



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LARISSE DE SOUZA FREITAS

**A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DOS
PRETENDENTES À ADOÇÃO EM CASO DE DESISTÊNCIA
DURANTE O ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA: UMA ANÁLISE À
LUZ DOS DIREITOS DO ADOTANDO**

Salvador
2017

LARISSE DE SOUZA FREITAS

**A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DOS
PRETENDENTES À ADOÇÃO EM CASO DE DESISTÊNCIA
DURANTE O ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA: UMA ANÁLISE À
LUZ DOS DIREITOS DO ADOTANDO**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Cristiano Chaves de Farias

Salvador
2017

TÍTULO DO TRABALHO MONOGRÁFICO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2017

RESUMO

O estudo apresentado se destina a análise do microsistema jurídico que garante tratamento especial e prioritário aos interesses das crianças e adolescentes em cotejo com o instituto jurídico da responsabilização civil, com vistas a compreensão da possibilidade de imposição do dever de reparar aos adotantes que decidem pelo não prosseguimento do processo de adoção, muito embora já tenham avançado até a fase do estágio de convivência. Para tanto, buscou-se identificar os pressupostos de incidência do dever de reparação, bem assim compreender o alcance e o sentido do arcabouço principiológico que rege as relações privadas, cuja desobediência aos seus preceitos configura hipótese de responsabilização civil. Ademais, de suma importância se mostrou o estudo das garantias asseguradas ao menor, de modo a possibilitar a compreensão do papel central conferido ao infante pelo ordenamento jurídico, com base no princípio do melhor interesse e da proteção integral da criança e do adolescente, os quais concretizam-se também no processo de adoção, devendo, pois, este ser compreendido sob a ótica de satisfação dos interesses da criança. Ante o exposto, o presente estudo enfrenta a ponderação da existência de um direito do adotante em desistir de prosseguir com o processo de adoção, ou seja, a análise acerca desta conduta configurar tão somente o exercício regular de um direito, em contraposição aos direitos do menor e a posição de supremacia dos seus interesses concedida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente aliada aos preceitos impostos pelo Código Civil que devem reger as relações dos sujeitos de direito privado, de modo a possibilitar que a conduta dos adotantes indecisos seja tida pelo ordenamento jurídico como contrária aos ditames da boa-fé objetiva e, por conseguinte, revele-se abusiva.

Palavras-chave: direitos da criança e do adolescente; adoção; estágio de convivência; responsabilidade civil; boa-fé objetiva.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal de 1988.
CP	Código Penal
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
TJ-MG	Tribunal de Justiça de Minas Gerais
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO

xx

2. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

2.1. REGIME JURÍDICO

2.2. DIREITO À VIDA E À SAÚDE

2.2.1. proteção à saúde do nascituro

2.3 DIREITO À LIBERDADE, AO RESPEITO E À DIGNIDADE

2.4 DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA

2.4.1. família substituta: guarda, tutela e adoção

3. ADOÇÃO

3.1. REGRAS DA ADOÇÃO NO BRASIL

3.2. ADOÇÃO POR FAMÍLIA ESTRANGEIRA

3.3. IRREVOGABILIDADE DA ADOÇÃO

3.4. ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA

3.5. ADOÇÃO: UM DIREITO DO ADOTANTE OU DO ADOTADO?

3.6. POSSÍVEIS DANOS CAUSADOS AO ADOTANTE PELA DESISTÊNCIA

4. RESPONSABILIDADE CIVIL

4.1. NOÇÕES GERAIS

4.2. DANO EXTRAPATRIMONIAL

4.3. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

4.3.1 Função integrativa

4.3.2 Função limitativa

4.3.3. Função interpretativa

4.4. VINCULATIVIDADE CONTRATUAL

4.5. RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL: RUPTURA INJUSTIFICADA DAS TRATATIVAS

4.6 JURISPRUDÊNCIA: SITUAÇÕES DE (IR)RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL EM DECORRÊNCIA DE DANOS CAUSADOS DURANTE O PROCESSO DE ADOÇÃO

5. CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS

xx

1. INTRODUÇÃO

O estudo ora apresentado se dirige à investigação de eventuais elementos no ordenamento jurídico capazes de justificar a responsabilização civil dos sujeitos que optam por não dar continuidade ao processo de adoção.

Isso porque, muito embora não se possa falar, de maneira apriorística, que o comportamento do adotante desistente constitui ato ilícito, a conduta contraditória destes sujeitos pode ser considerada abuso de direito, bem assim o exercício do alegado direito de desistência pelos adotantes pode caracterizar desvio de finalidade do instituto do estágio de convivência, o que representaria, de igual modo, a abusividade da conduta.

Nesse sentido, o presente estudo consistirá em exame das garantias principiológicas destinadas ao infante, a exemplo do melhor interesse do menor e da proteção integral, de modo a compreender o alcance destas normas e seus reflexos nos conflitos que envolvem interesses de crianças e adolescentes.

Na sequência, passaremos a análise do instituto jurídico da adoção, a fim de conhecer o procedimento de substituição familiar, bem assim examinar a preparação que este proporciona aos pretensos adotantes e analisar os fundamentos do estágio de convivência.

Ademais, estudaremos os possíveis danos causados ao menor que é submetido a nova rejeição pela família substituta, de modo a compreender se é possível falar em reflexos deste abandono em sua saúde psicológica, por conseguinte, em seu comportamento e sua maneira de se relacionar com outras pessoas.

Logo após, será analisado o dever de reparação mediante a exposição de seus pressupostos, com destaque para a exposição dos ensinamentos doutrinários acerca do dano extrapatrimonial, haja vista ser esta modalidade de dano possivelmente causado ao adotado.

Ante o exposto, também será verificada a incidência do princípio da boa-fé objetiva sobre as relações de direito privado, com vistas a identificação dos deveres anexos impostos pelo sobredito preceito jurídico, de modo a evitar ofensa injusta as expectativas geradas nos sujeitos da relação jurídica. Assim, necessário se faz a

investigação do cumprimento destes deveres de conduta pelos adotantes para que reste afastada a pretensão indenizatória suscitada pelo presente trabalho monográfico.

Destarte, em seguida observaremos as situações que podem configurar abuso de direito, a fim de identificar as hipóteses em que o exercício de uma faculdade jurídica ocorre de maneira contrária ao que preceitua o ordenamento legal, com o intuito de verificar se a desistência do processo de adoção pelo adotante pode configurar violação a outras normas jurídicas.

