvimento digno desses sujeitos.

Ademais, vale lembrar que a Constituição modificou os parâmetros para a configuração de entidade familiar, além de estabelecer a igualdade em direitos e qualificações entre os filhos biológicos e adotivos. Basta uma leitura do artigo 227, § 6º para entender a nova dinâmica: “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”³⁸

Segundo Caio Mário da Silva Pereira, a adoção depois da Constituição da República de 1988 possui três aspectos predominantes: o primeiro é que a adoção perdeu seu caráter

³⁶ PEREIRA, Tânia da Silva. Adoção. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Fundamentos do direito civil: direito de família**. v. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 253.

³⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil - direito de família**. v. 5. 19. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 2011. p. 406.

³⁸ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html . Acesso em 20. jun. 2021.

contratualista, e, diante disso, o Poder Público tem a responsabilidade de prestar assistência aos atos da adoção, abandonando a noção de que esses eram praticados exclusivamente entre adotado e adotante. O segundo aspecto é que, sendo a adoção uma forma de adquirir filiação civil, não há mais espaço para se falar em distinção entre filhos adotados e não adotados no ordenamento jurídico brasileiro.³⁹

Por último, temos o terceiro aspecto, que caminha lado a lado do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, uma vez que a partir de 1988 passou a ser um dever de todos, não só do núcleo familiar, a responsabilidade de proteger e estimular o desenvolvimento saudável do menor de idade.⁴⁰

Com intuito de dar efetividade aos ditames constitucionais, em 1990, foi publicado o Estatuto da Criança e do Adolescente. Mesmo que tenha perdido aplicabilidade após a CRFB/88, o Código de Menores só foi revogado com o surgimento do ECA. A partir de então, o legislador começa a tratar a criança e o adolescente não mais como indivíduo em situação irregular, mas, sim, como “sujeito de direitos”.

Sobre o assunto, nas palavras de Lygia Ayres

O ECA, por todo o contexto em que foi produzido, se propõe a ser uma lei basicamente de garantia de direitos e proteção para toda a criança e adolescente. Longe de ser apenas a mudança de uma terminologia jurídica, a criança e o adolescente são tomados como sujeitos de direitos a serem respeitados e garantidos e vistos como responsabilidade da família, da sociedade e do Poder Público. Essas três instâncias entendidas como mecânicas que se entrelaçam e se constituem.⁴¹

Dentre os fundamentos estabelecidos no ECA, merece destaque o direito à convivência familiar e comunitária. A família é um dos pilares da sociedade e do indivíduo, a doutrina da proteção integral defende que a convivência familiar e comunitária se assemelha aos direitos fundamentais, como o direito à vida, à saúde, à educação, à alimentação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito e à liberdade.

³⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil - direito de família**. v. 5. 19. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 2011. p. 410-411.

⁴⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil - direito de família**. v. 5. 19. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 2011. p. 411.

⁴¹ AYRES, Lygia Santa Maria. **De menor a criança, de criança a filho: discursos de adoção**. 2005. 271 f. Tese (Doutorado em Psicologia Social). Instituto de Psicologia – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.p. 82. *apud* ANDRADE, Sabrina Renata. PIERINI, Alexandre José. GALLO, Zildo. **A trajetória jurídica da adoção no Brasil: análise do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) e da lei 12.010/09**. Revista Brasileira Multidisciplinar. v. 22, n.3. p. 65. 2019.

De acordo com a Convenção das Nações Unidas, sobre os Direitos da Criança,

[...] a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer nos seio de sua família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão. A Convenção acrescenta, ainda, que a família é um [...] grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e o bem-estar de todos os seus membros e em particular das crianças.⁴²

Tal direito não se limita ao fato de nascer e permanecer em uma família, pelo contrário, espera-se do ambiente familiar um lugar onde o menor de idade possa construir um vínculo afetivo forte e verdadeiro, desenvolvendo suas aptidões e que, ao fim, sejam introduzidos à sociedade, para que se torne, de fato, um cidadão.

No artigo 41 da Lei 8.069/90, está documentado que “a adoção atribui a condição de filho ao adotando, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”.⁴³ Ou seja, o ECA prevê, de forma expressa, que a adoção cria o vínculo de parentalidade entre adotante e adotado.

Além da definição de adoção, a redação do Estatuto da Criança e do Adolescente teve o cuidado de diferenciar a adoção de um negócio jurídico contratual qualquer, a adoção passou a ser irrevogável e constituída através de uma sentença proferida pelo Poder Judiciário.

Portanto, deve-se ressaltar que o ECA colocou como prioridade do processo de adoção o bem-estar da criança e do adolescente. Nesse sentido, a adoção não deve ser mais instrumentalizada para satisfazer os anseios das famílias que estão em busca de filhos, mas sim para inserir o menor de idade em núcleos familiares que promovam a ele um ambiente propício ao seu desenvolvimento saudável, garantindo a esse sujeito o direito fundamental à convivência familiar e comunitária.

1.4 As alterações trazidas pela Lei 12.010/09 — Lei Nacional de Adoção

⁴² BRASIL. **Decreto 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília, DF, 21 nov. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm . Acesso em: 21. jun. 2021.

⁴³ BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266 . Acesso em: 21. jun. 2021.

A fim de tratar o instituto da adoção de forma mais minuciosa, o legislador infraconstitucional editou a Lei 12.010/09, também chamada de Lei Nacional de Adoção. Esse compilado normativo revogou praticamente todos os artigos do Código Civil de 2002 que tratavam sobre adoção, restando apenas os artigos 1.618 e 1.619.

Como feito, a Lei Nacional da Adoção formalizou os cadastros de adoção, implementados pela Resolução nº 54 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ),⁴⁴ nos quais determinavam a realização do Banco Nacional de Adoção, com a finalidade de consolidar dados de todas as comarcas das unidades da federação. Dessa forma, tornou-se mais fácil o cruzamento de informações de crianças e adolescentes disponíveis com o registro de famílias aptas a adotar.

Atualmente, vigora o Sistema Nacional de Acolhimento, cuja finalidade é consolidar dados fornecidos pelos Tribunais de Justiça referentes ao acolhimento institucional e familiar, à adoção, incluindo as *intuitu personae*, e a outras modalidades de colocação em família substituta, bem como sobre pretendentes nacionais e estrangeiros habilitados à adoção.⁴⁵

Esta mesma Lei trouxe mais rigor sobre a institucionalização das crianças e adolescentes, estabelecendo o prazo máximo de seis meses para que haja uma reavaliação individual de cada menor de idade que vive em abrigo institucional ou programa de acolhimento. Tenta-se, assim, evitar o esquecimento desses indivíduos, uma vez que quanto mais tempo permanecerem nestas instituições, por mais tempo serão privados do direito fundamental à convivência familiar.

Foi estabelecido também que na hipótese de adoção de maiores de 18 anos, a atuação assistencial do Poder Público seria de vital importância no processo, aplicando-se, no que couber, as regras gerais do ECA.

Já no artigo 1º da Lei 12.010/09, o legislador prescreveu que a família natural deve ser prioritariamente valorizada na criação e educação do menor de idade. Isto posto, é necessário

⁴⁴ Revogada pela Resolução n.º 289/2019 que dispõe sobre a implantação e funcionamento do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento – SNA e dá outras providências.

⁴⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, **Resolução 289, de 14 de agosto de 2019**. Brasília, DF, 14. ago. 2019. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_289_14082019_15082019141539.pdf . Acesso em: 15. nov. 2021.

salientar que a família entendida como a formação apenas da figura dos pais e do filho, não é suficiente para abarcar os diversos formatos familiares atuais, especialmente pela crescente mobilidade das relações afetivas e sociais das pessoas.

Por essa razão, a Lei Nacional da Adoção acrescentou ao ECA, no parágrafo único do artigo 25, o conceito de família extensa ou ampliada, sendo entendida como “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”.⁴⁶

A família ampliada deve ser o primeiro caminho alternativo à família natural, só depois de esgotados os meios de reintegração e manutenção do menor de idade no ambiente familiar biológico é que pode-se cogitar a família substituta, mediante adoção, tutela ou guarda.⁴⁷ A retirada da criança e do adolescente do ambiente conhecido por ele, mesmo que este seja negativo ao seu desenvolvimento, para um núcleo desconhecido, pode gerar diversos traumas, por isso, o legislador teve o cuidado de estabelecer a inclusão em família substituta como caráter excepcional.

Para Maria Berenice Dias, a chamada Lei da Adoção não consegue alcançar os seus propósitos: “em vez de agilizar a adoção, acaba por impor mais entraves para sua concessão, tanto que onze vezes faz referência à prioridade da família natural.”⁴⁸ A autora faz críticas ao mencionar que

[...] perdeu o legislador uma bela chance de explicitamente admitir - como já vem fazendo a jurisprudência — a adoção homoparental. Nada, absolutamente nada, justifica a omissão. Para conceder a adoção conjunta, de modo pouco técnico, fala a lei em “casados civilmente” (ECA 42, § 2º). Ora, quem não é legalmente casado, casado não é! Também é confrontado o preceito constitucional ao ser exigida a comprovação documental da união estável (ECA 197-A, III). Trata-se de situação fática que se caracteriza pela convivência entre pessoas que têm o desejo de, entre si, constituir família. É o que basta. Não requer prova escrita. De qualquer modo,

⁴⁶ BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266 . Acesso em: 21. jun. 2021.

⁴⁷ Art. 1º. § 2º Na impossibilidade de permanência na família natural, a criança e o adolescente serão colocados sob adoção, tutela ou guarda, observadas as regras e princípios contidos na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e na Constituição Federal.

⁴⁸ DIAS, Maria Berenice. **O lar que não chegou**. 2009. Disponível em: <https://berenicedias.com.br/o-lar-que-nao-chegou/> . Acesso em: 16 out. 2021.

apesar da aparente limitação, tais dispositivos não impedem que casais homoafetivos continuem constituindo família com filhos por meio da adoção.⁴⁹

Embora tenha sido omissa em alguns aspectos, pode-se dizer que a Lei 12.010/09 ratificou os dispositivos contidos na Constituição da República de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente, trazendo também modificações relevantes que estruturam o tratamento da adoção no atual ordenamento jurídico brasileiro.

Posteriormente, em 2018, foi sancionada a Lei 13.509, que alterou aspectos do Estatuto da Criança e do Adolescente, da Consolidação das Leis do Trabalho e do Código Civil. Em linhas gerais, tais modificações concentraram-se na “questão dos prazos, bem menores, para o trâmite dos processos de adoção, além de procedimentos simplificados para a entrega da criança em questão”.⁵⁰

A Lei 13.509/18 estabeleceu, ainda, que a partir do dia seguinte ao término do estágio de convivência os detentores da guarda possuem quinze dias para ajuizar a ação de adoção. Ainda sobre o estágio de convivência, estipulou o prazo máximo de noventa dias para sua permanência, podendo ser prorrogado por até igual período, a depender das especificidades do caso.

1.5 Procedimento e fases da adoção

Caio Mário da Silva Pereira conceitua a adoção como um “ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim”.⁵¹ Já Maria Helena Diniz estabelece que a adoção é “ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco sanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação”.⁵²

⁴⁹ DIAS, Maria Berenice. **O lar que não chegou**. 2009. Disponível em: <https://berenicedias.com.br/o-lar-que-nao-chegou/>. Acesso em: 16 out. 2021.

⁵⁰ DORETTO, Fernanda Orsi Baltrunas. **Responsabilidade civil nos processos de adoção**. In: **Responsabilidade civil e direito de família: o direito de danos na parentalidade e conjugalidade**. São Paulo: Editora Foco, 2021. p. 69-80.

⁵¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil - direito de família**. v. 5. 19. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 2011. p. 407.

⁵² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. v. 5. 22. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 483.

No mesmo sentido, Maria Berenice Dias aponta que a “adoção cria um vínculo fictício de paternidade-maternidade-filiação entre pessoas estranhas, análogo ao que resulta da filiação biológica”.⁵³ Para além da sua conceituação jurídica, faz-se necessário ratificar que a adoção é utilizada como instrumento para garantir a diversas crianças e adolescentes o direito fundamental à convivência familiar e comunitária:

A adoção é um ato de comprometimento que exige dedicação, responsabilidade e amparo afetivo. Quando promovida de forma responsável, resulta em uma ação bem-sucedida, na qual ambas as partes encontram refúgio e oportunidade de suprirem suas necessidades – dos adotantes, de exercerem a paternagem/maternagem e do adotado, de ter um ambiente familiar seguro, estável e com muito afeto para que possa se desenvolver de maneira saudável e feliz.⁵⁴

Atualmente, a adoção é orientada pela CRFB/88, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, pelo Código Civil de 2002 (artigos 1.618 e 1.619) e pelas Leis 12.010/09 e 13.509/18. Em regra, estabeleceu-se que qualquer pessoa que tenha mais de 18 anos de idade, seja ela casada, solteira ou em união estável, pode adotar uma criança ou um adolescente.⁵⁵ Além disso, é preciso que o adotante seja no mínimo 16 anos mais velho que o sujeito que pretende adotar.⁵⁶

O início do processo de adoção é impulsionado pela vontade unilateral por parte do adotante, que procura o Poder Judiciário para dar início à ação de adoção. A fiscalização do Estado ocorre por todo o processo, demonstrando, assim, o interesse público que esse instituto possui para a sociedade.

A primeira fase do processo de adoção ocorre com a petição de habilitação ajuizada perante a Vara de Infância e Juventude da Comarca do domicílio do adotante. Essa petição deve vir acompanhada da qualificação completa dos adotantes, de atestados de sanidade física e mental, do comprovante de renda e da certidão negativa de distribuição cível, dentre outras informações de cunho pessoal que estão dispostas no artigo 197-A do ECA.⁵⁷

⁵³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 328-329.

⁵⁴ BARROS, Juliana Fernanda de. RIBEIRO, Priscila Weiler. SOUZA, Lorena de Freitas. **Os aspectos psicológicos da criança e do adolescente na adoção tardia**. Psicologia: Ciência e Profissão, v. 41, p. 3.

⁵⁵ PARANÁ, Ministério Público do. **Adoção: um encontro de amor**. Disponível em: <https://mppr.mp.br/pagina-6099.html>. Acesso em: 01. fev. 2022.

⁵⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 365.

⁵⁷ BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266. Acesso em: 21. jun. 2021.

Em seguida, o processo será encaminhado ao Ministério Público que poderá, em cinco dias (I) apresentar quesitos a serem respondidos pela equipe interprofissional encarregada de elaborar o estudo técnico; (II) requerer a designação de audiência para a oitiva dos postulantes em juízo e testemunhas; e (III) requerer a juntada de documentos complementares e a realização de outras diligências que entender necessárias.⁵⁸

Antes de o pedido de habilitação ser analisado pela autoridade judiciária, o adotante deve passar por uma avaliação com equipe interdisciplinar. Busca-se nessa fase conhecer as motivações e expectativas do candidato à adoção, a condição do postulante de receber um menor de idade na condição de filho, conhecer o lugar onde a criança se estabelecerá, conhecer a dinâmica sociofamiliar e também orientar o próprio adotante sobre o processo.⁵⁹

O Conselho Nacional de Justiça menciona, ainda, que, sempre que possível, é recomendável que os pretendentes à adoção passem pelos programas de preparação oferecidos pela Justiça da Infância e da Juventude. Em suma:

A participação no programa é requisito legal, previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), para quem busca habilitação no cadastro à adoção. O programa pretende oferecer aos postulantes o efetivo conhecimento sobre a adoção, tanto do ponto de vista jurídico quanto psicossocial; fornecer informações que possam ajudar os postulantes a decidirem com mais segurança sobre a adoção; preparar os pretendentes para superar possíveis dificuldades que possam haver durante a convivência inicial com a criança/adolescente; orientar e estimular à adoção interracial, de crianças ou de adolescentes com deficiência, com doenças crônicas ou com necessidades específicas de saúde, e de grupos de irmãos.⁶⁰

Concluída a preparação, a equipe interdisciplinar juntará ao processo o laudo com as devidas ponderações e, com base nessa informação e no parecer elaborado pelo Ministério Público, o magistrado decidirá acerca do pedido de habilitação. Com o deferimento desta, os postulantes serão inscritos no Cadastro de Adoção da Comarca em que solicitaram habilitação e no Cadastro Nacional da Adoção.⁶¹

⁵⁸ BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266 . Acesso em: 21. jun. 2021.