Nesse sentido, haverá, ainda, estudo acerca das situações de responsabilização civil em que, embora não tenha ocorrido a celebração do contrato, verifica-se a existência de confiança no aperfeiçoamento contratual, ocorrendo a ruptura das negociações de maneira abrupta e injusta, a qual não merece amparo do ordenamento jurídico. Isso porque, tal situação guarda estrita relação com o comportamento do sujeito que envida esforços em assumir a posição de pais do adotado, até o momento do estágio de convivência, que revela-se a última fase para a concretização da adoção pela sentença que constitui o vínculo irrevogável da filiação.

Por fim, analisaremos os julgados dos Tribunais pátrios, com vistas a compreensão do atual entendimento dos magistrados acerca da possibilidade de responsabilização civil dos pretendentes a adoção que, sem motivo justo, decidem pelo não prosseguimento do processo de adoção após o estágio de convivência, momento vislumbrado pelo Legislador como oportuno a criação de vínculo sócio-afetivo entre adotante e adotado.

2. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

2.1 REGIME JURÍDICO

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), na condição de microsistema jurídico, possui princípios próprios capazes de caracterizar a existência de um regime jurídico.

Nesse sentido, os princípios norteadores do diploma normativo em questão podem ser sintetizados no mandamento da proteção integral do menor, da supremacia do melhor interesse, da prioridade absoluta e da municipalização¹.

Desse modo, cumpre esclarecer o teor de tais princípios, sendo o princípio da proteção integral encarado por Andréa Rodrigues Amin² como a norma responsável pela materialização da concepção do menor como sujeito de direito.

Corroborando com o entendimento acima exposto, Cristiane Dupert³ afirma que com o advento do ECA findou-se o período da “situação irregular”, deixando a criança e o adolescente de ser objeto de medida judicial para ser tratado como sujeito de direito.

Acerca do período da “situação irregular”, impende tecer alguns comentários. Esta doutrina encontrava amparo no Código de menores de 1979, conforme ensinamentos de Andréa Rodrigues Amin⁴, tendo como principal característica o tratamento indistinto da situação de carência e delinquência.

Desse modo, o infante abandonado recebia o mesmo tratamento do jovem infrator, consistindo este, na maioria das situações, em internação em institutos para menores, como esclarece Cristiane Dupert⁵.

Como se vê, sobreveio ao sistema da situação irregular o direito à proteção integral, o qual foi conceituado de maneira irreparável por Cristiane Dupert⁶:

Proteger de forma integral é dar atenção de forma diferenciada à criança, rompendo com a igualdade puramente formal para estabelecer um sistema normativo que se na busca pela igualdade material, por meio de um tratamento desigual, privilegiado, à criança, assegurando-lhes a satisfação

¹ AMIN, Andréa Rodrigues. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: Aspectos teóricos e práticos. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (coord). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 21.

² AMIN, Andréa Rodrigues. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: Aspectos teóricos e práticos. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (coord). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 11.

³ DUPERT, Cristiane. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. Belo Horizonte: Jus editora, 2012. 2ª ed. p. 25.

⁴ *Ibidem*. p. 13.

⁵ *Ibidem*. p. 24.

⁶ *Ibidem*. p. 29.

de suas necessidades básicas, tendo em vista sua especial condição de pessoa em desenvolvimento.

Merece destaque, ainda, a diferença existente quanto ao âmbito de aplicação da situação irregular e da proteção integral. Isso porque, a primeira doutrina restringia seu campo de atuação às situações de infração e abandono familiar, enquanto a proteção integral é aplicável a toda criança e adolescente de maneira indistinta, haja vista tratar-se de previsão de direitos a este grupo social⁷.

Noutro giro, o princípio do melhor interesse tem caráter interpretativo e integrativo, devendo ser observado de igual modo pelo legislador e pelo intérprete da lei, visto que orientará o legislador na decisão dos bens e interesses jurídicos que deverão ser protegidos pelo sistema legal, bem assim servirá ao aplicador do direito, eis que as normas do Estatuto deverão, pois, ser compreendidas com base no interesse do infante, no que se revelar mais benéfico a este.

Dito isto, esclarece Andréa Rodrigues Amin⁸ que o melhor interesse do infante não pode ser concebido a partir do subjetivismo do intérprete, ao revés, deverá ser aferido mediante critérios objetivos.

No que concerne ao princípio da prioridade absoluta, este encontra previsão no art. 227⁹ da CF/88 e no art. 4^o¹⁰ do ECA, o conteúdo de tal princípio impõe que o atendimento aos direitos da criança e do adolescente ocupe maior grau de importância na atuação dos governantes, atendendo-se, prioritariamente, as necessidades dos menores¹¹.

Em se tratando do princípio da municipalização, este visa atender ao mandamento de proteção integral aos infantes, visto que ao incumbir-se o Município de

⁷ AMIN, Andréa Rodrigues. Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (coord). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 14.

⁸ *Ibidem*. p. 34.

⁹ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11.11.2017.

¹⁰ Art. 4^o É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> . Acesso em: 11.11.2017.

¹¹ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Malheiros, 2010. 11^a ed. p. 18-19.

implementar políticas públicas em benefício das crianças e adolescentes buscou-se a eficiência de sua atuação em razão de sua maior proximidade com a realidade local.

No entanto, convém mencionar a existência de solidariedade dos Estados e da União com o Município para a tutela dos direitos do infante, não sendo possível, pois, que se eximam do dever de proteção ao menor.

2.2 DIREITO À VIDA E À SAÚDE

O direito à vida e à saúde encontram-se indissociavelmente ligados, eis que o direito à vida deve ser encarado em sua acepção mais ampla, conforme ensinamentos de Kátia Regina Lobo¹², que esclarece tratar-se o referido direito não apenas de garantia à sobrevivência, mas da oportunização ao indivíduo do gozo de uma vida digna.

Como se vê, pauta-se, pois, o direito à vida no bem-estar do sujeito, elemento nuclear do direito à saúde, sendo impossível a concretização dos efeitos aspirados pela garantia a uma vida digna quando houver ofensa ao direito à saúde.

Nesse sentido, cabe explicitar-se o conteúdo do direito à saúde, este, segundo a Organização Mundial da Saúde, consiste em um “estado de completo bem-estar físico, mental e social, não apenas ausência de doenças”¹³.

Com fulcro no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a família, a comunidade e o Poder Público encontram-se incumbidos de promover o exercício dos direitos em exame, a teor do que dispõe o art. 4º, do ECA¹⁴.

Roberto João Elias¹⁵ sintetiza com precisão o tema:

há o direito a um nascimento sadio, bem como ao de se desenvolver em condições dignas. Para isso, contudo, não basta o referido preceito. É preciso vontade política e alocação de recursos necessários à área da saúde, que devem ser adequadamente utilizados.

¹² MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 40.

¹³

¹⁴ Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 4º:

¹⁵ ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2010. 4ª ed. 4ª triagem (2014). p. 20.

Ademais, é dever de todos assegurar à criança e ao adolescente a efetivação de seus direitos, tendo em vista competir à sociedade, em última instância, a promoção da proteção aos direitos dos infantes.

No que concerne ao dever da família em zelar pelo direito à vida e à saúde da criança e do adolescente, Kátia Regina Lobo¹⁶ exemplifica-o mediante o dever de buscar assistência médica para os filhos, de manter a vacinação em dia, bem como de manter-se atento aos sintomas que estes possam apresentar.

Herbert de Souza¹⁷ conceitua o direito à vida de maneira ainda mais contundente e abrangente, visto que o define como a garantia de condições plenas de vida, revelando este conceito estrita consonância com o objeto de tutela dos demais direitos fundamentais da criança e do adolescente, cuja previsão encontra-se, precipuamente, no art. 227¹⁸, da Constituição Federal de 1988 (CF/88) e arts. 3º, 4º e 5º do ECA¹⁹.

¹⁶ Ibidem. (tirar dúvida).

¹⁷ SOUZA, Herbert de. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. Munir Cury (Coord.). Brasil: Malheiros, 2013. p. 60/61.

¹⁸ É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

¹⁹ Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

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

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais

Neste contexto, o autor²⁰ indica a necessidade do Poder Público priorizar a destinação dos recursos públicos com despesas voltadas à formação das crianças e adolescentes.

No que compete ao papel da sociedade na concretização do quanto previsto nas normas de direito fundamental dos infantes, Herbert de Souza esclarece ser necessária a participação de todos, sendo essencial que assumam este compromisso: “como se faz, quando se pode, com os próprios filhos, com as pessoas que nós amamos, sem espera, sem vacilações”²¹.

Dito isto, mister se faz reconhecer o papel de cada agente citado no que diz respeito a efetivação dos direitos menoristas.

2.2.1 Proteção à saúde do nascituro

A saúde da criança e do adolescente encontra proteção pelo ordenamento jurídico pátrio desde à vida intrauterina, conforme lições de Valter Kenji Ishida²², que vislumbra a tutela à saúde do nascituro como corolário do próprio direito da criança ao nascimento.

O direito do nascituro à saúde materializa-se no ECA em seus arts. 8º e 10²³, os quais tratam de direitos específicos da gestante, assegurando-a atendimento pré-

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ibidem*. p. 61.

²² ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2015. p. 24.

²³ Art. 8º É assegurado a todas as mulheres o acesso aos programas e às políticas de saúde da mulher e de planejamento reprodutivo e, às gestantes, nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral no âmbito do Sistema Único de Saúde. § 1º O atendimento pré-natal será realizado por profissionais da atenção primária. § 2º Os profissionais de saúde de referência da gestante garantirão sua vinculação, no último trimestre da gestação, ao estabelecimento em que será realizado o parto, garantido o direito de opção da mulher. § 3º Os serviços de saúde onde o parto for realizado assegurarão às mulheres e aos seus filhos recém-nascidos alta hospitalar responsável e contrarreferência na atenção primária, bem como o acesso a outros serviços e a grupos de apoio à amamentação. § 4º Incumbe ao poder público proporcionar assistência psicológica à gestante e à mãe, no período pré e pós-natal, inclusive como forma de prevenir ou minorar as consequências do estado puerperal. § 5º A assistência referida no § 4º deste artigo deverá ser prestada também a gestantes e mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção, bem como a gestantes e mães que se encontrem em situação de privação de liberdade. § 6º A gestante e a parturiente têm direito a 1 (um) acompanhante de sua preferência durante o período do pré-natal, do trabalho de parto e do pós-parto imediato. § 7º A gestante deverá receber orientação sobre aleitamento materno, alimentação complementar saudável e crescimento e desenvolvimento infantil, bem como sobre formas de

natal (período de gravidez – 40 semanas) e perinatal (primeiras 48h de vida), com vistas a resguardar a saúde da criança, conforme explicita Ishida: “Trata-se de um verdadeiro direito do nascituro. De modo simplório, o atendimento pré-natal e perinatal colaboram com a diminuição da mortalidade infantil”²⁴.

De igual modo, Kátia Regina Lobo²⁵ menciona a imprescindibilidade de concessão de assistência médica adequada para a formação do feto, garantindo-se o direito do infante à saúde de maneira integral, visto que, por óbvio, eventuais complicações durante o período gestacional repercutirão na vida saudável da criança após o parto.

Isto posto, tem-se que deve ser assegurado à gestante direitos básicos de saúde, a exemplo do direito à atendimento médico e psicológico, ao apoio alimentar, entre outros, os quais encontram previsão no art. 8º²⁶, do ECA, sendo incumbência do Poder Público garanti-los.