⁵⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: **Passo a passo da adoção**. 2019. Brasília. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoaes/adocao/passo-a-passo-da-adocao/> Acesso em: 13. set. 2021.

⁶⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: **Passo a passo da adoção**. 2019. Brasília. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoaes/adocao/passo-a-passo-da-adocao/> Acesso em: 13. set. 2021.

⁶¹ Excepcionalmente, o artigo 50, § 13 estabelece que “Somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente nos termos desta Lei quando: I - se tratar de pedido de adoção unilateral; II - for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de

Após habilitado, o adotante entrará na fila de espera para aguardar a disponibilidade da criança ou do adolescente compatível com o perfil desejado. Havendo o cruzamento de perfis, a Vara da Infância e da Juventude entrará em contato com o candidato para saber se este tem interesse em continuar o processo com o perfil pareado.

Sendo positiva a resposta, inicia-se o estágio de convivência previsto no artigo 46 da Lei 8.069/90. A partir de então, os laços afetivos entre adotante e menor de idade começam a surgir, uma vez que é neste momento em que eles se conhecem e começam a estabelecer convivência familiar entre si.

O período de convivência gira em torno de noventa dias, nesse estágio, o juiz defere a guarda provisória ao adotante. A dinâmica estabelecida durante a convivência tem como fundamento criar para a criança ou para o adolescente um ambiente seguro. Dimas Messias de Carvalho afirma:

O estágio de convivência pelo prazo que o juiz fixar é fundamental para verificar se o adotando se adaptou à família e se os adotantes realmente estão preparados para assumir o filho afetivo, sendo imprescindível para demonstrar a conveniência do deferimento do vínculo, o que deve ser acompanhado por profissionais especializados e ao final apresentar relatório de estudo social, fornecendo subsídios da situação de fato para o magistrado deferir a adoção com segurança (art. 46, §4º, ECA).⁶²

Quando o estágio de convivência for concluído satisfatoriamente para as partes envolvidas, o juiz, após analisar os documentos juntados nos autos do processo e se entender que é possível a adoção no caso concreto, profere sentença judicial de natureza constitutiva, que produzirá seus efeitos após o trânsito em julgado — exceto quando houver o falecimento do adotante no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença, caso em que terá força retroativa à data do óbito, segundo disposto no artigo 47, §7º do ECA.⁶³

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

⁶² CARVALHO, Dimas Messias de. **Adoção e Guarda**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 24. *apud* COIMBRA, Natalia Mansur. **O procedimento adotivo no direito brasileiro**. Trabalho de Conclusão de Curso. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2012. s/p.

⁶³ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em: 21. jun. 2021.

A sentença judicial é averbada no registro civil, sendo o seu conteúdo irrevogável. Dessa forma, a adoção gera o vínculo de parentesco entre adotante e adotado, chamado de vínculo cível, sendo equiparado em direitos e deveres ao parentesco biológico, conforme preconizado pela Constituição da República de 1988.⁶⁴

Apesar da cautela estatal ao longo das fases processuais, ainda existem casos em que os adotantes desistem da adoção durante o estágio de convivência familiar ou, até mesmo, após o trânsito em julgado da sentença constitutiva, quando o vínculo de parentesco já está construído. Diante desse cenário, busca-se compreender se há incidência de responsabilidade civil nessas situações.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL E O DIREITO DE FAMÍLIA

2.1 Considerações acerca da responsabilidade civil e sua aplicação dentro das relações familiares

Antigamente, os conflitos eram resolvidos de forma primitiva por meio da autotutela, onde a força tinha o papel fundamental na resolução da divergência. Nos dias atuais, o instituto da responsabilidade civil presente em vários ordenamentos jurídicos, inclusive no brasileiro, fornece uma sistemática mais justa para auxiliar a solução dos conflitos em sociedade.

Na vida cotidiana, é comum que surjam situações em que um indivíduo prejudique outro, seja por meio de uma ação ou omissão. São nessas ocasiões em que a responsabilidade civil se faz necessária, sendo aplicada como uma tentativa de responsabilizar comportamentos contrários à ordem jurídica — com a finalidade de punir o ofensor pelos seus atos e restituir ou indenizar o ofendido pelas lesões sofridas. Nas palavras de Silvio de Salvo Venosa:

O termo responsabilidade civil é utilizada em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato, ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar. Desse modo o estudo da responsabilidade civil abrange todo o conjunto de princípios e normas que regem a obrigação de indenizar.⁶⁵

⁶⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 367.

⁶⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 12. ed., São Paulo: Atlas, 2012. p. 01.

Para José de Aguiar Dias, a responsabilidade é o “resultado da ação pela qual o homem expressa o seu comportamento, em face desse dever ou obrigação”.⁶⁶ Já Farias, Rosenvald e Peixoto entendem que “a responsabilidade civil é uma obrigação de reparar danos, sejam ele patrimoniais ou existenciais”.⁶⁷

Ao conceituarem responsabilidade civil, os autores costumam ligar esse instituto ao da obrigação, isso porque o estudo da responsabilidade é parte integrante do direito obrigacional. Para uma melhor compreensão, elucida-se que a obrigação é um vínculo jurídico originário, ao passo que a responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo. Ou seja, a responsabilidade civil manifesta-se como consequência do descumprimento de uma obrigação originária.⁶⁸

O legislador brasileiro responsável pela elaboração do diploma civil tratou da responsabilidade civil, principalmente, no Título IX da Parte Especial e nos artigos 186 e 187 da Parte Geral do Código Civil de 2002. Distintivamente do Código Civil de 1916 — que era influenciado pelo Código Napoleônico de 1804 e, portanto, inspirado nos ideais da culpabilidade —, o Código Civil de 2002, através do artigo 927, adotou a teoria do risco e criou uma cláusula geral da responsabilidade objetiva.⁶⁹ A partir de então, passou-se a ser admitida não só a responsabilidade com culpa, mas também a sem culpa.

Outra modificação relevante estabelecida pelo referido diploma civil é o dever de indenizar como obrigação autônoma — tal interpretação é retirada dos artigos 927 e seguintes. A partir de então, o próprio texto normativo impõe esse dever como consequência da prática de um ato ilícito.⁷⁰

A Constituição da República de 1988, assim como a Lei Civil, norteia a aplicação e a interpretação da responsabilidade civil. A promulgação da atual constituinte é um marco

⁶⁶ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 12. ed., rev. atual. de acordo com o Código Civil de 2002, aumentada por Rui Berford Dias. Imprensa: Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2012. p. 02.

⁶⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 4. ed., rev., atual. ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 84.

⁶⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio, **Programa de responsabilidade civil**, 11. ed., rev. ampl., São Paulo: Atlas, 2014, p. 14.

⁶⁹ NAVEGA, Leandro. **Expansão da responsabilidade civil objetiva: análise da (in)adequação da inserção no ordenamento jurídico de uma cláusula geral de responsabilidade objetiva**. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 66, out./dez. 2017. p. 110.

⁷⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Responsabilidade civil no novo código civil**. Revista da EMERJ, v. 6, n. 24, 2003. p. 34-35.

dentro do ordenamento jurídico, uma vez que ela apresenta conceitos primordiais que influenciam tanto o direito público quanto o privado. Assim, ao estabelecer a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito no artigo 1º, inciso III,⁷¹ o legislador ratificou o distanciamento da responsabilidade civil ligada somente à função punitiva e fortaleceu a função reparatória desse instituto.⁷²

Seguindo esse raciocínio, Gustavo Tepedino afirma que, em sua concepção atual, “a responsabilidade civil deixa, gradativamente, de se vincular à punição do agente ofensor, e passa a se relacionar ao princípio elementar de que o dano injusto, assim entendida a lesão a interesse jurídico merecedor de tutela, deve ser reparado”.⁷³

Paralelamente, o texto constitucional estabeleceu que um dos objetivos da República Federativa do Brasil é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária — adotando, dessa forma, o princípio da solidariedade como vetor da ordem jurídica. De tal maneira, busca-se uma visão mais próxima ao bem comum, à igualdade substancial e à justiça distributiva.⁷⁴ Essa diretriz serve de interpretação para todo o Direito Civil, inclusive, a responsabilidade civil.

Em face do exposto, fica perceptível que a nova roupagem instituída pelos diplomas civil e constitucional colocou a reparação da vítima como objetivo central da responsabilidade civil. Assim, a punição “parece ter sido reservada, preferencialmente, ao direito penal, o qual se fundamenta em pressupostos diversos, entre os quais se destaca a exigência da tipicidade da conduta”.⁷⁵ Além disso, o legislador flexibilizou as hipóteses de aplicação desse instituto, sendo possível agora a caracterização de responsabilidade civil sem que haja comprovação de culpa — o que será tratado mais à frente.

⁷¹ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html . Acesso em 03. fev. 2022.

⁷² TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos de direito civil – Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 4. p. 2.

⁷³ TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos de direito civil – responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 4. p. 2.

⁷⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 4. ed., rev., atual. ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 44.

⁷⁵ CALIXTO, Marcelo Junqueira; KONDER, Cíntia Muniz de Souza. **O estatuto jurídico do patrimônio mínimo e a mitigação da reparação civil** In: EHRHARDT JUNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths (Coord.). **Transformações no direito privado nos 30 anos da Constituição: Estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin**. Belo Horizonte: Forum, 2019, p. 495.

No que diz respeito à aplicação desse instituto no Direito de Família, Sérgio Cavalieri Filho pontua que “a responsabilidade civil é uma espécie de estuário onde deságuam todos os rios do Direito: público e privado, material e processual”.⁷⁶ Porém, nem sempre foi assim.

Por muito tempo prevaleceu a ideia de que as consequências jurídicas geradas pelos conflitos conjugais e familiares não deveriam ter repercussão no Poder Judiciário brasileiro. No passado, esse pensamento se manteve em função de uma crença social que defendia a natureza íntima das relações familiares, ou seja, a instituição familiar era vista como intocável, e qualquer possibilidade de conflito e dissolução deste fora da esfera doméstica era malvisto. Como o direito reflete os valores éticos e morais vigentes na sociedade, não havia espaço para discutir deveres e obrigações familiares na seara pública.

Para fazer frente às desigualdades que permeavam a estrutura patriarcal das famílias, o constituinte tutelou a dignidade da pessoa humana e garantiu às crianças e aos adolescentes absoluta prioridade de tratamento não só pelo núcleo familiar, mas também pela sociedade. Sobre o tema, destacam-se os ensinamentos de Maria Celina Bodin de Moraes:

Do ponto de vista do direito de família, a proposta de constitucionalização dá sinais de ampla e acelerada consolidação, tendo tomado por base a cláusula geral de tutela da pessoa humana, bem como dois marcantes dispositivos constitucionais: o art. 226, §5º da Constituição, que estabeleceu a igualdade dos cônjuges no casamento, e o art. 227, que atribuiu aos filhos a posição de centralidade no grupo familiar, garantindo “absoluta prioridade” às crianças e aos adolescentes.⁷⁷

Contemporaneamente, o conceito de família passa a ser baseado nos pilares da democracia, da liberdade, da igualdade e do respeito recíproco.⁷⁸ O modelo tradicional, que era pautado na irresponsabilidade das relações familiares, é substituído por um modelo familiar que proporciona direitos, mas também cobra o cumprimento de obrigações.

Com a promulgação da Constituição da República de 1988, a reparabilidade dos danos causados dentro do espaço familiar começou a ganhar espaço no Poder Judiciário. Porém, somente a partir da década de 2000 o instituto da responsabilidade civil aplicado às relações

⁷⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Responsabilidade civil no novo código civil**. Revista da EMERJ, v. 6, n. 24, 2003. p. 33.

⁷⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. **A nova família, de novo – estruturas e função das famílias contemporâneas**. Pensar, Fortaleza, v. 18, n. 2, mai./ago. 2013. p. 588.

⁷⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. **A nova família, de novo – estruturas e função das famílias contemporâneas**. Pensar, Fortaleza, v. 18, n. 2, mai./ago. 2013. p. 592.

familiares obteve um crescimento considerável nos julgados proferidos pelos Tribunais Estaduais e pelas Cortes Superiores.⁷⁹

O ambiente familiar faz com que o indivíduo fique sujeito a diversas relações interpessoais, seja por meio de contratos firmados ao longo da vida, como é o caso da união estável e do casamento, ou por meio de vínculos firmados desde o nascimento, como o parentesco biológico. Ainda que o casamento e a união estável sejam as principais figuras mencionadas quando o assunto é responsabilidade civil no âmbito familiar, as relações entre pais e filhos também são contempladas pelo instituto.

Nesse sentido, o artigo 229 da Constituição da República de 1988 ratifica o dever dos pais em assistir, criar e educar os próprios filhos.⁸⁰ Por outro lado, o mesmo artigo normativo estabelece que os filhos devem amparar seus pais quando esses atingirem a velhice, a carência ou a enfermidade.⁸¹

Da mesma forma que o Estatuto da Criança e do Adolescente disciplina no ordenamento jurídico diversos deveres da família para com o menor de idade, o Estatuto do Idoso dispõe o dever dos filhos de prestar amparo alimentar aos pais quando comprovada a incapacidade de subsistência deles. Apesar de não possuírem, em regra, valor pecuniário, tais direitos e obrigações quando excedidos ou descumpridos geram danos que devem ser reparados ou indenizados. Nessa toada, verifica-se os ensinamentos da Ministra Nancy Andrighi:

Aquí não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos. O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião. O cuidado, distintamente, é tizado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever. A comprovação que essa imposição legal foi descumprida implica, por certo, a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão, pois na hipótese o *non facere*

⁷⁹ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Responsabilidade civil nas relações familiares**. Revista Jurídica FA7, Fortaleza, v. 17, n. 2, maio/ago. 2020. p. 103.

⁸⁰ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html. Acesso em 03. fev. 2022.

⁸¹ REIS, Clayton; SIMOES, Fernanda Martins. **As relações familiares sob a ótica da responsabilidade civil brasileira**. Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 11, n. 2, jul./dez. 2011. p. 583.

que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal.⁸²

Não é pacífico na doutrina o alcance da ilicitude nas relações familiares, ela se divide em duas correntes. Há quem defenda que a responsabilização só é possível quando ocorre a prática de um ato ilícito, nas hipóteses previstas no artigo 186, em conjunto com o artigo 927, ambos do Código Civil.⁸³ Em contrapartida, a outra parcela da doutrina entende que, para além da reparação de um ilícito, a responsabilidade civil também pode ser aplicada quando ocorre uma violação dos deveres conjugais, conforme previsto no artigo 1.566 do diploma civil.⁸⁴⁻⁸⁵

O presente estudo entende que a simples violação de um dever familiar não pode ser, em regra, objeto de responsabilização, uma vez que esse cenário poderia acarretar o uso indiscriminado do instituto. Porém, há obrigações que ao serem descumpridas acarretam inúmeros danos ao lesado, como no caso do abandono afetivo. Nessa situação, o responsável pelo menor de idade descumpra diversas obrigações impostas pelo poder familiar, além de possivelmente acarretar danos irreparáveis à criança ou adolescente. Dessa forma, deve o magistrado ponderar o caso concreto para analisar se houve, efetivamente, uma conduta passível de responsabilização.