De assim, Kátia Regina Lobo²⁷ ressalta a importância conferida à saúde do feto pelo nosso regime jurídico, ao afirmar que, em se tratando de direito indisponível, caso haja negativa por parte da gestante em submeter-se a tratamento médico essencial à vida e à saúde do nascituro, o Conselho Tutelar deverá ser comunicado a fim de que adote providências para que os referidos direitos resem efetivamente protegidos.

favorecer a criação de vínculos afetivos e de estimular o desenvolvimento integral da criança. § 8º A gestante tem direito a acompanhamento saudável durante toda a gestação e a parto natural cuidadoso, estabelecendo-se a aplicação de cesariana e outras intervenções cirúrgicas por motivos médicos. § 9º A atenção primária à saúde fará a busca ativa da gestante que não iniciar ou que abandonar as consultas de pré-natal, bem como da puérpera que não comparecer às consultas pós-parto. § 10. Incumbe ao poder público garantir, à gestante e à mulher com filho na primeira infância que se encontrem sob custódia em unidade de privação de liberdade, ambiência que atenda às normas sanitárias e assistenciais do Sistema Único de Saúde para o acolhimento do filho, em articulação com o sistema de ensino competente, visando ao desenvolvimento integral da criança. Art. 10. Os hospitais e demais estabelecimentos de atenção à saúde de gestantes, públicos e particulares, são obrigados a: I - manter registro das atividades desenvolvidas, através de prontuários individuais, pelo prazo de dezoito anos; II - identificar o recém-nascido mediante o registro de sua impressão plantar e digital e da impressão digital da mãe, sem prejuízo de outras formas normatizadas pela autoridade administrativa competente; III - proceder a exames visando ao diagnóstico e terapêutica de anormalidades no metabolismo do recém-nascido, bem como prestar orientação aos pais; IV - fornecer declaração de nascimento onde constem necessariamente as intercorrências do parto e do desenvolvimento do neonato; V - manter alojamento conjunto, possibilitando ao neonato a permanência junto à mãe. VI - acompanhar a prática do processo de amamentação, prestando orientações quanto à técnica adequada, enquanto a mãe permanecer na unidade hospitalar, utilizando o corpo técnico já existente.

²⁴ *Ibidem. loc. cit.*

²⁵ *Ibidem. p. 45.*

²⁶ *Ibidem.*

²⁷ *Ibidem. loc. cit.*

Nesse sentido, esclarece Ishida²⁸ o procedimento seguido pelo órgão citado como forma de compelir a gestante a realizar o tratamento, consistindo este em primeiro momento na formulação de advertência, que, caso não seja obedecida, implicará na comunicação do fato ao Ministério Público, que, via de regra, tem intentado ação de obrigação de fazer contra a recusante.

Entre os direitos atrelados à saúde do infante, merece igual destaque o direito ao aleitamento materno, que materializa-se mediante o oferecimento de condições adequadas a sua satisfação, seja pelos empregadores ou pelo Poder Público, nos casos de mães submetidas a medida privativa de liberdade, conforme previsão do art. 9º²⁹ do ECA.

Acerca do tema, Roberto João Elias³⁰ destaca a importância da amamentação para o desenvolvimento físico da criança, bem como compreende a garantia disposta no supracitado art. 9º, da Lei Menorista, como sendo um direito do infante e não da genitora.

2.3 DIREITO À LIBERDADE, AO RESPEITO E À DIGNIDADE

Em que pese a Constituição Federal de 1988 já assegurar a todos, indistintamente, alguns dos direitos elencados no ECA, o referido diploma normativo os enfatiza, esta repetição se deve ao fato destes direitos tomar nuances próprias, em razão de peculiaridades dos destinatários da norma, exemplo disso é o direito à liberdade.

²⁸ *Ibidem*. p. 25.

²⁹ Art. 9º O poder público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas a medida privativa de liberdade. § 1º Os profissionais das unidades primárias de saúde desenvolverão ações sistemáticas, individuais ou coletivas, visando ao planejamento, à implementação e à avaliação de ações de promoção, proteção e apoio ao aleitamento materno e à alimentação complementar saudável, de forma contínua. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016). § 2º Os serviços de unidades de terapia intensiva neonatal deverão dispor de banco de leite humano ou unidade de coleta de leite humano. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> . Acesso em: 09.11.2017.

³⁰ ELIAS, João Roberto. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2010. 4ª ed. p. 22.

O direito à liberdade é conceituado por Roberto João Elias³¹ como a faculdade do sujeito agir de acordo com a sua vontade, somente lhe sendo proibido aquilo que estiver disposto na lei.

Nesse sentido, as crianças e adolescentes possuem direito à liberdade, entretanto, a gama de vedações impostas a estes pelo ordenamento jurídico é mais ampla. Assim entendendo, João Roberto Elias cita o direito à liberdade de ir e vir, seja pelas regras impostas no que tange a viagens (arts. 83 a 85, do ECA)³², seja pela proibição de entrada a determinados locais, como bares, cinemas, etc.

Por seu turno, o direito à liberdade religiosa aplica-se de modo amplo, sendo facultado ao infante a crença e o culto religioso, de modo que não poderá ser imposto ao menor o seguimento da cultura religiosa daqueles que detém o poder familiar, bem como não será admitida a proibição de qualquer outra manifestação religiosa.

2.4 DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

O direito à convivência familiar, segundo Ishida³³, pode ser conceituado como o direito da criança e do adolescente de não ser retirado de seu seio familiar contra sua vontade, sendo aplicável tanto para a família natural (composta pelos genitores) como nas situações de família extensa (formada por parentes da criança).

³¹ *Ibidem*. p. 28.

³² Art. 83. Nenhuma criança poderá viajar para fora da comarca onde reside, desacompanhada dos pais ou responsável, sem expressa autorização judicial. § 1º A autorização não será exigida quando: a) tratar-se de comarca contígua à da residência da criança, se na mesma unidade da Federação, ou incluída na mesma região metropolitana; b) a criança estiver acompanhada: 1) de ascendente ou colateral maior, até o terceiro grau, comprovado documentalmente o parentesco; 2) de pessoa maior, expressamente autorizada pelo pai, mãe ou responsável. § 2º A autoridade judiciária poderá, a pedido dos pais ou responsável, conceder autorização válida por dois anos. Art. 84. Quando se tratar de viagem ao exterior, a autorização é dispensável, se a criança ou adolescente: I - estiver acompanhado de ambos os pais ou responsável; II - viajar na companhia de um dos pais, autorizado expressamente pelo outro através de documento com firma reconhecida. Art. 85. Sem prévia e expressa autorização judicial, nenhuma criança ou adolescente nascido em território nacional poderá sair do País em companhia de estrangeiro residente ou domiciliado no exterior. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm > . Acesso em: 11.11.2017.

³³ ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2015. p. 45.

Assim, as situações de colocação do infante em abrigo devem ser tidas como excepcionais e devem ocorrer por período breve, havendo regulamentação quanto ao lapso temporal máximo desta medida nos §§ 1º e 2º do art. 19³⁴, do ECA, o qual somente poderá ultrapassar 2 anos mediante decisão judicial que demonstre “superior interesse”. Além disso, o referido artigo comporta imposição legal da ocorrência de reavaliação das condições para a permanência do menor em abrigo pelo menos a cada 6 meses, o que evidencia tratar-se de medida a ser tomada somente nos casos em que seja considerada indispensável.

Neste contexto, como materialização deste direito, a Lei nº 12.010/09 (Lei de Adoção) estabeleceu como critério autorizador da adoção a impossibilidade da criança permanecer em sua família natural, exigindo para verificação de atendimento ao sobredito requisito a existência de decisão judicial fundamentada.

Dito isto, o direito em questão deve ser entendido como garantia a um ambiente familiar adequado, onde os genitores encontrem-se em uma situação apta a proporcionar o desenvolvimento esperado para a criança e o adolescente.

Nesse sentido, o sobredito art. 19 da legislação menorista, prevê a impossibilidade do infante permanecer sob os cuidados de pessoas que possuem dependência química, sendo, conforme ensinamentos de Roberto João Elias³⁵, motivo não só para a mudança de guarda, como para a destituição do poder familiar.

No tocante à situação financeira desfavorável ao sustento de uma criança, convém esclarecer que esta mera carência de recursos materiais não implica na

³⁴ Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016). § 1º Toda criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada 3 (três) meses, devendo a autoridade judiciária competente, com base em relatório elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar, decidir de forma fundamentada pela possibilidade de reintegração familiar ou pela colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 13.509, de 2017). § 2º A permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de 18 (dezoito meses), salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm . Acesso em: 16.11.2017.

³⁵ ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2010. 4ª ed. p. 32.

impossibilidade, acima referida, de permanência da criança em sua família natural, conforme art. 23³⁶ do ECA.

Nesse ensejo, Maria do Rosário Cintra³⁷ explica que as famílias carentes devem ser incluídas em programas de auxílio, conforme previsto no art. 129³⁸, incisos I e IV, do ECA.

Sucedo que este nem sempre foi o entendimento consolidado no ordenamento pátrio, como revela Roberto João Elias³⁹:

No regime do revogado Código de Menores, por força do art. 2º, I, b, o menor era considerado em situação irregular se fosse privado da assistência que lhe era devida, pela manifesta impossibilidade dos pais ou responsável em provê-la, e, como consequência, poderia até haver a perda do poder familiar sem a culpa dos mesmos.

Superado o entendimento acima esposado, Vera Leonelli⁴⁰ vislumbra a necessidade de atuação do Estado para que seja exigível da família a garantia da convivência familiar a sua prole, eis que este deve possibilitar o exercício pelos genitores de seu direito ao trabalho, ao salário mínimo, bem como que este seja capaz de suprir a suas necessidades básicas e de seus dependentes. Ademais, a autora menciona o dever do Estado em efetivar políticas afirmativas como forma de garantia do direito da criança e do adolescente ao convívio familiar.

Com efeito, há em nosso ordenamento jurídico uma primazia da família natural, defendida por Munir Cury⁴¹, ao argumentar que cabe também à comunidade local garantir ao infante o seu desenvolvimento junto aos seus familiares naturais mediante mobilização social materializada por programas de assistência de responsabilidade da sociedade civil organizada.

³⁶ Art. 23. A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm >. Acesso em: 04.11.17.

³⁷ CINTRA, Maria do Rosário Leite. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. Munir Cury (Coord.). Brasil: Malheiros, 2013. p. 110.

³⁸ Art. 129. São medidas aplicáveis aos pais ou responsável: I - encaminhamento a serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família; IV - encaminhamento a cursos ou programas de orientação. . Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm >. Acesso em: 04.11.17.

³⁹ ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2010. 4ª ed. p. 35.

⁴⁰ LEONELLI, Vera. **Igualdade**: Revista Trimestral do Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente. Livro 19. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, abr./jun. 1998. p. 40

⁴¹ CURY, Munir. **Igualdade**: Revista Trimestral do Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente. Livro 19. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, abr./jun. 1998. p. 5.

Isto posto, deve ser mencionada a sanção cabível nas situações em que restar descumprido o dever dos pais em assegurar aos seus filhos o convívio em ambiente familiar, a qual consiste em perda ou suspensão do poder familiar, conforme lição de Marielen Carina Jacobucci⁴², que explica haver nesses casos a necessidade de decisão judicial, a teor do art. 101, § 2º⁴³.

Acerca de tal medida explica a autora⁴⁴:

O afastamento do convívio familiar e a suspensão do pátrio poder apenas poderão ser aplicados quando pais ou responsáveis deixarem de prover as necessidades básicas de crianças e adolescentes, faltando com o cumprimento de seus deveres, violando direitos, ocasionando maus tratos ou abusos.

Segundo a doutrinadora, o posicionamento do legislador visa coibir a atuação, em alguns momentos desproporcional e arbitrária, do Conselho Tutelar em submeter o infante ao acolhimento institucional ante eventual violação aos seus direitos, haja vista a ausência de oportunização do exercício do contraditório e ampla defesa.

No que concerne às hipóteses de suspensão e destituição do poder familiar, em explicação sucinta Roberto João Elias preleciona tratar-se de suspensão os casos em que houver abuso de autoridade, deterioração dos bens dos filhos ou ausência dos cumprimento dos deveres dos pais perante sua prole, nos moldes do art. 1.637⁴⁵, do CC. Já a destituição poderá ocorrer diante de castigos imoderados, abandono, prática de atos quanto à moral ou aos bons costumes e por reincidência nas situações de suspensão, a teor do art. 1.638⁴⁶, do CC.

⁴² JACOBUCCI, Marielen Carina. **Revista Síntese Direito de Família**. Ano XIII - nº 67 – ago-set 2011. p. 158.

⁴³ Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: § 2º Sem prejuízo da tomada de medidas emergenciais para proteção de vítimas de violência ou abuso sexual e das providências a que alude o art. 130 desta Lei, o afastamento da criança ou adolescente do convívio familiar é de competência exclusiva da autoridade judiciária e importará na deflagração, a pedido do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse, de procedimento judicial contencioso, no qual se garanta aos pais ou ao responsável legal o exercício do contraditório e da ampla defesa. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm >. Acesso em: 10.11.2017.

⁴⁴ *Ibidem*. p. 162-163.

⁴⁵ Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 12.12.2017.