Tal como a conduta ilícita, a comprovação do dano é requisito imprescindível à constituição da responsabilidade civil na seara familiar. À vista disso, convém sublinhar que “não existindo dano, para o Direito Privado o ato ilícito é irrelevante”.⁸⁶ A responsabilidade civil aplicada, atualmente, transaciona no campo valorativo a ponto de reconhecer a possibilidade de o ilícito gerar um dano patrimonial, mas também existencial. Isso ocorre porque foi legitimado, a partir da dignidade da pessoa humana, que o abalo significativo na moral e no psicológico do indivíduo pode gerar danos tão profundos como os patrimoniais.

No entanto, não é qualquer conduta que ensejará dano moral, eis que não existe ilicitude no ato de não amar alguém. Para Maria Berenice Dias:

⁸² STJ, 3ª Turma, **Recurso Especial 1.159.242/SP**, Relatora Ministra Nancy Andrighi. j. 24 mar. 2012.

⁸³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 7. ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 128.

⁸⁴ BRASIL, Código Civil. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em: 03. fev. 2022.

⁸⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 7. ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 128.

⁸⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 555.

É difícil vencer a controvérsia sobre a responsabilidade civil por ato praticado no âmbito do Direito das Famílias, uma vez que a resposta deve levar em linha de conta inúmeros fatores de ordem jurídica e até moral. Cabe ao juiz ponderar os valores éticos em conflito, não podendo deixar de perceber que, na especialidade da relação fundada no amor, o desaparecimento da afeição não pode ser, por si, causa de indenização⁸⁷.

Isso posto, conclui-se que tanto a doutrina como a jurisprudência brasileira têm consagrado a possibilidade de responsabilização civil dentro do Direito de Família. Assim como em toda relação, nos arranjos familiares as pessoas são sujeitos de direitos e deveres e, portanto, devem reparar o dano causado quando desrespeitam e descumprem obrigações impostas. A partir disso, é necessário entender os pressupostos do dever de reparar.

2.2 Os pressupostos do dever de reparar

Antes de se debruçar sobre os pressupostos, é preciso dar um passo atrás e fazer algumas considerações acerca do instituto em análise. No ordenamento jurídico brasileiro, a responsabilidade civil é classificada em função da culpa e da natureza jurídica. No primeiro caso, ela pode ser especificada em subjetiva e objetiva. Assim, enquanto na responsabilidade subjetiva é preciso provar a culpa do agente, na responsabilidade objetiva não há necessidade para tal.

Já com relação à natureza jurídica, existe a responsabilidade contratual e a extracontratual. A primeira se apresenta na desobediência ou inadimplemento de um contrato, enquanto a segunda ocorre através da prática de um ato ilícito, um inadimplemento normativo.⁸⁸

Sobre o ato ilícito, vigora a regra geral que dispõe que este é fato gerador da responsabilidade civil. Em sua concepção objetiva, a ilicitude é compreendida como conduta contrária à ordem jurídica, ao passo que, no seu aspecto subjetivo, o foco é em relação ao juízo de valor da conduta praticada.⁸⁹

⁸⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2021. p. 133.

⁸⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 30-31

⁸⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 22-23.

Realizadas as considerações, retorna-se ao tratamento do assunto principal do subcapítulo. Ao disciplinar a responsabilidade civil, o Código Civil de 2002 dispôs no artigo 186 o seguinte comando legal: aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.⁹⁰ Posteriormente, o artigo 927 estabeleceu que o indivíduo que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.⁹¹ A simples leitura desses dois dispositivos permite que sejam identificados os três pressupostos da responsabilidade civil: ação, comissiva ou omissiva, dano e nexos de causalidade.⁹²

A condição primária de todo ato ilícito é a conduta humana definida como um comportamento voluntário do indivíduo que se manifesta através de uma ação ou omissão. Em regra, na responsabilidade civil é necessário que a conduta seja culposa. Contudo, com o surgimento da responsabilidade objetiva através do Código Civil de 2002, a culpa deixou de ser elemento essencial na configuração deste instituto. A partir de então, o prejuízo passou a ser imputado ao agente que causou o evento danoso, tenha ele agido ou não com culpa.⁹³

A responsabilidade civil objetiva é baseada no risco, nesses casos dispensa-se a comprovação de dolo ou culpa do agente, sendo apenas necessário a existência do nexos de causalidade que vincule a conduta ao dano. Porém, não sendo hipótese fundada no risco, é necessária a existência de atividade culposa para que haja ato ilícito. Para Maria Helena Diniz:

O ato ilícito é o praticado culposamente em desacordo com a norma jurídica, destinada a proteger interesses alheios; é o que viola direito subjetivo individual, causando prejuízo a outrem, criando o dever de reparar tal lesão. (...) o ilícito tem duplo fundamento: a infração de um dever preexistente e a imputação do resultado à consciência do agente. Portanto, para sua caracterização é necessário que haja uma ação ou omissão voluntária, que viole norma jurídica protetora de interesses alheios ou um direito subjetivo individual, e que o infrator tenha conhecimento da ilicitude de seu ato, agindo com dolo, se intencionalmente procura lesar outrem, ou culpa, se

⁹⁰ BRASIL, Código Civil. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em: 03. fev. 2022.

⁹¹ BRASIL, Código Civil. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em: 03. fev. 2022.

⁹² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade de civil.** 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. p. 37-38.

⁹³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil.** 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 187.

consciente dos prejuízos que advêm de seu ato, assume o risco de provocar evento danoso.⁹⁴

A culpa tem acepções diferentes no âmbito civil e penal. No primeiro caso, a ilicitude é orientada por sua acepção objetiva, ou seja, a prática de um comportamento contrário à ordem jurídica. Já na seara penal, é posto em evidência o aspecto subjetivo da culpa, com uma valoração em termos personalíssimos.⁹⁵

Adiante, não há responsabilidade civil sem a existência de dano — elemento esse que pode ser compreendido como prejuízo. Em linhas gerais, o dano é classificado em patrimonial ou material, quando o prejuízo recai, de forma direta, no patrimônio do lesado, mas também pode ser moral, quando a conduta lesiva atinge os direitos da personalidade de outrem.⁹⁶ Há, ainda, o dano estético, que decorre quando o ato lesivo gera deformidades físicas que alteram a aparência do indivíduo de forma permanente.

No que diz respeito ao dano material, a sua configuração é de fácil compreensão pelos julgadores, ele é subdividido em danos emergente e lucros cessantes. Os danos emergentes são prejuízos materiais efetivamente sofridos pelo indivíduo lesado, ao passo que os lucros cessantes correspondem ao valor que a vítima deixou de receber devido à conduta danosa.

Por outro lado, a possibilidade de reparação por danos morais foi razão de grande discussão na doutrina e jurisprudência brasileira, por muito tempo prevaleceu o pensamento da suposta irreparabilidade. No entanto, a CRFB/88 cessou tal debate, ao incluir em seu artigo 5º, inciso X, o direito à indenização pelo dano moral. Ainda assim existe dissenso em relação a sua mensuração e em quais hipóteses esse dano se configura.

No estudo da responsabilidade civil, a regra geral é a de que incide dano moral quando ocorre “lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela”.⁹⁷ Seguindo a mesma linha de raciocínio, Sérgio Cavalieri Filho aponta:

⁹⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade de civil**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 40.

⁹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 7. ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 193.

⁹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 67.

⁹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 7. ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 301.

[...] só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo a normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo.⁹⁸

A doutrina majoritária caminha no sentido de entender o dano moral como lesão aos direitos da personalidade. Sob a mesma perspectiva, Carlos Alberto Bittar sinaliza que os danos morais se qualificam “em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade em que repercute o fato violador, havendo-se, portanto, como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana”.⁹⁹ Essa é a ideia que mais se aproxima do conceito aplicado nos tribunais brasileiros.

Assim sendo, conclui-se que o dano moral tutela a dignidade da pessoa humana, que deve ser sempre levada em consideração na ponderação dos valores jurídicos que eventualmente possam conflitar. No entanto, a responsabilidade de reparar não pode ser avaliada de forma trivial; é necessário que seja realizada uma análise apurada do fato gerador do dano para verificar se não foi o caso de mero aborrecimento.

No que diz respeito à mensuração do dano, para tentar evitar que os critérios subjetivos do julgador afetassem o valor da indenização a título moral, o Superior Tribunal de Justiça consolidou jurisprudência no sentido de considerar o método bifásico para a fixação do *quantum* indenizatório.¹⁰⁰ Como o próprio nome sugere, esse método se divide em duas fases: na primeira, o julgador fixa um valor baseado nos precedentes judiciais que se assemelham ao bem jurídico violado. Já na segunda fase, “o método propõe uma modulação do valor-base atribuído na primeira fase de acordo com as peculiaridades do caso. Para isso, são aplicados alguns critérios que permitem o aumento ou a diminuição do valor-base de acordo com a

⁹⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 111.

⁹⁹ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. Imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994. p. 41. *apud* ANDRADE, André Gustavo C. de. **A evolução do conceito de dano moral**. Revista da EMERJ, v. 6, n. 24, 2003. p. 150.

¹⁰⁰ STJ, 3ª Turma, **Recurso Especial 1.152.541/RS**, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. j. 13. set. 2011.

incidência e peso do critério”.¹⁰¹ Desse modo, assegura-se uma razoabilidade na decisão dos tribunais brasileiros.

Sendo assim, é preciso ater-se à relevância do dano, pois sua aplicação indiscriminada obstaculizaria o propósito da responsabilidade civil, tornando a harmonia social impossível. Já a legitimidade para pleitear a sua reparação é, em regra, da própria vítima; porém, em determinadas situações, o ordenamento jurídico também legitima que o polo ativo da demanda seja composto por pessoas próximas ao ofendido que tenham sido atingidas indiretamente pelo evento danoso.

Por fim, apresenta-se o nexo de causalidade, que é definido como vínculo que liga a conduta ao dano. Sergio Cavalieri Filho leciona que “o nexo de causalidade é elemento indispensável em qualquer espécie de responsabilidade civil. Pode haver responsabilidade sem culpa”,¹⁰² mas não pode haver responsabilidade sem nexo de causalidade. A sua existência se faz necessária tanto na responsabilidade objetiva, como na subjetiva.¹⁰³

O nexo entre a conduta humana e o dano é essencial para a configuração, ou não, da hipótese de reparação. Portanto, mesmo que tenha ocorrido lesão, se não houver a percepção nítida do nexo de causalidade no caso concreto, o lesado pode ficar sem a reparação ou indenização. Esta é a primeira função desempenhada pelo nexo causal: responsabilizar o agente causador do dano. Em outras palavras, ao vincular a conduta humana ao dano, o nexo de causalidade não deixa dúvida a respeito do sujeito que efetivou o comportamento lesivo. A segunda função do nexo de causalidade é a de determinar a extensão do dano, servindo como medida de reparação.¹⁰⁴

Não há unanimidade por parte da doutrina nem por parte da jurisprudência no que diz respeito à teoria explicativa do nexo de causalidade adotada pelo Código Civil de 2002.

¹⁰¹ FAMPA, Daniel Silva. PENNA, João Vitor. **O método bifásico de quantificação das indenizações por danos morais: apontamentos a partir da jurisprudência do STJ**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/360601/o-metodo-bifasico-de-quantificacao-das-indenizacoes-por-danos-morais>> Acesso em: 09. jul. 2022.

¹⁰² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 63.

¹⁰³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 7. ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 193.

¹⁰⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: famílias**. 7. ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 405.

Porém, entende-se que o Código Civil optou pela teoria da causalidade direta ou imediata. Em resumo, a partir do seu entendimento só seriam causas aquelas vinculadas ao dano, direta e imediatamente.¹⁰⁵

Ocorre que a análise estrita dessa teoria faz com que se exclua a possibilidade de danos reflexos, por essa razão, houve uma evolução de pensamento que deu origem à subteoria da *necessariedade*.¹⁰⁶ Essa subteoria defende que “é indenizável todo o dano que se filia a uma causa, ainda que remota, desde que ela lhe seja causa necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano.”¹⁰⁷

Sob outra perspectiva, os tribunais brasileiros fundamentam suas decisões com base na teoria da *necessariedade* da causa. Nas palavras de Gustavo Tepedino, os tribunais “costumam invocar a causalidade/adequada, investigando, contudo, em concreto, qual a causa mais adequada ou eficiente — ou seja, necessária — para a produção do dano, distanciando-se, portanto, inteiramente, da construção antes exposta relativamente à causalidade adequada”.¹⁰⁸ Essa teoria defende que deve ser considerada causa do dano a condição que se apresenta adequada a produzi-la, mesmo que de forma abstrata.¹⁰⁹

Ante o exposto, ressalta-se que a responsabilidade no Direito de Família segue os mesmo ditames legais que a responsabilidade civil aplicada em outros ramos do direito privado. Assim, para que haja reparação civil é necessária a configuração de uma conduta, um dano e o nexo de causalidade vinculando os dois elementos anteriores.

Ainda que sua aplicação seja possível, surgem situações que envolvem responsabilidade civil e relações familiares que fogem da regra, o que gera dissenso por parte da doutrina e jurisprudência. Exemplo disso é a possibilidade de responsabilização em situações que a falta

¹⁰⁵TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos de direito civil – responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 4. p. 90.

¹⁰⁶TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos de direito civil – responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 4. p. 90.

¹⁰⁷ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 4ª ed., 1972. p. 356. *apud* TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos de direito civil – responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 4. p. 91.

¹⁰⁸TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos de direito civil – responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 4. p. 91-92.

¹⁰⁹BENACCHIO, Marcelo. **Algumas considerações acerca da relação de causalidade na responsabilidade civil**. *apud* **Responsabilidade civil**. GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015, p. 217.

de afetividade é o fato gerador do dano. Diante da correlação do tema com a desistência da adoção, faz-se necessário entender as implicações jurídicas que permeiam essa situação.

2.3 O afeto e a responsabilidade civil

A afetividade é inerente à personalidade do ser humano, está presente em vários momentos ao longo da vida. Porém, é nas relações familiares que a afetividade tem sua forma mais primitiva, uma vez que é através desses laços que o indivíduo tem o primeiro contato com os afetos que permeiam a vida em sociedade.

O núcleo familiar é o norte no desenvolvimento do indivíduo, é por meio dele que os pilares da personalidade do ser humano, seus valores éticos e morais, são criados. Maria Berenice Dias relata que:

*O termo *affectio societatis*, muito utilizado no âmbito do direito empresarial, foi contrabandeado para as relações familiares. Põe em evidência que a afeição entre as pessoas é o elemento estruturante de uma nova sociedade: a família. O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Também tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família. Como diz Ricardo Calderón, a socioafetividade é o reconhecimento no meio social de uma dada manifestação de afetividade, percepção por uma dada coletividade de uma relação afetiva.¹¹⁰*

Ainda que indiretamente, a afetividade está assegurada como direito em diversos dispositivos legais, como o artigo 1º, inciso III, artigo 227, § 7º e artigo 226, §3º da Constituição da República de 1988.¹¹¹ Mas não é só o direito que estuda e trabalha com esse conceito, a psicologia possui papel fundamental para o entendimento da afetividade:

O termo afetividade é utilizado para designar a suscetibilidade que o ser humano experimenta perante determinadas alterações que acontecem no mundo exterior ou em si próprio. Tem por constituinte fundamental um processo cambiante no âmbito das vivências do sujeito, em sua qualidade de experiências agradáveis ou desagradáveis. A afeição ligada à vinda de afeto é representada por um apego a alguém ou a alguma coisa, gerando carinho, saudade, confiança ou intimidade. Representa o termo perfeito para representar a ligação especial que existe entre duas pessoas. É, por conseguinte, um dos sentimentos que mais gera autoestima entre pessoas, principalmente as jovens e as idosas, pois induz à produção de oxitocina, hormônio que garante no organismo a sensação perene de bem-estar. Pode, ainda, ser definido como um conjunto de fenômenos psíquicos que se manifestam sob a forma de emoções, sentimentos e paixões acompanhados sempre da impressão de

¹¹⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 14ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2021. p. 74.