⁴⁶ Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente. V - entregar de forma irregular o

Em restando comprovada a impossibilidade do menor permanecer em sua família natural, este deixará a instituição de acolhimento e serão inseridos em famílias substitutas mediante guarda, tutela ou adoção, como explica JACOBUCCI⁴⁷.

Desse modo, haverá, inicialmente, a tentativa de manter-se o infante em sua família biológica, concedendo-se a guarda ou tutela a tios, avós. Caso seja verificada a impossibilidade da família extensiva cuidar do infante, proceder-se-á à medida de adoção⁴⁸.

Ante o exposto, resta demonstrada a importância do direito da criança e do adolescente ao convívio familiar, ambiente essencial ao desenvolvimento necessário do infante. Por tal razão, resguarda o Poder Público o seu direito mediante a sua inserção, quando necessário, em família substituta a fim de que o menor não permaneça desamparado.

2.4.1 Família substituta: guarda, tutela e adoção

Como visto, há primazia no ordenamento pátrio da permanência do infante em sua família natural, sendo esta considerada aquela formada por pelo menos um dos ascendentes do menor. Entretanto, nos casos em que restar comprovada a impossibilidade de convívio da criança ou adolescente com seus genitores, este ingressará em família substituta.

Dito isto, os meios previstos na nossa legislação para que ocorra a transição de família pelo menor são a guarda, a tutela e a adoção.

Os ensinamentos de Roberto João Elias⁴⁹ nos permite compreender a existência de uma graduação entre os institutos em exame. Aduz o autor, que a guarda e a tutela comungam da mesma precariedade, visto que podem ser revogadas a qualquer momento. Assim, destaca que o caráter distintivo destas é verificado na urgência da

filho a terceiros para fins de adoção. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 14.12.2017.

⁴⁷ *Ibidem*. p. 164.

⁴⁸ *Ibidem*. *loc.cit*.

⁴⁹ ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2010. 4ª ed. p. 40.

decisão, sendo a guarda decisão mais simples que a da concessão de tutela, na qual se possui expectativa de maior duração.

Ademais, a guarda não é verificada apenas com o surgimento da família substituta, esta também coaduna-se com o exercício do poder familiar, conforme bem explica Ishida: “a guarda é inicialmente vinculada ao poder familiar (pátrio poder) dos pais [...]. Todavia, pode ocorrer a separação dos dois institutos, com a separação judicial do marido e da mulher”. Assim, a guarda poderá tanto ser exercida pela família substitua, como pela família natural.

Há, ainda, menção do autor⁵⁰ à certa peculiaridade atribuída a guarda, no sentido de esta ser medida utilizada normalmente para regularizar a posse de fato, conforme disposto no art. 33⁵¹, §1º, do ECA. Entretanto, chama atenção para os casos de tutela e adoção, em que a guarda poderá ser deferida no curso dos procedimentos de tutela e adoção.

Impende esclarecer que a guarda não gera para o guardião a responsabilidade em tutelar ou adotar o infante.

A adoção, por sua vez, possui caráter definitivo e irrevogável, consistindo em transmissão do poder familiar, como defende Roberto João Elias⁵²: “os adotantes passam a ser pais, sem quaisquer restrições e, portanto, sujeitos às mesmas obrigações e direitos”. Assim, em que pese ser a adoção decisão irrevogável, o autor esclarece que os adotantes estão sujeitos as sanções de suspensão e perda do poder familiar, na condição de pais, exercendo-a indistintamente.

Já Ishida⁵³ acrescenta, como traço distintivo entre os referidos institutos, a possibilidade do favorecido, no processo para alocação em lar substituto, ser pessoa que atingiu a maioridade nos casos de adoção, o que não se verifica nas situações de tutela e guarda.

Nas situações acima elencadas, haverá a oitiva da criança e do adolescente antes da decisão acerca da alocação deste em família substituta. Entretanto, somente em

⁵⁰ ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2010. 4ª ed. p. 44.

⁵¹ **ACRESCENTAR LEGISLAÇÃO**.

⁵² ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2010. 4ª ed. p. 43.

⁵³ ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2015. p. 83.

se tratando de adolescente é que será necessário o seu consentimento para deferimento do pedido daquele que pretende responsabilizar-se por seus cuidados, conforme lições de Roberto João Elias⁵⁴.

Em qualquer das hipóteses de eleição de família substituta para o menor deve haver visita de equipe interprofissional designada pelo juízo, bem como oitiva de todos os membros que a compõe.

De assim, é possível que a restrição do juízo quanto ao deferimento da guarda, tutela ou adoção, se fundamente em objeção referente a pessoa diversa daquela que pleiteia abrigar o menor em seu lar. É possível inferir-se tal pensamento da obra de Roberto João Elias⁵⁵, em que este esclarece que: “além daquele vai se responsabilizar pela criança ou adolescente, é necessário que os demais que habitam seu novo lar não interfiram negativamente no seu desenvolvimento”.

Outro aspecto a ser considerado no procedimento de colocação do menor em família substituta, é o grau de parentesco ou afinidade/afetividade que o pretendo responsável possui com o menor. Assim, deverão ser respeitados tais critérios no momento de concessão da responsabilidade pelos cuidados do infante, havendo preferência por aqueles que possuírem as referidas características, bem como prioridade da família extensiva (avós, tios, irmãos, etc.) em relação àqueles em que o vínculo é firmado com base na afinidade ou afetividade com o menor, segundo doutrina de Válder Kenji Ishida⁵⁶.

Por afinidade, Ishida compreende o bom trato com a criança, o convívio harmonioso. Já no que se refere à afetividade, entende que esta requer a existência de sentimentos, de comportamento afetuoso perante o menor.

Ante à ausência de pessoas que preencham o perfil acima descrito, o magistrado deverá buscar por outras pessoas que de igual modo estejam aptas a oferecer os cuidados que o menor necessita.

⁵⁴ ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2010. 4ª ed. p. 40-41.

⁵⁵ ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2010. 4ª ed. p. 41.

⁵⁶ ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2015. p. 85.

Urge mencionar, ainda, as situações em que irmãos necessitam de alocação em família substituta, a qual demandará, conforme defende Ishida⁵⁷, acolhimento destes por uma só família, salvo comprovada existência de risco, abuso ou situação equivalente.