¹¹¹ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html . Acesso em 03. fev. 2022.

dor ou prazer, de satisfação ou insatisfação, de agrado ou desagradado, de alegria ou tristeza. Do ponto de vista da psicologia e da psicanálise, o afeto terá diversos entendimentos, tendo em vista a existência de diversas teorias e os enfoques na compreensão da natureza psíquica do ser humano. De um modo geral, o afeto pode ser compreendido como um aspecto subjetivo e intrínseco do ser humano que atribui significado e sentido à sua existência, que constrói o seu psiquismo a partir das relações com outros indivíduos.¹¹²

Todas as modificações ocorridas, ao longo das últimas décadas, no Direito de Família fizeram com que esse ramo do direito estivesse cada vez mais próximo do conceito de afetividade. A noção de família contemporânea é inspirada em valores como amor, respeito, solidariedade e liberdade, todos consequências de uma relação familiar repleta de afeto. Dessa maneira, diferentemente do conceito patrimonialista de família, que negligenciava as individualidades dos seus entes, a família de cunho existencial é afetiva e pautada na igualdade.

A maior prova de que a afetividade tem um papel social relevante no direito brasileiro é o reconhecimento jurídico do parentesco socioafetivo. Nesses casos, sem que haja laços genéticos, a paternidade ou maternidade é reconhecida quando comprovado o vínculo afetivo de parentesco entre os indivíduos envolvidos. Assim como a filiação biológica, a filiação socioafetiva gera efeitos no âmbito patrimonial e existencial possibilitando, inclusive, a inclusão do nome do pai ou da mãe no registro civil do filho.

Para Maria Berenice Dias, ainda que o artigo 1.634 do Código Civil elenque diversas obrigações dos pais em relação a seus filhos, o dispositivo legal não menciona, talvez, o mais importante deles: o afeto.¹¹³ A presença de afeto pressupõe convivência familiar, mas isso não quer dizer que a convivência precisa ser plena a todo tempo. Uma mãe que mora em uma cidade diferente do filho pode, ainda assim, estar convivendo com ele. Hoje, devido aos avanços tecnológicos, um pai ou uma mãe pode acompanhar o desenvolvimento do filho e apoiá-lo nos momentos que forem preciso, ainda que não estejam fisicamente presentes.

Tanto o afeto, como a convivência familiar são obrigações dos pais para com seus filhos. Esses deveres surgem do poder familiar, “o encargo legalmente atribuído a alguém, em

¹¹² MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Direito das famílias: amor e bioética**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 19. *apud* Cassettari, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos** /. Christiano Cassettari. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 10.

¹¹³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2021. p. 309.

virtude de certas circunstâncias, a que se não pode fugir”.¹¹⁴ Em sua concepção mais atual, o poder familiar pode ser compreendido como “a missão constitucional dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos menores”, não limitando-se a encargos de natureza exclusivamente patrimonial”.¹¹⁵

Ante o exposto, é perceptível que a inserção de uma criança ou um adolescente à entidade familiar rodeada de afeto faz com que o impúbere construa segurança e conforto em suas relações. Por outro lado, nos casos de ausência desse sentimento, é possível que o menor de idade tenha traumas e angústias não só pela falta de amor, mas também pela ausência dos aspectos materiais que garantem a sua sobrevivência plena e saudável. A afetividade e a convivência é um dever dos pais, não um direito.

Maria Berenice Dias esclarece que “a falta de convívio com os pais, em face do rompimento do elo de afetividade, pode gerar severos danos psicológicos a comprometer o desenvolvimento saudável dos filhos”.¹¹⁶ Quando isso ocorre, é inegável a violação aos direitos da personalidade do menor de idade, sendo hipótese de reparação por dano moral. Nesse caso, não há responsabilização pela ausência de afeto, mas sim pelas consequências psicológicas que a omissão paterna ou materna gerou no indivíduo.

Em decisão recente, o Superior Tribunal de Justiça assentou que:

[...] se a parentalidade é exercida de maneira irresponsável, desidiosa, negligente, nociva aos interesses da prole ou de qualquer modo desprovida dos mínimos cuidados que toda criança ou adolescente tem direito e se dessas ações ou omissões, que configuram ato ilícito, porventura decorrerem também traumas, lesões ou prejuízos perceptíveis a partir de qualquer prova em direito admitida, sobretudo a prova técnica, de modo a configurar igualmente a existência de fato danoso, não há óbice para que os pais sejam condenados a reparar os danos experimentados pelo filho, uma vez que esses abalos morais são quantificáveis como qualquer outra espécie de reparação moral indenizável.¹¹⁷

À visto disso, ainda que o afeto permeie o campo valorativo, é possível que incida reparação civil nos casos em que ocorra efetivo dano moral devido à sua ausência. É

¹¹⁴ LOBO, Paulo. **O poder familiar**. Jus, 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8371/do-poder-familiar>. Acesso em: 30 de mai. de 2022.

¹¹⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2021. p. 309.

¹¹⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2021. p. 140-141.

¹¹⁷ STJ, 3ª Turma, **Recurso Especial 1.887.697/RJ**, Relatora: Ministra Nancy Andri ghi. j. 21. set. 2021.

necessário, apenas, que sejam identificados os pressupostos do dever de reparar. Pode-se dizer que a conduta culposa é observada através da omissão dos deveres de convivência instituídos pelo poder familiar, em outras palavras, ocorre quando, mesmo que consciente dos deveres paternos ou maternos, o indivíduo escolhe se ausentar da vida do filho. Em seguida, é necessária a presença de danos morais à criança e ao adolescente, hipótese que deverá ser analisada no caso concreto pelo juiz. Por fim, é essencial que exista um nexo de causalidade comprovando que o evento danoso advém da ausência do cumprimento dos deveres provenientes do poder familiar.

Nos casos de desistência da adoção, nem sempre o poder familiar está instituído, uma vez que alguns adotantes desistem da adoção ainda na fase de convivência, quando a sentença constitutiva sequer foi proferida. No entanto, é a partir da fase de convivência que a criança ou o adolescente começa a ter uma expectativa de, finalmente, conseguir uma família para chamar de sua. Considerando todo este cenário, surge a seguinte indagação: existe a possibilidade de reparação civil nos casos de desistência da adoção?

3. A POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO CÍVEL NOS CASOS DE DESISTÊNCIA NA ADOÇÃO

*a adoção é para sempre – e não poderia ser diferente.*¹¹⁸

3.1 A configuração do abuso de direito no ato de “desistir”

Segundo informações prestadas pelo BBC News, entre os anos de 2012 e 2017, onze Estados brasileiros constataram 172 registros de casos em que houve desistência da adoção, os demais não se manifestaram sobre o assunto¹¹⁹. Corroborando o cenário de desinformação, o Conselho Nacional de Justiça e os tribunais brasileiros não divulgam um controle a respeito dos casos de desistência da adoção, o que compromete a visualização da situação a nível nacional. Ainda assim, ao pesquisar decisões sobre o tema nos tribunais, é possível encontrar diversos julgados em quase todos os Estados brasileiros.

¹¹⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 7. ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 933.

¹¹⁹ LAVOR, Thays. **Criança devolvida, pai arrependido: o drama das adoções que dão errado**. BBC News Brasil. 03. jul. 2017. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-40464738> Acesso em: 02. fev.2022.

Então, mesmo que não haja um número fidedigno dos casos envolvendo desistência da adoção em todos os Estados brasileiros, é possível constatar que existem postulantes que desistem da adoção ao longo do processo ou, até mesmo, depois da sentença transitada em julgada. Quando judicializados, o pedido principal realizado nas ações pelo Ministério Público é o de reparação do dano moral sofrido pelas crianças e adolescentes. Ocorre que, diante da falta de sistematização a respeito do tema, diversos são os posicionamentos dos julgadores e doutrinadores. Uma parte defende a impossibilidade de reparação civil, ao passo que outra parte entende que há dano moral nesses casos, sendo possível a reparação.

Em face de tantas incertezas, passa-se a analisar a possibilidade ou não de reparação civil nos casos de desistência da adoção.

Relembrando os ensinamentos expostos no primeiro Capítulo do presente trabalho, o Conselho Nacional de Justiça esclarece que o processo de adoção se divide em nove fases. A primeira é a entrega de documentos à Vara da Infância e da Juventude pelos interessados na adoção. Depois, esses documentos passam por uma análise do Ministério Público e, caso estejam regulares, os futuros adotantes são encaminhados à equipe de avaliação multidisciplinar. O seu objetivo é entender as motivações desses indivíduos interessados na adoção e analisar as condições financeira e psicológica da família.¹²⁰

Passada essa fase, o indivíduo deve participar do programa de preparação para adoção. De acordo com informações expostas no site do CNJ, esse programa oferece:

[...] aos postulantes o efetivo conhecimento sobre a adoção, tanto do ponto de vista jurídico quanto psicossocial; fornecer informações que possam ajudar os postulantes a decidirem com mais segurança sobre a adoção; preparar os pretendentes para superar possíveis dificuldades que possam haver durante a convivência inicial com a criança/adolescente; orientar e estimular à adoção interracial, de crianças ou de adolescentes com deficiência, com doenças crônicas ou com necessidades específicas de saúde, e de grupos de irmãos.¹²¹

Cursado o programa de preparação, o juiz proferirá decisão deferindo ou não a habilitação do interessado. Se positivo, o cadastro do habilitado é inserido no sistema nacional

¹²⁰ BRASIL. Conselho nacional de justiça. **Treinamento do novo sistema nacional de adoção e acolhimento**. 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/Apostila-Sistema-Nacional-de-Ado%C3%A7%C3%A3o-e-Acolhimento_2020-5-8.pdf. Acesso em: 13. jun. 2022.

¹²¹ BRASIL. Conselho nacional de justiça. **Treinamento do novo sistema nacional de adoção e acolhimento**. 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/Apostila-Sistema-Nacional-de-Ado%C3%A7%C3%A3o-e-Acolhimento_2020-5-8.pdf. Acesso em: 13. jun. 2022.

de adoção. Ao iniciar o processo de adoção, o indivíduo descreve o perfil da criança ou do adolescente que possui interesse, assim, quando surge um menor de idade que seja compatível com o pedido do habilitado, o perfil é apresentado ao postulante e, caso o mesmo tenha interesse, é iniciada a fase de aproximação.¹²²

No período de aproximação o adulto faz visitas ao menor de idade na instituição de acolhimento — sendo esta guiada por uma equipe técnica. Quando a aproximação é bem-sucedida, é iniciada a fase de convivência familiar. Em regra, essa fase tem duração de noventa dias, podendo ser prorrogada por igual período. A partir de então, a criança ou o adolescente passa a morar com a família adotiva, fortalecendo os laços construídos na fase de aproximação. Ao fim da fase de convivência, os pretendentes devem ajuizar a ação de adoção em quinze dias. Recebido o pedido, o juiz deve analisar as condições de adoção e, sendo favoráveis, “o magistrado profere a sentença de adoção e determina a confecção do novo registro de nascimento, já com o sobrenome da nova família. Nesse momento, a criança/adolescente passa a ter todos os direitos de um filho.”¹²³

Mesmo após toda a instrução e preparação realizada ao longo do processo de adoção, ainda existem pessoas que por motivos particulares escolhem desistir da adoção. A título de estudo, é preciso separar a análise da possibilidade de reparação civil em dois momentos: durante a fase de convivência e durante a guarda definitiva. São nessas fases que a criança ou adolescente começa a interagir e criar laços afetivos com os adotantes, portanto, só a partir de então é possível discutir a configuração, ou não, de dano moral.

3.1.1 Desistência da adoção durante a fase de convivência

O estágio de convivência é mais uma ferramenta pensada para assegurar o melhor interesse da criança e do adolescente, isso porque é necessário que o adotando esteja confortável em meio à nova família em que será inserido. A última coisa que o processo de adoção objetiva é que o menor de idade passe por mais uma situação de abandono, por isso o

¹²² BRASIL. Conselho nacional de justiça. **Treinamento do novo sistema nacional de adoção e acolhimento, 2020.** Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/Apostila-Sistema-Nacional-de-Ado%C3%A7%C3%A3o-e-Acolhimento_2020-5-8.pdf. Acesso em: 13. jun. 2022.

¹²³ BRASIL. Conselho nacional de justiça. **Treinamento do novo sistema nacional de adoção e acolhimento, 2020.** Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/Apostila-Sistema-Nacional-de-Ado%C3%A7%C3%A3o-e-Acolhimento_2020-5-8.pdf. Acesso em: 13. jun. 2022.

estágio de convivência é tão importante — ele serve para estreitar os vínculos afetivos entre as partes interessadas no processo de adoção.

O objetivo da fase de convivência é observar a interação do adulto com a criança ou adolescente, essa análise é feita por uma equipe profissional que, ao fim, elaborará um laudo técnico e encaminhará ao juiz responsável. Tal laudo não vincula a sentença do juiz, mas serve como parâmetro importante na sua tomada de decisão.

Como mencionado anteriormente, nos termos do artigo 46 do ECA, o estágio de convivência deve durar o prazo máximo de noventa dias, podendo ser prorrogado por igual período, observadas as peculiaridades do caso concreto. Não há obrigatoriedade do estágio de convivência, sendo dispensado quando o adotando já estiver sob a tutela ou guarda legal do adotante durante período necessário para que se consiga avaliar a constituição do vínculo.

Silvio de Salvo Venosa aponta que “esse estágio tem por finalidade adaptar a convivência do adotando ao novo lar. O estágio é um período em que se consolida a vontade de adotar e ser adotado.”¹²⁴ Ainda sobre o assunto, o autor entende que ao deferir o estágio de convivência, o juiz está deferindo a guarda do adotando ao adotante.¹²⁵

Percebe-se então que, quando não existe contato prévio entre as partes interessadas, o estágio de convivência passa a ser essencial no processo de adoção; ele “deve ser acompanhado de estudo psicossocial do caso, cujo escopo é a apuração das condições das partes envolvidas, em especial a idoneidade psicológica do adotante.”¹²⁶

Isso posto, analisa-se que o ordenamento jurídico brasileiro, em especial as legislações pós CRFB/88, tem um cuidado maior ao tratar dos direitos das crianças e dos adolescentes. No que diz respeito ao processo de adoção, é importante salientar que ele é construído em prol do adotando, não do adotante.

Por essa razão, sua edificação é realizada em várias etapas, tendo os pretendentes que passar por cursos e preparações para, realmente, entenderem o objetivo e a responsabilidade

¹²⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**, 13. ed., São Paulo: Atlas, 2013. p. 301.

¹²⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**, 13. ed., São Paulo: Atlas, 2013. p. 301.

¹²⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 6. v. 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 915.

do ato de adotar um indivíduo. A equipe formada por profissionais multidisciplinares auxilia na análise dos perfis ao longo de todo o processo. No entanto, mesmo assim, ainda existem adoções que não se tornam bem-sucedidas.

Diante da falta de normatização a respeito da possibilidade de reparação civil nos casos de desistência da adoção, a doutrina se divide na discussão do tema.

Para Pablo Stolze Gagliano e Fernanda Carvalho Leão Barretto, a desistência na fase de convivência é legítima e não configura hipótese de indenização. Os autores defendem seu ponto de vista argumentando que o ato de desistir da adoção durante a convivência seria um direito potestativo do adotante, o que não corroboraria para reconhecimento de responsabilidade civil.¹²⁷

No entanto, nem sempre a fase de convivência dura somente os noventa dias previstos na lei; a realidade é que, em alguns casos, ela se estende por mais tempo. Diante desse cenário, os autores apontam que “excepcionalmente e a depender das peculiares características do caso concreto, as rupturas absolutamente imotivadas e contraditórias ao comportamento demonstrado ao longo do estágio podem vir a ser fontes de reparação civil.”¹²⁸

Não desconsideramos, contudo, que possa haver intenso sofrimento psíquico para a criança ou o adolescente se, por exemplo, o estágio de convivência se estender por tempo significativo, se ocorrer majoritariamente fora dos limites do abrigo ou se o laço entre as partes se desenvolver com aparência de firmeza, por meio de atitudes capazes de criar no candidato a filho a sólida expectativa de que seria adotado. Em alguns Estados da federação há a previsão de salutares medidas voltadas para amenizar as consequências dos traumas decorrentes do insucesso do estágio de convivência, como se dá com o Juizado da Infância e da Juventude de Porto Velho (RO), que celebra acordo com candidatos a pais, desistentes na fase do estágio de convivência, para que subsidiem um ano de psicoterapia para as crianças “devolvidas.”¹²⁹

¹²⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; BARRETTO, Fernanda Carvalho Leão. **Responsabilidade civil pela desistência na adoção. Instituto Brasileiro de Direito de Família.** 27 ago. 2020. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1513/Responsabilidade+civil+pela+desist%C3%Aancia+na+ado%C3%A7%C3%A3o> . Acesso em: 08 jun. 2022.

¹²⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; BARRETTO, Fernanda Carvalho Leão. **Responsabilidade civil pela desistência na adoção. Instituto Brasileiro de Direito de Família.** 27 ago. 2020. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1513/Responsabilidade+civil+pela+desist%C3%Aancia+na+ado%C3%A7%C3%A3o> . Acesso em: 08 jun. 2022.

¹²⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; BARRETTO, Fernanda Carvalho Leão. **Responsabilidade civil pela desistência na adoção. Instituto Brasileiro de Direito de Família.** 27 ago. 2020. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1513/Responsabilidade+civil+pela+desist%C3%Aancia+na+ado%C3%A7%C3%A3o> . Acesso em: 08 jun. 2022.

Diante da escassez de dados a respeito dos casos de desistência da adoção em todo o território brasileiro, pouco se sabe sobre as motivações que levam os postulantes a desistir da adoção. Porém, podem ocorrer casos em que o próprio adotando prefere não permanecer na família adotiva, seja pela falta de laços afetivos ou por motivos ainda mais graves. Por essa razão, é importante que todo o processo de adoção seja acompanhado por assistentes sociais e psicólogos, que tentarão entender as motivações da criança e do adolescente e guiarão eles a escolher o que melhor irá beneficiá-los. Nessas situações, pode ser preferível que o adotando “retorne à casa de acolhimento e assim busque-se uma nova família, que tenha em si a compreensão e o carinho necessários para adotar.”¹³⁰

Ainda que existam situações em que o adotando prefere não permanecer no processo, em regra, a desistência da adoção é realizada pelos adotantes. Diferentemente da parte da doutrina que defende a irresponsabilidade civil da desistência durante a fase de convivência, há autores que, por outro lado, inferem pela incidência de responsabilização.

Para Fernanda Orsi Baltrunas Doretto, é possível a responsabilização civil quando o pedido é formulado na fase de convivência, pois “verifica-se que o adotante, ao preencher o cadastro informando ao Estado o seu desejo de adotar, e ao concordar expressamente em iniciar o estágio de convivência, assume o risco de não se adaptar àquela situação.”¹³¹ A autora assevera que a desistência da adoção na fase de convivência enseja hipótese de responsabilidade civil objetiva na modalidade de abuso de direito, pois pode gerar danos irreversíveis ao adotando, que sofrerá um duplo abandono.¹³² Na mesma linha de raciocínio, Guilherme Carneiro de Rezende aponta:

[...] é absolutamente legítimo acionar o Poder Judiciário para exercer a pretensão de se inscrever para a adoção, buscando, em sua plenitude, a formação da conhecida família eudemonista. Preciso, no entanto, que o exercício deste direito não lesione terceiro, e, ainda, seja exercido de acordo com os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé e pelos bons costumes. Uma vez iniciado o estágio

¹³⁰ KIRCH, Aline Taiane; COPATTI, Livia Copelli. **Criança e adolescente: a problemática da adoção e posterior devolução às casas de acolhimento**. Prisma Jur., São Paulo, v. 13, n. 1, p. 25, jan./jun. 2014. *apud* SILLMANN, Marina; VIEIRA, Marcelo. **Desistência da adoção de crianças e de adolescentes durante o estágio de convivência: reflexões sobre uma possível responsabilização civil**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 46, p. 107, ago. 2021.

¹³¹ DORETTO, Fernanda Orsi Baltrunas. **Responsabilidade civil nos processos de adoção**. In: **Responsabilidade civil e direito de família: o direito de danos na parentalidade e conjugalidade**. São Paulo: Editora Foco, 2021. 69-80.

¹³² DORETTO, Fernanda Orsi Baltrunas. **Responsabilidade civil nos processos de adoção**. In: **Responsabilidade civil e direito de família: o direito de danos na parentalidade e conjugalidade**. São Paulo: Editora Foco, 2021. p. 69-80.

de convivência, já se acende na criança/ adolescente uma expectativa - diga-se de passagem legítima - de que o ato será ultimado. Expectativa esta posteriormente frustrada, com a desistência da medida, que gera o odioso abandono afetivo, perfeitamente compensável pelo dano moral.¹³³

Logo, sob essa perspectiva, o ato de desistir da adoção seria hipótese de abuso de direito. No Brasil, inspirado pelo artigo 334 do Código Civil português, o Código Civil de 2002 inovou e estabeleceu, no artigo 187, que o titular de um direito, ao exercê-lo, comete ato ilícito ao exceder os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pelos bons costumes ou pela boa-fé. Em outras palavras, quem descumprir os parâmetros mencionados no texto normativo fica sujeito à aplicação da responsabilidade civil por abuso de direito. Segundo Caio Mário da Silva Pereira, “abusa de seu direito aquele que leva o seu exercício ao extremo de convertê-lo em prejuízo para outrem.”¹³⁴

Ainda que não haja unanimidade a respeito da natureza jurídica do abuso de direito, prevalece na doutrina majoritária o entendimento de que esse instituto encontraria fundamento na responsabilidade civil objetiva. Nesse sentido, o enunciado 37 da 1ª Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal afirma que “a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”.

Diante do exposto, entende-se que todo direito subjetivo exige que sua prática seja exercida dentro dos limites estabelecidos pela lei. Quando os limites de exercício do direito subjetivo não são obedecidos, estar-se-á diante de um ato ilícito na forma de abuso de direito. Não há necessidade, portanto, da verificação de culpa do agente, deve-se apenas verificar os excessos da conduta, o dano e o nexo de causalidade.

Pode-se concluir que o disposto no artigo 187 proporciona uma verdadeira ponderação entre o exercício da autonomia privada e os valores éticos e sociais que fundamentam o ordenamento jurídico.¹³⁵ Diferentemente do ato ilícito, que já nasce ilegal, o abuso de direito é a conduta aparentemente regular que se torna ilícita ao exceder os limites dos pressupostos

¹³³ REZENDE, Guilherme Carneiro de. **A responsabilidade civil em caso de desistência da adoção**. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná, Curitiba, Ano 1 – n. 01, p. 91-92, dez. 2014.

¹³⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. vol. I. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 565.

¹³⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 228.

legais. No entanto, a consequência do ato ilícito e do ato com abuso de direito pode ser a mesma: a prática de um dano injusto. Assim, em ambos os casos, a reparação civil ao lesado se faz necessária.

No abuso de direito não há necessidade de o indivíduo ter agido com culpa ou dolo para que incida a reparação civil. Em outras palavras, basta que haja um dano causado devido à transgressão dos limites legais de uma conduta. Cumprindo esses requisitos, deve-se aplicar a hipótese prevista no artigo 927 do Código Civil, que dispõe: “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causa dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Ao longo do processo de adoção, o adotante é conscientizado sobre os direitos e deveres que serão enfrentados, o processo impõe responsabilidades ao indivíduo que se propõe a adotar e elas devem ser seguidas em todas as fases do procedimento. Cumprir com suas responsabilidades não significa concluir a adoção contra a sua vontade, mas é preciso entender que o adotando não é um objeto que pode ser “devolvido” quando não atender às expectativas que foram-lhe expostas.¹³⁶ Qualquer atitude nesse sentido viola os ditames legais e enseja hipótese de responsabilidade civil por abuso de direito.

A parte da doutrina que defende ser possível a responsabilização civil por abuso de direito nos casos de desistência da adoção argumenta que a partir da fase de convivência já existe uma expectativa de efetivação da adoção por parte do adotando. Dessa forma, a simples desistência da adoção poderia causar mais uma situação traumática à criança e ao adolescente que se manteve disponível para construir laços afetivos com a pretensa família adotiva desde a fase de aproximação. Seguindo essa linha argumentativa, Epaminondas da Costa discorre que:

O estágio de convivência, previsto no art. 46 do ECA, não pode servir de justificativa legítima para a causação, voluntária ou negligente, de prejuízo emocional ou psicológico a criança ou adolescente entregue para fins de adoção, especialmente diante dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da prioridade absoluta em relação à proteção integral à infância e à juventude.¹³⁷

¹³⁶ SILLMANN, Marina; VIEIRA, Marcelo. **Desistência da adoção de crianças e de adolescentes durante o estágio de convivência: reflexões sobre uma possível responsabilização civil.** Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 46, p. 114, ago. 2021.

¹³⁷ COSTA, Epaminondas da. **Estágio de convivência, “devolução” imotivada em processo de adoção de criança e adolescente e reparação por dano moral e/ou material.** Disponível em: https://www.mpma.mp.br/arquivos/CAOPIJ/docs/Art_9._Devolu%C3%A7%C3%A3o_imotivada_de_adotado_-_indeniza%C3%A7%C3%A3o_por_danos_morais_MPMG.pdf . Acesso em: 10 jun. 2022.

Após analisarem decisões judiciais nas quais foi reconhecida a responsabilidade civil no caso de desistência da adoção, Marcelo de Mello Vieira e Marina Carneiro Matos Sillmann concluíram que os julgadores se utilizam de três parâmetros para analisarem se há ou não hipótese de reparação civil. Mesmo que de forma implícita, o magistrado busca entender o motivo da desistência, o modo pelo qual se deu e o tempo de convivência entre as partes envolvidas.¹³⁸

Em síntese, o motivo plausível para a desistência da adoção seria uma inadaptação mútua das partes. Isso porque uma convivência desagradável, se prolongada por tempo indevido, pode gerar mais conflitos do que seu rompimento precoce. Por outro lado, a falta de motivação no ato de desistir levaria à responsabilidade civil, tendo em vista que viola a proteção integral da criança e do adolescente.¹³⁹

Já em relação ao motivo, entende-se que a “desistência abrupta, sem ao menos buscar proporcionar à criança e ao adolescente acompanhamento psicológico necessário para prepará-los para ruptura com o intuito de diminuir os traumas dessa desistência é, a priori, um descumprimento do dever de cuidado.”¹⁴⁰

Por fim, os julgadores analisam o tempo pelo qual perdurou o estágio de convivência. Antes do artigo 46 do ECA, o estágio de convivência não tinha um tempo específico como base, assim, em alguns casos essa fase se mantinha por meses e até anos. Quanto maior for o tempo do estágio de convivência, mais difícil vai ser a ruptura dos laços afetivos construídos: “o passar de meses e até de anos cria expectativas plausíveis de que aquela situação familiar ainda provisória, pelo menos enquanto pendente a decisão sobre a adoção, vai perdurar.”¹⁴¹

¹³⁸ SILLMANN, Marina; VIEIRA, Marcelo. **Desistência da adoção de crianças e de adolescentes durante o estágio de convivência: reflexões sobre uma possível responsabilização civil.** Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 46, p. 116-117, ago. 2021.

¹³⁹ SILLMANN, Marina; VIEIRA, Marcelo. **Desistência da adoção de crianças e de adolescentes durante o estágio de convivência: reflexões sobre uma possível responsabilização civil.** Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 46, p. 119, ago. 2021.

¹⁴⁰ SILLMANN, Marina; VIEIRA, Marcelo. **Desistência da adoção de crianças e de adolescentes durante o estágio de convivência: reflexões sobre uma possível responsabilização civil.** Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 46, p. 119, ago. 2021.

¹⁴¹ SILLMANN, Marina; VIEIRA, Marcelo. **Desistência da adoção de crianças e de adolescentes durante o estágio de convivência: reflexões sobre uma possível responsabilização civil.** Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 46, p. 120, ago. 2021.

Diante do exposto, percebe-se que apesar da adoção depender do comum acordo das partes interessadas, ou seja, do adotando e do adotante, o estágio de convivência não deve ser visto como uma fase na qual é possível desistir da adoção sem que haja fundamentação plausível para tal ato. A dignidade da pessoa humana influencia todo o ordenamento jurídico, inclusive o processo de adoção. Dessa forma, a proteção integral da criança e do adolescente passou a ser considerada uma garantia que deve ser assegurada não só pelo Estado, mas por toda a sociedade.

A adoção é uma ferramenta que busca reinserir menores de idade em núcleos familiares que foram negados a eles anteriormente; busca, portanto, efetivar o direito à convivência familiar a esses indivíduos. O estágio de convivência se apresenta como uma fase em que o adotando tem a oportunidade de construir e consolidar laços afetivos com os adotantes, pois não seria justo que crianças e adolescentes fossem inseridos em núcleos familiares sem, no mínimo, um contato prévio. Assim, o estágio de convivência serve como um período de adaptação para o adotando, que terá um espaço de tempo para perceber se aquele núcleo familiar lhe proporcionará conforto e segurança para o seu desenvolvimento.

A simples desistência da adoção durante o estágio de convivência não deve ser visto como um direito subjetivo do postulante quando o adotando não supre às suas expectativas, pois isso violaria o direito fundamental à dignidade da pessoa humana. Durante todo o processo, os adotantes são aconselhados a não idealizar a adoção, como se não fosse haver empecilhos. Muitas crianças e adolescentes que estão aptos a serem adotados já sofreram inúmeras violências, verbais e físicas. Portanto, é comum que elas tenham dificuldades para desenvolver suas relações interpessoais, devido às barreiras sentimentais que criaram ao longo da vida. E essa questão só será superada em um ambiente que proporcione a eles paciência, amor, carinho e respeito.

Evidentemente, também existem exceções em relação à desistência da adoção. Quando houver consenso mútuo, por exemplo, é preferível que o rompimento, de fato, aconteça ainda na fase de convivência. Além disso, os parâmetros mencionados por Marcelo de Mello Vieira e Marina Carneiro Matos Sillmann¹⁴² devem ser considerados pelo juiz ao analisar se cabe ou

¹⁴² SILLMANN, Marina; VIEIRA, Marcelo. **Desistência da adoção de crianças e de adolescentes durante o estágio de convivência: reflexões sobre uma possível responsabilização civil.** Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 46, p. 116-117, ago. 2021.

não responsabilidade civil no caso concreto. Isso porque pode ocorrer casos em que a ruptura não ocorreu de forma abrupta, tendo o adotante tomado todo o cuidado possível para que não houvesse danos à criança ou ao adolescente — não havendo dano não há que se falar em responsabilidade civil.

Portanto, com base na dignidade da pessoa humana e na proteção integral da criança e do adolescente, entende-se que a desistência da adoção durante o estágio de convivência sem fundamentação ou por motivos vagos enseja responsabilidade civil por abuso de direito, com base no artigo 187 do Código Civil de 2002.