De igual modo, merece destaque a vedação legal à transferência da responsabilidade dos cuidados com o menor após decisão judicial, visto que somente nova determinação de órgão do Poder Judiciário poderá cessar os efeitos da decisão proferida anteriormente, conforme preceitua o art. 30⁵⁸, do ECA. Desse modo, nem mesmo os pais do menor podem ignorar a decisão judicial, sendo considerado crime o ato de arrebatá-lo do lar substituto em contrariedade à lei ou ordem judicial, a teor do art. 249⁵⁹, do Código Penal (CP).

O ordenamento pátrio regulamenta, ainda, a situação da família substituta estrangeira, a qual somente poderá figurar como tal nos procedimentos de adoção, havendo, pois, vedação de concessão de tutela ou guarda às famílias estrangeiras.

Segundo entendimento de Roberto João Elias, a restrição acima citada deverá ser considerada como impeditivo de concessão de tutela e guarda somente quando se tratar de estrangeiro que não resida em nosso país. O autor fundamenta seu posicionamento em norma contida no § 2º, do art. 46⁶⁰, do ECA, da qual se depreende a possibilidade de concessão de guarda aos estrangeiros residentes no Brasil.

3. ADOÇÃO

⁵⁷ ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2015. p. 85.

⁵⁸ Art. 30. A colocação em família substituta não admitirá transferência da criança ou adolescente a terceiros ou a entidades governamentais ou não-governamentais, sem autorização judicial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 19.01.2018.

⁵⁹ Art. 249 - Subtrair menor de dezoito anos ou interdito ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou de ordem judicial: Pena - detenção, de dois meses a dois anos, se o fato não constitui elemento de outro crime. § 1º - O fato de ser o agente pai ou tutor do menor ou curador do interdito não o exime de pena, se destituído ou temporariamente privado do pátrio poder, tutela, curatela ou guarda. § 2º - No caso de restituição do menor ou do interdito, se este não sofreu maus-tratos ou privações, o juiz pode deixar de aplicar pena. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 19.01.2018.

⁶⁰ Art. 46. A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo máximo de 90 (noventa) dias, observadas a idade da criança ou adolescente e as peculiaridades do caso. (Redação dada pela Lei nº 13.509, de 2017). § 2º A simples guarda de fato não autoriza, por si só, a dispensa da realização do estágio de convivência. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 23.01.2018.

3.1 REGRAS DA ADOÇÃO NO BRASIL

A adoção pode ser conceituada como “um ato jurídico solene que cria o parentesco civil, estabelecendo uma relação de paternidade e filiação”, como indica Tatiane Moreira Lima⁶¹.

No Brasil, o procedimento para concretização deste ato jurídico é regulado pelo ECA, tendo sido revogados os dispositivos 1.620 a 1.629 do Código Civil pela Lei 12.010/2009, conforme os ensinamentos de Valdirene Laginski e Denis Ricoy Bassi⁶².

Acerca da legitimidade ativa, tem-se que esta é atribuída a todos os civilmente capazes, independentemente de seu estado civil, com exceção dos ascendentes e irmãos do infante, bem como de seus tutores e curadores.

Tatiane Moreira⁶³ classifica os sobreditos impedimentos como total e parcial, respectivamente. Isso porque, no caso da vedação imposta aos supracitados membros da família natural do menor há um empecilho de cunho permanente, eis que os laços que impedem a autorização da filiação perquirida não esvaem com o tempo. Já no que diz respeito ao impedimento dos tutores e curadores, estes somente perduraram enquanto não houver a prestação de contas dos bens pertencentes ao adotando, sob os quais detém a administração, e não for conferida a homologação pelo Juízo competente.

Em se tratando da legitimidade passiva, a autora⁶⁴ esclarece que somente as crianças que se encontrem destituídas do poder familiar, sem possibilidade de reintegração a sua família natural ou extensiva, poderão participar do processo de substituição familiar.

⁶¹ LIMA, Tatiane Moreira. **Adoção**. In: Temas de Direito Contemporâneo. São Paulo: Millenium, 2014. p. 318.

⁶² LAGINSKY, Valdirene e BASSI, Denis Ricoy. **As Regras da Adoção na Legislação Brasileira, com as Alterações Trazidas pela Lei nº 12.010, de 3 de Agosto de 2009**. In: Revista Síntese Direito de Família - Ano XII, nº 61 (ago/set. 2010). p. 128.

⁶³ LIMA, Tatiane Moreira. **Adoção**. In: Temas de Direito Contemporâneo. São Paulo: Millenium, 2014. p. 319.

⁶⁴ LIMA, Tatiane Moreira. **Adoção**. In: Temas de Direito Contemporâneo. São Paulo: Millenium, 2014. p. 319.

Por outro lado, a doutrinadora⁶⁵ ressalta que nos casos em que for desconhecida a filiação do infante, a exemplo dos recém nascidos abandonados, a ausência de destituição do poder familiar não será óbice ao prosseguimento do processo de adoção.

Assim, Tatiane Moreira⁶⁶ esclarece que, na situação acima descrita, proceder-se-á de logo as buscas por notícias do desaparecimento deste menor e, em caso de verificação da ausência de informes nesse sentido, o infante será incluído no cadastro de adotandos.

Impende mencionar, ainda, que a destituição do poder familiar será despicienda quando os pais do menor, em gozo do poder familiar, consentirem com a substituição familiar em exame. Frisa-se, ainda, que o supracitado desígnio dos genitores, no sentido de que haja o prosseguimento do procedimento de adoção, é indispensável para o seu aperfeiçoamento sempre que estes se encontrem no exercício do poder familiar, conforme preleciona Laginski e Ricoy Bassi⁶⁷.

Ainda sobre o tema da legitimidade passiva, Valdirene Laginsky e Denis Ricoy Bassi explicam que o adotando deve possuir idade inferior a 18 anos, com exceção das situações em que o sujeito que pleiteia a adoção seja detentor da guarda ou tutela do adotando, “caso em que a idade não será considerada para tal finalidade”⁶⁸.

Dentre os requisitos para a ocorrência da adoção, podemos citar ainda: o cadastramento, a idade mínima, a diferença de idade, a estabilidade familiar, o consentimento e a existência de reais vantagens ao adotado, como o faz Tatiane Morreira⁶⁹.

⁶⁵ LIMA, Tatiane Moreira. **Adoção**. In: Temas de Direito Contemporâneo. São Paulo: Millenium, 2014. p. 319.