3.1.2 Desistência da adoção depois do trânsito em julgado da sentença constitutiva

O vínculo adotivo é constituído por sentença judicial, que será inscrita no registro civil. Depois de proferida a decisão e seu respectivo trânsito em julgado, é encerrado o processo de adoção e, conseqüentemente, surge um novo arranjo familiar. A adoção é irrevogável e irreatável, ou seja, caso tenha obedecido todos os ditames legais não pode mais ser revista. Nesse sentido, entende-se que:

A adoção implica na completa extinção da relação familiar mantida pelo adotando com o seu núcleo anterior, conferindo segurança à nova relação jurídica estabelecida e garantindo a proteção integral e prioritária do interessado. Cessará todo e qualquer vínculo, direitos ou deveres em relação aos componentes do núcleo familiar anterior, não se cogitando de efeitos atinentes aos alimentos e à sucessão, por exemplo. As origens ancestrais são apagadas no momento da adoção, integrando-se o filho, plena e completamente, no novo núcleo familiar. É estabelecida uma relação paterno-filial que, por óbvio, não pode ser contestada ou impugnada, por nenhuma das partes.¹⁴³

A sentença judicial só gera efeitos patrimoniais e existenciais a partir do seu trânsito em julgado. Assim, o poder familiar do núcleo anterior é extinto, criando-se um novo vínculo de parentesco para a família adotiva. Os filhos adotivos, a partir de então, passam a possuir os mesmos direitos e deveres dos filhos biológicos, sendo tratados com igualdade em relação a esses.

Em regra, a sentença constitutiva é irrevogável, em caso de eventual “desligamento do vínculo paterno-filial estabelecido judicialmente, entre o adotante e o adotado, somente será possível por uma nova decisão judicial, a ser proferida, agora, em uma ação de destituição do

¹⁴³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 7. ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 929.

poder familiar, nos casos previstos em lei”.¹⁴⁴ Essa hipótese é uma exceção e só pode ser reconhecida em casos específicos.

O artigo 197-E, § 5º do ECA cita, timidamente, as consequências jurídicas nos casos de desistência da adoção. Assim, define que, quando ocorrer desistência em relação à guarda para fins de adoção ou a devolução da criança ou do adolescente depois do trânsito em julgado da sentença, o desistente será excluído do cadastro de adoção, sendo vedada sua renovação na habilitação do processo, salvo decisão judicial fundamentada. Para alguns autores, esse artigo seria inconstitucional, pois alimenta a possibilidade de “devolução” do adotando. Nas palavras de Fernanda Orsi Baltrunas Doretto, “aquele filho adotivo, rechaçado depois de transitada em julgado a sentença de adoção, continua sendo filho, com todos os direitos e deveres oriundos dessa condição”.¹⁴⁵

Entende-se, portanto, que essa hipótese fere parâmetros basilares do ordenamento jurídico, como o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, em regra, não é possível renunciar as obrigações advindas do poder familiar constituído através da sentença proferida no processo de adoção.

Ainda assim, existem casos em que mesmo após a sentença constitutiva, os adotantes desistem da adoção. Nesse cenário, o termo correto não seria “desistência”, mas sim “devolução”, ou para alguns autores “reabandono”.¹⁴⁶

Quando existe “devolução” ou “reabandono” da criança ou do adolescente após o trânsito em julgado da sentença constitutiva, é possível entender que houve a prática do ilícito civil, sendo necessária a sua reparação, tendo em vista que “para criança/adolescente, a devolução é a reiteração do abandono — é o impacto emocional devastador que é reviver a

¹⁴⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 7. ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 929. 931.

¹⁴⁵ DORETTO, Fernanda Orsi Baltrunas. **Responsabilidade civil nos processos de adoção**. In: **Responsabilidade civil e direito de família: o direito de danos na parentalidade e conjugalidade**. São Paulo: Editora Foco, 2021. p. 69-80.

¹⁴⁶ THOME, Majoi Coquemalla. **De devolução para reabandono: a criança como sujeito de direitos**. Instituto Brasileiro de Direito de Família. 09 ago. 2018. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1292/De+devolu%C3%A7%C3%A3o+para+reabandono:+a+crian%C3%A7a+como+sujeito+de+direitos> . Acesso em: 08 jun. 2022.

sua história de abandono. Cada perda ou separação é vivenciada como uma morte simbólica.”¹⁴⁷

A interpretação a ser feita nos casos de “devolução” depois do trânsito em julgado da sentença de adoção é a mesma do abandono afetivo. Depois da criação da filiação socioafetiva, os adotantes possuem as mesmas obrigações do poder familiar biológico: guarda, convivência familiar, amor, criação e educação.

Seguindo a linha de raciocínio defendida pelos autores Pablo Stolze Gagliano e Fernanda Carvalho Leão Barretto, o presente estudo entende que nesses casos haveria a prática de um ato ilícito na forma do artigo 186 do Código Civil de 2002, capaz de suscitar indenização e “potencialmente, também, um ilícito penal (abandono de incapaz, previsto no art. 133 do CP), sem prejuízo de se poder defender, para além da impossibilidade de nova habilitação no cadastro” e a manutenção da obrigação alimentar.¹⁴⁸

3.2 O dever de reparação na esfera cível

A responsabilidade civil gera ao indivíduo que causou dano a outrem a obrigação de repará-lo, ela busca reestabelecer ao lesado o cenário anterior ao evento danoso. De forma geral, a responsabilidade civil possui três funções: a de reparar, punir e precaver. A primeira está intrinsecamente descrita no objetivo do instituto; a segunda, por sua vez, se apresenta como uma forma de penalizar a prática de condutas contrárias à lei, ao ponto de desestimulá-las; por fim, no que diz respeito à precaução, o instituto tem como função, também, inibir comportamentos potencialmente danosos.¹⁴⁹

¹⁴⁷ SPINA, Clarice. **Algumas reflexões sobre a devolução no processo de adoção.** *apud* THOME, Majoi Coquemalla. **De devolução para reabandono: a criança como sujeito de direitos.** Instituto Brasileiro de Direito de Família. 09 ago. 2018. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1292/De+devolu%C3%A7%C3%A3o+para+reabandono:+a+crian%C3%A7a+como+sujeito+de+direitos>. Acesso em: 08 jun. 2022.

¹⁴⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; BARRETTO, Fernanda Carvalho Leão. **Responsabilidade civil pela desistência na adoção.** Instituto Brasileiro de Direito de Família. 27 ago. 2020. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1513/Responsabilidade+civil+pela+desist%C3%Aancia+na+ado%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 08 jun. 2022.

¹⁴⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: responsabilidade civil.** 4. ed., rev., atual. ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 62.

Para que haja aplicação da responsabilidade civil é necessária a existência da ação, comissiva ou omissiva, do dano e do nexo de causalidade.¹⁵⁰ Ao tratar o assunto, o Código Civil de 2002 normatizou a possibilidade de reparação civil pela prática de um ato ilícito (artigo 186) e a responsabilidade civil oriunda do abuso de direito (artigo 187). Desse modo, pratica ato ilícito “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral”. Mas também, “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”.¹⁵¹

Para retificar o caráter indenizatório do instituto, o artigo 927 do CC/02 dispõe que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo”.¹⁵²

Todo direito subjetivo exige que seu uso seja exercido dentro dos limites estabelecidos pela lei. Quando os limites de exercício do direito subjetivo não são obedecidos, estar-se-á diante de um ato ilícito na forma de abuso de direito. Em outras palavras, quem descumprir os parâmetros mencionados no artigo 187 do diploma civil fica sujeito à aplicação da responsabilidade civil por abuso de direito.

A boa-fé subjetiva corresponde à intenção de estar ou não agindo de forma a prejudicar outrem, ao passo que a boa-fé objetiva significa agir de forma congruente a certos padrões recomendados socialmente. A boa-fé empregada no artigo 187 está ligada ao modelo de conduta social por meio do qual o indivíduo deve ajustar sua conduta com base na lealdade e integridade.

Logo, pode-se observar a relação de dependência entre o descumprimento de um direito e a inobservância da boa-fé, uma vez que ao agir de maneira irregular, abusiva ou desleal com o padrão esperado naquela obrigação jurídica, o indivíduo extrapola os limites de seu direito, sendo enquadrado na hipótese de responsabilização por abuso de direito.

¹⁵⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade de civil**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. p. 37-38.

¹⁵¹ BRASIL, Código Civil. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em: 20. jun. 2021.

¹⁵² BRASIL, Código Civil. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em: 20. jun. 2021.

Assim sendo, Fernando Noronha aponta que “o verdadeiro critério do abuso do direito, por conseguinte, parece se localizar da boa-fé, pois em todos os atos geralmente apontados como abusivos estará presente uma violação ao dever de agir de acordo com os padrões de lealdade”.¹⁵³

Já o conceito de bons costumes, deve ser analisado de maneira completamente diferente daquele empregado no passado, cujo significado remetia às estruturas preconceituosas. Atualmente, a definição de bons costumes se assemelha à de boa-fé, podendo ser entendidos, de forma simplificada, como padrões ético-sociais de razoabilidade e convivência pacífica.¹⁵⁴

Por último, em relação ao fim econômico ou social, deve-se compreender que haverá “abuso de direito sempre que a utilização de uma faculdade jurídica colidir com os fins econômicos ou sociais para os quais foi instituída”.¹⁵⁵ A fim de ratificar essa ideia, o legislador dispôs no artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil que, ao aplicar a lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige.

A desistência da adoção durante o estágio de convivência não é uma prática ilegal, uma vez que não existe comando normativo proibindo esse comportamento. Ocorre que, ao analisar esse comportamento de acordo com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da proteção integral da criança e do adolescente, conclui-se que a desistência da adoção de forma imotivada, abrupta e depois de um considerável período, gera danos morais ao adotando. Ou seja, o direito subjetivo de adotar quando exercido com essas características, desvia da sua finalidade social e contraria a boa-fé, sendo hipótese de abuso de direito.

É no estágio de convivência que os laços afetivos vão se formar e, mesmo que depois de pouco tempo, a quebra desses afetos pode gerar a ideia de “reabandono” à criança. Por menor que tenha sido a duração do estágio de convivência, nessa fase já há expectativa da constituição de uma família para a criança e o adolescente.

¹⁵³ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 232.

¹⁵⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 234.

¹⁵⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 231.

Fernanda Orsi Baltrunas Doretto assevera que “a “devolução” da criança ou do adolescente ao abrigo no período do estágio de convivência ou imediatamente após o seu término, antes de prolatada a sentença de adoção, viola os direitos de personalidade da vítima, primordialmente a sua honra subjetiva”.¹⁵⁶ Seguindo a mesma linha de raciocínio, Guilherme Carneiro Rezende aponta que “a desistência de uma adoção, iniciado o estágio de convivência, é ato que indubitavelmente causa prejuízos nefastos ao adotando, que alimenta em si a esperança de que o ato será levado a cabo”.¹⁵⁷

Nos casos de desistência da adoção, não há violação ao patrimônio do adotando, portanto, não há que se falar em dano patrimonial, porém, pode ocorrer a violação do dano moral. Para Sergio Cavaliere Filho, “o dano moral não mais se restringe a dor, tristeza e sofrimento, estendendo a sua tutela a todos os bens personalíssimos — os complexos de ordem ética —, razão pela qual podemos defini-lo, de forma abrangente, como sendo urna agressão a um bem ou atributo da personalidade.”¹⁵⁸

As crianças que estão na fila de adoção são indivíduos que sofreram, ao longo da vida, sucessivas violações em relação a seus direitos básicos, como o direito à convivência familiar; logo, a adoção é vista por eles como uma possibilidade de recomeço. Por essa razão, a consequente frustração devido à desistência da adoção pode gerar a sensação de um novo abandono a esses indivíduos, afetando sua autoestima. Desde a fase de aproximação, o adotando compartilha do seu tempo com o adotante, com o intuito de que, ao fim do processo, essa conexão se torne um laço familiar. Quando existe um rompimento de forma abrupta dessa relação, o desenvolvimento emocional do indivíduo pode ser prejudicado, pois este voltará ao acolhimento institucional e terá que passar por todas as etapas novamente.

Diante do exposto, entende-se que a mera desistência da adoção durante a fase de convivência sem a devida fundamentação gera violação aos valores fundamentais da

¹⁵⁶ DORETTO, Fernanda Orsi Baltrunas. **Responsabilidade civil nos processos de adoção**. In: **Responsabilidade civil e direito de família: o direito de danos na parentalidade e conjugalidade**. São Paulo: Editora Foco, 2021. p. 69-80

¹⁵⁷ REZENDE, Guilherme Carneiro de. **A responsabilidade civil em caso de desistência da adoção**. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná, Curitiba, Ano 1 – n. °1, p. 94, dez. 2014.

¹⁵⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio, **Programa de responsabilidade civil**, 11. ed., rev. ampl., São Paulo: Atlas, 2014. p. 109.

personalidade humana do adotando. Portanto, é possível concluir que em relação à caracterização do dano moral e à necessidade de reparação, nos termos do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002.

Já no caso de “devolução” da adoção após o trânsito em julgado da sentença constitutiva, a configuração do dano moral é de fácil compreensão, uma vez que a fundamentação da reparação civil advém do abandono afetivo por descumprimento das obrigações do poder familiar.

Há pessoas que adotam uma criança para torná-la filho. Para chegar no ponto de receber este filho passam por uma série de situações [...] Fazem a convivência, isto é, a aproximação para se conhecerem, aceitam a criança, levam para casa e passado algum tempo acham que não é o que esperavam. Devolvem simplesmente. Se esquivam do compromisso assumido colocando a cidadania do filho num patamar social de “devolvido” e sem liberdade de escolha. Vidas que se entrelaçam e desfazem fazendo parte de lembranças repletas de diversos sentimentos.¹⁵⁹

O dano moral no reabandono é inegável, principalmente, quando o convívio familiar perdurou por um longo período. Nesses casos a ruptura é ainda mais dolorosa, pois é retirado da criança o lar, o afeto, os sonhos e, em alguns casos, a esperança. Percebe-se que o ato de “devolver” um indivíduo à instituição de acolhimento viola o princípio da dignidade da pessoa humana, além dos direitos personalíssimos do adotando. Sobre o assunto, Epaminondas da Costa sinaliza que:

[...] enganar uma criança, prometendo-lhe definitivamente um lar, inclusive com a alteração ilegal de seu prenome no meio social; e, repentinamente, depois de vários meses de intensa convivência familiar, “devolvê-la” sem qualquer justificativa plausível, além de deixá-la confusa em relação a sua verdadeira identidade, levando-a ainda a desenvolver o sentimento negativo de culpa pela forma imprópria com que agiram os adotantes, não há dúvida de que, em tal caso, houve a extrapolação dos limites da boa-fé ou dos bons costumes por parte dos requeridos (“teoria do abuso do direito”).¹⁶⁰

Do mesmo jeito que o abandono de um filho biológico gera responsabilidade civil, o abandono de um filho adotivo vai acarretar as mesmas consequências, isso porque a sentença constitutiva no processo de adoção gera vínculo parental. Em outras palavras, os adotantes

¹⁵⁹ THOME, Majoi Coquemalla. **De devolução para reabandono: a criança como sujeito de direitos**. Instituto Brasileiro de Direito de Família. 09 ago. 2018. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1292/De+devolu%C3%A7%C3%A3o+para+reabandono:+a+crian%C3%A7a+como+sujeito+de+direitos>>. Acesso em: 08 jun. 2022.

¹⁶⁰ COSTA, Epaminondas da. **Estágio de convivência, “devolução” imotivada em processo de adoção de criança e adolescente e reparação por dano moral e/ou material**. Disponível em: https://www.mpma.mp.br/arquivos/CAOPIJ/docs/Art_9._Devolu%C3%A7%C3%A3o_imotivada_de_adotado_-_indeniza%C3%A7%C3%A3o_por_danos_morais_MPMG.pdf. Acesso em: 10 jun. 2022.

podem ser responsabilizados pelos danos causados aos adotandos devido as negligências perpetradas durante o convívio familiar. Conclui-se, portanto, que o ato de “devolver” a criança ou o adolescente à instituição de acolhimento depois do trânsito em julgado da sentença constitutiva configura ilícito civil por abandono afetivo, sendo forçoso reconhecer a possibilidade de reparação civil por dano moral. Alguns autores defendem que essa conduta deve ser tratada também na esfera penal, através do artigo 133 do Código Penal.¹⁶¹

3.3 Análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Ainda que não existam dados a respeito dos casos de desistência da adoção, essa temática está presente em diversas ações ajuizadas em tribunais estaduais, o que corrobora para concluir que é uma realidade sofrida por diversas crianças e adolescentes brasileiros. A possibilidade de reparação civil nos casos de desistência da adoção não é tema sistematizado pelo ordenamento jurídico, portanto, não existe uniformidade nas decisões sobre o assunto.

Apresentam-se nesse tópico algumas das decisões relevantes proferidas no período de 2018 a 2022, pela segunda instância do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, referentes à reparação civil no caso de desistência da adoção. A análise jurisprudencial será feita de forma qualitativa. Para buscar as decisões, foi utilizada a pesquisa livre de jurisprudência disponibilizada no site do TJRJ. Foram inseridos os seguintes filtros: “desistência da adoção” e “dano moral” e, depois, “desistência da adoção” e “responsabilidade civil”.

De início, passa-se a análise do julgado proferido nos autos da Apelação Cível n.º 0033126-54.2012.8.19.0054. Na origem, trata-se de uma Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público. A adotante conheceu a criança quando esta vivia na rua e tinha apenas 7 anos de idade. A partir de então, passou a conviver com a mesma, desde o ano de 2008, a guarda de fato perdurou por três anos e o pedido da adoção só ocorreu em 2012. Durante o período de adaptação, tudo transcorria bem até o momento em que a criança começou a apresentar “problemas de comportamentos”.

¹⁶¹ DORETTO, Fernanda Orsi Baltrunas. **Responsabilidade civil nos processos de adoção**. In: **Responsabilidade civil e direito de família: o direito de danos na parentalidade e conjugalidade**. São Paulo: Editora Foco, 2021. p. 69-80

Em vez de a adotante providenciar a ajuda necessária, ela requereu o acolhimento do mesmo em abrigo. Na época, o infante já tinha 12 anos de idade e a sua transferência para uma instituição de acolhimento lhe causou sérios prejuízos emocionais e afetivos. Diante desse cenário, o Desembargador Álvaro Henrique Teixeira de Almeida entendeu que a desistência da adoção durante o estágio de convivência se mostrou abusiva, adequando-se à hipótese prevista no artigo 187 do Código Civil de 2002. Nesse viés, o Relator compreendeu que a “desistência da adoção com a consequente devolução que se deu de forma abrupta e sem as cautelas que o caso exigia. Dano moral experimentado pelo menor indubitavelmente configurado”.¹⁶²

Seguindo a mesma linha de raciocínio, a Desembargadora Marcia Ferreira Alvarenga, nos autos da Apelação Cível n.º 0019793-10.2020.8.19.0004, reconheceu a responsabilidade civil nos casos de desistência da adoção durante o estágio de convivência. Nesse caso, durante a guarda provisória o casal adotante começou a apresentar oscilações comportamentais no sentido de desejar permanecer com a criança ou entregá-la ao acolhimento institucional. A criança foi para a casa do casal em 09/05/2020. Ainda que a equipe técnica multidisciplinar tenha acompanhado de perto a aproximação, no dia 12/08/2020 os adotantes solicitaram a saída da criança de sua casa, porque a mesma teria “rabiscado um livro da escola, e que quando ia lhe bater com uma sandália, a menina teria reagido e machucado a sua mão”.¹⁶³

Ainda que o Estatuto da Criança e do Adolescente não impeça que os pretensos adotantes desistam da adoção até o trânsito em julgado da sentença constitutiva, o Relator do caso entendeu que:

[...] não se eximem estes de, ao decidirem nesse sentido, tomarem todas as cautelas necessárias para que isso se dê da maneira menos gravosa possível para a adotanda, uma vez que todo o processo deve girar em torno do melhor interesse da menina. Assim, ao identificarem os réus que, nas primeiras dificuldades de convívio enfrentadas, o propósito de formarem uma família com a criança deixou de existir, caberia a eles atuar, em conjunto com a equipe interdisciplinar que acompanha o caso, para que o retorno da infante ao lar acolhedor se desse de modo planejado, com vistas a evitar mais traumas à criança. E nesse ponto, nota-se que houve uma grande e inescusável falha na conduta dos recorrentes, apta a gerar o dano moral contra o qual se insurgem. Isso porque, ao abrupta e unilateralmente decidirem pela cessação do estágio de convivência — após discussão entre a recorrente e a menina, sem ao menos esperar o próximo atendimento agendado, a ser realizado no exíguo

¹⁶² TJERJ, 24ª Câmara Cível, **Apelação Cível 0033126-54.2012.8.19.0054**, Relator Desembargador Álvaro Henrique Teixeira de Almeida. j. 26. ago. 2020.

¹⁶³ TJERJ, 17ª Câmara Cível, **Apelação Cível n.º 0019793-10.2020.8.19.0004**, Relatora Desembargadora Marcia Ferreira Alvarenga. j. 14 out. 2021.

prazo de cinco dias – se inviabilizou qualquer preparação psicológica da infante para a mudança daí decorrente, além da possibilidade de inculir em sua mente a culpa pela devolução, acrescendo à sua história mais esse episódio de sofrimento.¹⁶⁴

No pedido inicial, o Ministério Público solicitou que fosse arbitrada a quantia de R\$ 4.000,00 a título de reparação extrapatrimonial devido à desistência da adoção. A Desembargadora entendeu que condenação era devida, mas o valor deveria ser atenuado. O primeiro parâmetro para a fixação da nova quantia foi o tempo de convivência entre as partes envolvidas, a julgadora entendeu que a desistência da adoção ocorreu “em momento em que ainda não tinha sido criado forte vínculo de afeto entre as partes, o que diminui as consequências do dano”. Em seguida, justificou que a verba compensatória não deve ser de alto valor a ponto de desestimular a política pública de adoção. Por fim, entendeu que devido à fragilidade econômica do casal, o valor mais adequado de acordo com as circunstâncias do caso seria o de R\$ 2.000,00.¹⁶⁵

No julgamento da Apelação Cível n.º 0010400-08.2016.8.19.0067, o Desembargador Cezar Augusto Rodrigues Costa analisou o caso em que os adotantes desistiram da guarda das crianças gerando sérios problemas psicológicos as mesmas. O Desembargador entendeu que houve violação aos dispositivos legais do ECA e à proteção integral da criança e do adolescente, prevista no artigo 277 da CRFB/88. Asseverou que os adotantes foram negligentes em relação aos deveres advindos do poder familiar e decidiu pela manutenção da condenação dos adotantes no valor de R\$ 10.000,00 para cada criança, a título de danos morais¹⁶⁶. Veja o inteiro teor da ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. INFÂNCIA E JUVENTUDE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEVERES INERENTES AO PODER FAMILIAR. NEGLIGÊNCIA DA GUARDIÃ. DESISTÊNCIA DA GUARDA. DESCRUMPRIMENTO DO DEVER DE ASSISTÊNCIA MATERIAL, AFETIVA, MORAL E EDUCACIONAL. DANOS PSICOLÓGICOS AOS ADOTADOS. SENTIMENTO DE REJEIÇÃO E ABANDONO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. CONDENAÇÃO A TÍTULO DE DANOS MORAIS. IRRESIGNAÇÃO DA PARTE RÉ. Ação civil pública proposta pelo Ministério Público com o fim de obter indenização pelos danos morais causados aos menores por seus adotantes e também danos materiais a título de pensão. O artigo 5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, dispõe que nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei

¹⁶⁴ TJERJ, 17ª Câmara Cível, **Apelação Cível n.º 0019793-10.2020.8.19.0004**, Relatora Desembargadora Marcia Ferreira Alvarenga. j. 14. out. 2021.

¹⁶⁵ TJERJ, 17ª Câmara Cível, **Apelação Cível n.º 0019793-10.2020.8.19.0004**, Relatora Desembargadora Marcia Ferreira Alvarenga. j. 14. out. 2021.

¹⁶⁶ TJERJ, 8ª Câmara Cível, **Apelação Cível n.º 0010400-08.2016.8.19.0067**, Relator Desembargador Cezar Augusto Rodrigues Costa. j. 21. jan. 2020.

qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais. Aos pais, sejam os que geraram ou adotaram, compete assistir moral, material e psicologicamente, criar e educar os filhos menores, fornecendo subsídios para sua adequada formação como indivíduo. Da farta documentação, especialmente do relatório psicossocial, realizado no ano de 2016, restou claro que os adotados sofreram negligência e abusos psicológicos por parte de seus adotantes, ora apelantes. A procedência do pedido de danos morais justifica-se pelos prejuízos de ordem emocional e psicológico sofridos pelas crianças, privados de amor, atenção e da chance de ter um verdadeiro lar, de pertencer a uma família capaz de suprir suas necessidades afetivas e materiais, após terem criado expectativas com a adoção. Diante de tantos elementos que corroboram o narrado pelo Ministério Público e demonstram a afronta aos dispositivos legais do ECA e a violação à proteção integral da criança e do adolescente, prevista no artigo 277 da Constituição Federal, porque os apelantes foram negligentes com os deveres de guarda e educação que assumiram, não há o que retocar no julgado que condenou os recorrentes a indenizar os menores no valor de R\$10.000,00 (dez mil reais) para cada criança, a título de danos morais. Recurso CONHECIDO e DESPROVIDO.¹⁶⁷

Da mesma forma, ao apreciar os autos da Apelação Cível n.º 0084789-56.2013.8.19.0038 o Desembargador Cesar Felipe Cury entendeu que o estágio de convivência não pode ser considerado um simples período de experiência. Ainda que lícita, a desistência da adoção pode se tornar ilícita quando exercida em desacordo com os princípios jurídicos e os aspectos sociais que lhe são emprestados. Aponta que no caso em apreço houve um longo período de tempo da guarda provisória, sendo a desistência da adoção imotivada, abrupta e incompatível com toda conduta anterior dos adotantes. Posto isso, foi reconhecido a configuração do dano moral sofrido pelo menor de idade.¹⁶⁸

Em regra, a fase de convivência deve durar noventa dias, podendo ser prorrogada por igual período. Ocorre que, em alguns casos, o estágio de convivência ultrapassa a previsão legal. Na Ação Civil Pública 0015878-44.2017.8.19.0040¹⁶⁹ o estágio de convivência perdurou por cinco anos e só foi finalizado devido ao pedido de desistência da adoção. Posto isso, em primeira instância, foi fixada a obrigação de prestar alimentos provisórios ao menor de idade, vez que este estava sob a guarda do adotante desde antes de completar 1 ano de idade. Já na apreciação do Agravo de Instrumento, o Desembargador entendeu ser inegável a criação de laços de afetividade e a quebra de expectativas por parte da criança, assim decidiu que:

¹⁶⁷ TJERJ, 8ª Câmara Cível, **Apelação Cível n.º 0010400-08.2016.8.19.0067**, Relator Desembargador Cesar Augusto Rodrigues Costa. j. 21 jan. 2020.

¹⁶⁸ TJERJ, 11ª Câmara Cível, **Apelação Cível n.º 0084789-56.2013.8.19.0038**, Relator Desembargador Cesar Felipe Cury. j. 29 ago. 2018.

¹⁶⁹ TJERJ, 6ª Câmara Cível, **Agravo de Instrumento n.º 0073497-52.2017.8.19.0000**, Relatora Desembargadora Inês da Trindade Chaves de Melo. j. 22. Ago. 2018.

[...] a desistência da adoção pela agravante após a criação de fortes laços afetivos, como atestado nos estudos sociais, capaz de gerar medo na criança da separação daquela que vê como a figura materna construída, desde o seu primeiro ano de vida, até os 06 anos de idade, afigura-se verdadeiro ato negligente causador de danos, muitas vezes irreversíveis, diante da rejeição sofrida. Os alimentos provisórios fixados pelo juízo de primeiro grau dizem respeito ao rompimento da maternidade socioafetiva estabelecida pela criança com a agravante adotante, por extenso período e as consequências, inclusive psicológicas, que tal atitude gera. arts. 1º e 227 da CR/88 c/c art. 3º do ECA e art. 300 do CPC. Decisão que se mostra acertada diante da verossimilhança das alegações autorais e da necessidade presumida da menor, somada a correta ponderação dos interesses em jogo. Melhor interesse da criança, como pessoa em desenvolvimento, o que densifica a dignidade.¹⁷⁰

A maioria dos julgados caminha no sentido de reconhecer a caracterização do dano moral nos casos de desistência de adoção. Porém, ainda existem aqueles que entendem ao contrário, é o que se verifica no processo n.º 0009909-40.2014.8.19.0206. A sentença proferida no julgamento da Ação Civil Pública deu parcial procedência aos pedidos formulados pelo Ministério Público para “condenar os réus a pagarem à criança a título de obrigação alimentar, o valor de um salário-mínimo, até que se proceda à efetiva adoção, e a quantia de R\$10.000,00, a título de dano moral”. Ocorre que, em segunda instância, o Desembargador Carlos José Martins Gomes entendeu que a adoção só produz efeitos após o trânsito em julgado da sentença constitutiva, por essa razão, defendeu que não há obrigação alimentar dos adotantes em relação aos adotandos, uma vez que no caso analisado o processo de adoção não tinha sido concluído.

Além disso, ratificou o dever do Estado em fornecer tratamento psicológico ao infante, nos termos do disposto nos artigos 196 e 227 da Constituição da República de 1988. Para o Desembargador a “conduta dos réus que não se apresentou culposa ou dolosa. Inviável a concretização da adoção, em decorrência de conflito havido com o filho dos adotantes, o que não justifica a condenação a indenizar”.

Da análise dos casos, conclui-se que apesar de não existir normatização a respeito do tema, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em regra, entende ser possível a caracterização do dano moral nos casos de desistência da adoção no estágio de convivência e após a sentença constitutiva e, conseqüentemente, a necessidade de reparação civil. Ainda que exista decisão ao contrário, a maioria dos julgados proferidos sobre o tema no lapso temporal de 2018 a 2022 entendeu que o ato de desistir gera abalos traumáticos à criança e ao

¹⁷⁰ TJERJ, 6ª Câmara Cível, **Agravo de Instrumento n.º 0073497-52.2017.8.19.0000**, Relatora Desembargadora Inês da Trindade Chaves de Melo. j. 22 ago. 2018.

adolescente, o que viola a dignidade da pessoa humana e a proteção integral da criança e do adolescente.

Por essa razão, o entendimento final das decisões caminha no sentido de condenar os desistentes a dano moral sofrido pelo infante, tendo o valor da reparação variado entre R\$ 2.000,00 e R\$ 10.000,00, de acordo com as especificidades do caso concreto. Em algumas decisões, o Ministério Público solicita além do valor a título de dano moral, o custeio de acompanhamento psicológico para o menor de idade.

CONCLUSÃO

Assim como todo o Direito de Família, a adoção sofreu modificações depois da promulgação da Constituição da República de 1988. A partir desse marco legislativo, o instituto passou a ser norteado pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção integral da criança e do adolescente. Dessa forma, atualmente, o processo de adoção é construído com o intuito de atender o melhor interesse do adotando e não mais do adotante. O principal objetivo da adoção é assegurar ao menor de idade o direito fundamental à convivência familiar, é reinserir a criança e o adolescente em um arranjo familiar que lhe forneça amor, carinho e um ambiente propício ao seu desenvolvimento pleno e saudável.

De acordo com o Conselho Nacional de Justiça, o processo de adoção é construído por nove etapas, dentre elas estão as fases de envio de documentos, pedido habilitação, curso de preparação, aproximação entre as partes, estágio de convivência e sentença constitutiva. A longevidade do processo é explicada devido à importância e à responsabilidade de se escolher uma família substituta ao menor de idade com histórico familiar marcado por violações a garantias fundamentais. Ocorre que, mesmo depois de tantas etapas, existem pretendentes à adoção que desistem de adotar durante a fase de convivência ou, até mesmo, após o trânsito em julgado da sentença constitutiva.

O estágio de convivência é uma ferramenta que tem como finalidade assegurar o melhor interesse da criança e do adolescente, pois é através dele que os laços afetivos entre adotante e adotando são consolidados. O estágio de convivência serve como um meio para o adotando se adaptar ao novo núcleo familiar. A partir desse momento, já existe uma expectativa de consolidação do processo de adoção por parte do menor de idade. A desistência da adoção durante a fase de convivência não é ilegal, no entanto, quando realizada de forma imotivada, abrupta e depois de um considerável período de tempo, pode gerar abalos psíquicos e emocionais à criança e ao adolescente.

Em outras palavras, o direito subjetivo de adotar, quando exercido com essas características, desvia da sua finalidade social e contraria a boa-fé, sendo hipótese de responsabilidade civil por abuso de direito, com fundamento no artigo 187 do Código Civil de 2002.

A possibilidade de reparação civil no ordenamento jurídico brasileiro ocorre pela prática de um ato ilícito ou de uma conduta com abuso de direito. Em ambas as hipóteses, haverá uma ação, comissiva ou omissiva, um dano e o nexo de causalidade interligando os dois elementos anteriores. Quando os pressupostos da responsabilidade civil estão presentes, a reparação civil ao lesado se faz necessária. É no estágio de convivência que os laços afetivos formam-se e, mesmo que em pouco tempo, a quebra desses afetos sem o devido cuidado e atenção podem gerar a ideia de “duplo abandono” à criança e ao adolescente, sendo necessária a sua reparação.

Da mesma forma, haverá responsabilidade civil depois do trânsito em julgado da sentença constitutiva proferida ao fim do processo de adoção. Nesse caso, não se fala mais em “desistência” da adoção, mas sim, em “devolução” ou “reabandono”, tendo em vista que o vínculo de filiação civil, nessa fase, já foi construído. Desse modo, quando os adotantes devolvem os adotandos ao acolhimento institucional após o trânsito em julgado, haverá ilícito civil por abandono afetivo, sendo necessário reconhecer o dano moral e a obrigação de prestar alimentos.

A partir de uma análise qualitativa das decisões proferidas, entre 2018 e 2022, pela segunda instância do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, observou-se que os julgadores caminham no sentido de entender a possibilidade de reparação civil nos casos de desistência da adoção durante o estágio de convivência e após a sentença constitutiva. Ainda que não seja unânime, é defendido que a desistência da adoção gera danos morais consideráveis ao menor de idade, sendo hipótese de reparação civil.

Diante de todo o exposto, conclui-se que é possível reconhecer a responsabilidade civil nos casos de desistência da adoção na fase de convivência e, principalmente, após o trânsito em julgado da sentença constitutiva. Tal raciocínio se fundamenta haja vista que a ruptura de expectativa advinda da adoção frustrada pode gerar danos psicológicos incalculáveis às crianças e aos adolescentes, que devido à ausência de acolhimento pela família adotiva podem sofrer com a sensação de duplo abandono.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 4. ed., 1972. *apud* TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos de direito civil – responsabilidade civil**. v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

AYRES, Lygia Santa Maria. **De menor a criança, de criança a filho: discursos de adoção**. 2005. 271 f. Tese (Doutorado em Psicologia Social). Instituto de Psicologia – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005. *apud* ANDRADE, Sabrina Renata. PIERINI, Alexandre José. GALLO, Zildo. **A trajetória jurídica da adoção no Brasil: análise do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) e da lei 12.010/09**. Revista Brasileira Multidisciplinar. v. 22, n. 3. 2019.

BARROS, Juliana Fernanda de. RIBEIRO, Priscila Weiler. SOUZA, Lorena de Freitas. **Os aspectos psicológicos da criança e do adolescente na adoção tardia**. Psicologia: Ciência e Profissão, v. 41.

BENACCHIO, Marcelo. **Algumas considerações acerca da relação de causalidade na responsabilidade civil**. *apud* Responsabilidade civil. GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. Imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994. p. 41. *apud* ANDRADE, André Gustavo C. de. **A evolução do conceito de dano moral**. Revista da EMERJ, v. 6, n. 24, 2003.

BRASIL, Código Civil. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em: 20. jun. 2021.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Sistema nacional de adoção e acolhimento: painel de acompanhamento**. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ccd72056-8999-4434-b913-f74b5b5b31a2&sheet=4f1d9435-00b1-4c8c-beb7-8ed9dba4e45a&opt=cursel&select=clearall> Acesso em: 18. jun. 2022.

BRASIL. Conselho nacional de justiça. **Treinamento do novo sistema nacional de adoção e acolhimento, 2020**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/Apostila-Sistema-Nacional-de-Ado%C3%A7%C3%A3o-e-Acolhimento_2020-5-8.pdf . Acesso em: 13. jun. 2022.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html . Acesso em 20. jun. 2021.

BRASIL. **Decreto 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília, DF, 21 nov. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm . Acesso em: 21. jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266 . Acesso em: 21. jun 2021.

CALDERON, Ricardo Lucas. **O percurso construtivo do princípio da afetividade no Direito de Família Brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos.** Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/26808/dissertacao%20FINAL%2018-11-2011%20pdf.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 08. jul. 2022.

CALIXTO, Marcelo Junqueira; KONDER, Cíntia Muniz de Souza. **O estatuto jurídico do patrimônio mínimo e a mitigação da reparação civil** In: EHRHARDT JUNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths (Coord.). **Transformações no direito privado nos 30 anos da Constituição: Estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin.** Belo Horizonte: Fórum, 2019.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Adoção e guarda.** Belo Horizonte: Del Rey, 2010. *apud* COIMBRA, Natalia Mansur. **O procedimento adotivo no direito brasileiro.** Trabalho de Conclusão de Curso. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2012.

CAVALIERI FILHO, Sérgio, **Programa de responsabilidade civil**, 11. ed., rev. ampl., São Paulo: Atlas, 2014.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Responsabilidade civil no novo código civil.** Revista da EMERJ, v. 6, n. 24, 2003.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, **Resolução 289, de 14 de agosto de 2019.** Brasília, DF, 14. ago. 2019. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_289_14082019_15082019141539.pdf . Acesso em: 15. nov.2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: **Passo a passo da adoção.** 2019. Brasília. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/adocao/passo-a-passo-da-adocao/> Acesso em: 13. set. 2021.

COSTA, Epaminondas da. **Estágio de convivência, “devolução” imotivada em processo de adoção de criança e adolescente e reparação por dano moral e/ou material.** Disponível em: https://www.mpma.mp.br/arquivos/CAOPIJ/docs/Art_9._Devolu%C3%A7%C3%A3o_imotivada_de_adotado_-_indeniza%C3%A7%C3%A3o_por_danos_morais_MPMG.pdf . Acesso em: 10 jun. 2022.

COSTA, Epaminondas da. **Estágio de convivência, “devolução” imotivada em processo de adoção de criança e adolescente e reparação por dano moral e/ou material.** Disponível em: https://www.mpma.mp.br/arquivos/CAOPIJ/docs/Art_9._Devolu%C3%A7%C3%A3o_imotivada_de_adotado_-_indeniza%C3%A7%C3%A3o_por_danos_morais_MPMG.pdf . Acesso em: 10 jun.2022.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 12. ed., rev. atual. de acordo com o Código Civil de 2002, aumentada por Rui Berford Dias. Imprensa: Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **A união homoafetiva e a constituição federal: análise dos aspectos sócio-jurídicos**. 2008. Disponível em: <https://berenedias.com.br/a-uniao-homoafetiva-e-a-constituicao-federal-analise-dos-aspectos-socio-juridicos/?print=pdf>. Acesso em: 16 out. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

DIAS, Maria Berenice. **O lar que não chegou**. 2009. Disponível em: <https://berenedias.com.br/o-lar-que-nao-chegou/>. Acesso em: 16 out. 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. v. 5. 22. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade de civil**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIREITOS HUMANOS, Portal dhnet. **Declaração dos direitos do homem e do cidadão, admitidos pela convenção nacional em 1793 e afixada no lugar das suas reuniões**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1793.htm>. Acesso em: 18 dez. 2021.

DOROTTO, Fernanda Orsi Baltrunas. **Responsabilidade civil nos processos de adoção**. In: **Responsabilidade civil e direito de família: o direito de danos na parentalidade e conjugalidade**. São Paulo: Editora Foco, 2021.

FAMPA, Daniel Silva. PENNA, João Vitor. **O método bifásico de quantificação das indenizações por danos morais: apontamentos a partir da jurisprudência do STJ**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/360601/o-metodo-bifasico-de-quantificacao-das-indenizacoes-por-danos-morais> Acesso em: 09. jul. 2022.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 7. ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; BARRETTO, Fernanda Carvalho Leão. **Responsabilidade civil pela desistência na adoção**. Instituto Brasileiro de Direito de Família. 27 ago. 2020. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1513/Responsabilidade+civil+pela+desist%C3%Aancia+na+ado%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 08 jun. 2022.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Filiação e reprodução assistida - introdução ao tema sob a perspectiva civil-constitucional**. *apud* GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA

FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família**. v. 6. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GROENINGA, Giselle Câmara. **Direito e psicanálise - um novo horizonte epistemológico**. Disponível em <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/111.pdf> Acesso em: 16 out. 2021.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Família e casamento em evolução**. Revista do Advogado, São Paulo, n. 62, 2001.

KIRCH, Aline Taiane; COPATTI, Lívia Copelli. **Criança e adolescente: a problemática da adoção e posterior devolução às casas de acolhimento**. Prisma Jur., São Paulo, v. 13, n. 1, p. 25, jan./jun. 2014.

LARENZ, Karl. **Derecho Civil: parte general. Madri: editoriales de derechos reunidas, 1978. apud BRAGA, Karina Costa. BRAGA, Arleide Costa de Oliveira. A evolução da dignidade da pessoa humana como valor vetor da Previdência Social**. Revista Brasileira de Direito Social. v. 1, n. 2. p. 37. out/2018.

LOBO, Paulo. **O poder familiar**. Jus, 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8371/do-poder-familiar>>. Acesso em: 30 de maio de 2022.

LOBO, Paulo. **Transformações jurídicas da família no Brasil**. Genjurídico. 2018. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/02/12/transformacoes-juridicas-familia-brasil/>. Acesso em: 16.10.2021.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Direito das famílias: amor e bioética**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 19. In: Cassettari, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos** /. Christiano Cassettari. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil**. Direito, Estado e Sociedade. v.9, n.29. jul/dez, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A nova família, de novo – estruturas e função das famílias contemporâneas**. Pensar, Fortaleza, v. 18, n. 2, mai./ago. 2013.

NAVEGA, Leandro. **Expansão da responsabilidade civil objetiva: análise da (in)adequação da inserção no ordenamento jurídico de uma cláusula geral de responsabilidade objetiva**. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 66, out./dez. 2017.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais apud FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. NETTO, Felipe Peixoto Braga. Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

PARANÁ, Ministério Público do. **Adoção: um encontro de amor**. Disponível em: <https://mppr.mp.br/pagina-6099.html> . Acesso em: 01. fev. 2022.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil - direito de família**. v. 5. 19. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. vol. I. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PEREIRA, Tânia da Silva. Adoção. *apud* TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Fundamentos do direito civil: direito de família**. v. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

QUEIROGA, Antônio Elias. **Curso de direito civil: direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 12 *apud* ZENI, Bruna Schindwein. **A evolução histórico-legal da filiação no Brasil**. Direito em debate. Ano XVII. n. 31, jan/jun. 2009.

REIS, Clayton; SIMOES, Fernanda Martins. **As relações familiares sob a ótica da responsabilidade civil brasileira**. Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 11, n. 2, jul./dez. 2011.

REZENDE, Guilherme Carneiro de. **A responsabilidade civil em caso de desistência da adoção**. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná, Curitiba, Ano 1 – n. °1, dez. 2014.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lu-men Juris, 2002, *apud* Taveira, Christiano de Oliveira. **Dignidade da pessoa humana e os limites à liberdade de informação**. Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 32, n. 2. jul./dez. 2016.

SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição**. In: SCHREIBER, Anderson, KONDER, Carlos Nelson (coord.). **Direito civil constitucional**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

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

SPINA, Clarice. **Algumas reflexões sobre a devolução no processo de adoção**. *apud* THOME, Majoi Coquemalla. **De devolução para reabandono: a criança como sujeito de direitos**. Instituto Brasileiro de Direito de Família. 09 ago. 2018. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1292/De+devolu%C3%A7%C3%A3o+para+reabandono:+a+crian%C3%A7a+como+sujeito+de+direitos>. Acesso em: 08 jun. 2022.

STF, **Recurso Extraordinário nº 898.060**, Relator Ministro Luiz Fux, Plenário, publicação em: 24. ago. 2017.

STJ, 3ª Turma, **Recurso Especial 1.152.541/RS**, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. j. 13. set. 2011.

STJ, 3ª Turma, **Recurso Especial 1.159.242/SP**, Relatora Ministra Nancy Andrichi. j. 24. mar. 2012.

STJ, 3ª Turma, **Recuso Especial 1.887.697/RJ**, Relatora: Ministra Nancy Andrighi. j. 21. set. 2021.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RIBEIRO; Gustavo Pereira Leite. **Manual de direito das famílias e das sucessões. 2. ed.** Belo Horizonte: Del Rey e Mandamentos, 2008.

TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Fundamentos do direito civil: direito de família.** v. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos de direito civil – Responsabilidade civil.** v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

THOME, Majoi Coquemalla. **De devolução para reabandono: a criança como sujeito de direitos.** Instituto Brasileiro de Direito de Família. 09 ago. 2018. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1292/De+devolu%C3%A7%C3%A3o+para+reabandono:+a+crian%C3%A7a+como+sujeito+de+direitos> . Acesso em: 08 jun. 2022.

TJERJ, 11ª Câmara Cível, **Apelação Cível n.º 0084789-56.2013.8.19.0038**, Relator Desembargador Cesar Felipe Cury. j. 29 ago. 2018.

TJERJ, 17ª Câmara Cível, **Apelação Cível n.º 0019793-10.2020.8.19.0004**, Relatora Desembargadora Marcia Ferreira Alvarenga. j. 14 out. 2021.

TJERJ, 24ª Câmara Cível, **Apelação Cível 0033126-54.2012.8.19.0054**, Relator Desembargador Álvaro Henrique Teixeira de Almeida. j. 26 ago. 2020.

TJERJ, 6ª Câmara Cível, **Agravo de Instrumento n.º 0073497-52.2017.8.19.0000**, Relatora Desembargadora Inês da Trindade Chaves de Melo. j. 22 ago. 2018.

TJERJ, 8ª Câmara Cível, **Apelação Cível n.º 0010400-08.2016.8.19.0067**, Relator Desembargador Cezar Augusto Rodrigues Costa. j. 21 jan. 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família.** v. 6. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**, 12. ed., São Paulo: Atlas, 2012.