⁶⁶ LIMA, Tatiane Moreira. **Adoção**. In: Temas de Direito Contemporâneo. São Paulo: Millenium, 2014. p. 319.

⁶⁷ LAGINSKY, Valdirene e BASSI, Denis Ricoy. **As Regras da Adoção na Legislação Brasileira, com as Alterações Trazidas pela Lei nº 12.010, de 3 de Agosto de 2009**. In: Revista Síntese Direito de Família - Ano XII, nº 61 (ago/set. 2010). p. 131.

⁶⁸ LAGINSKY, Valdirene e BASSI, Denis Ricoy. **As Regras da Adoção na Legislação Brasileira, com as Alterações Trazidas pela Lei nº 12.010, de 3 de Agosto de 2009**. In: Revista Síntese Direito de Família - Ano XII, nº 61 (ago/set. 2010). p. 130.

⁶⁹ LIMA, Tatiane Moreira. **Adoção**. In: Temas de Direito Contemporâneo. São Paulo: Millenium, 2014. p. 318-330.

O cadastramento deverá ocorrer de acordo com o domicílio do adotante ou adotado, não sendo, pois, permitida a realização de mais de um cadastro em locais distintos pelos pretendentes à adoção, como explica Tatiane Moreira⁷⁰.

Para que se concretize o sobredito cadastro, o pretense adotante será submetido a avaliação psicossocial, em que se analisará seu “propósito de adotar, a sua história de vida, além da disponibilidade emocional, para acolher a criança ou adolescente como filho”⁷¹.

A idade mínima do adotante, prevista pelo Estatuto da criança e do Adolescente, em seu art. 42⁷², caput, é estabelecida em 18 anos. Tatiane Moreira Lima⁷³ acrescenta que, em caso de adoção conjunta, apenas um dos cônjuges ou companheiros necessitarão preencher este requisito.

Quanto a diferença etária, o ECA dispõe, no § 3º, do art. 42⁷⁴, que esta deve respeitar o mínimo de 16 anos.

Compreende-se dos ensinamentos de Carla Hecht Domingos⁷⁵, que a estabilidade familiar poderá ser aferida mediante estudo social, bons antecedentes, comprovantes de residência, de renda e atestados de saúde física e mental.

Questão importante acerca do cumprimento da estabilidade envolve a ocorrência de separação de cônjuges ou companheiros durante o processo de adoção. Segundo o art. 42, § 4º, do ECA⁷⁶, será facultada a concessão de adoção conjunta, desde que haja concordância entre os adotantes quanto ao regime de guarda compartilhada e as visitas.

⁷⁰ LIMA, Tatiane Moreira. **Adoção**. In: Temas de Direito Contemporâneo. São Paulo: Millenium, 2014. p. 321.

⁷¹ LIMA, Tatiane Moreira. **Adoção**. In: Temas de Direito Contemporâneo. São Paulo: Millenium, 2014. p. 322.

⁷² Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 17.02.2018.

⁷³ LIMA, Tatiane Moreira. **Adoção**. In: Temas de Direito Contemporâneo. São Paulo: Millenium, 2014. p. 323.

⁷⁴ § 3º O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 17.02.2018.

⁷⁵ DOMINGOS, Carla Hecht. **A Importância do Processo de Adoção: Brasil (1988-2006)**. In: Revista da Faculdade de Direito de Campos – Ano VII, n.º 9 (jun/dez. 2006). p. 546.

⁷⁶ § 4º Os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 20.02.2018.

Ademais, deve-se observar, como ressalta Tatiane Moreira⁷⁷, que somente será deferida a adoção conjunta se a separação dos pretensos adotantes ocorreu após ter-se iniciado o período de convivência, eis que nestes termos o menor já estaria adaptado a presença de ambos os companheiros/cônjuges. Nesse sentido, exige o ordenamento legal a comprovação de existência de vínculos de afinidade e afetividade, para que tal medida seja deferida.

Em se tratando do requisito do consentimento, é cediço que será exigida a anuência dos pais biológicos, se estes estiverem em gozo do poder familiar, como visto alhures. Ocorre que, caso o adotando possua idade superior a 12 anos, será exigido também a sua aquiescência para que se efetive a adoção perquirida, a teor do art. 45, §2º do ECA⁷⁸.

No que concerne as reais vantagens ao adotado, esta exigência traduz a supremacia do interesse do menor no processo de adoção, frisando-se, pois, que é necessário que a família substituta comprove possuir condições adequadas para criar e educar o infante, bem como que os motivos da adoção são legítimos, como impõe o art. 43, do ECA⁷⁹.

3.2 REQUISITOS PARA ADOÇÃO POR PESSOA ESTRANGEIRA

A adoção por pessoa estrangeira, também conhecida como adoção internacional, encontra previsão no art. 227, §5º⁸⁰, da Constituição Federal (CF) de 1988, bem como o ECA regula o procedimento para que esta se efetive.

⁷⁷ LIMA, Tatiane Moreira. **Adoção**. In: Temas de Direito Contemporâneo. São Paulo: Millenium, 2014. p. 324-325.

⁷⁸ Art. 45. A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando.

§ 1º. O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar. § 2º. Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 23.02.2018.

⁷⁹ Art. 43. A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 23.02.2018.

⁸⁰ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010). § 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de

Frisa-se, que o referido modo de concretização da adoção internacional somente fora regulado com o advento da Lei nº 12.010/2009, que introduziu ao ECA os dispositivos necessários para suprir a lacuna jurídica até então existente, gerada pela expressão genérica “na forma da lei”, sem previsão, pois, dos requisitos e modo de efetivação da adoção em exame, conforme lições de Valdirene Langiski e Denis Ricoy Bassi⁸¹.

Dito isto, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que a adoção por pessoa estrangeira constitui medida excepcional. Para melhor compreensão do significado e da extensão desta expressão, passemos ao exame dos requisitos da adoção internacional.

O estágio de convivência também é exigido como requisito à concessão da adoção para as pessoas estrangeiras. No entanto, há certa peculiaridade quanto ao período de cumprimento probatório, eis que o legislador fixa o mínimo de 30 dias de convivência entre o pretense adotante e o adotado, devendo tal período ser cumprido no território brasileiro.

Acerca desta exigência, Leila Arruda Cavalieri⁸² argumenta que tal imposição obsta a participação do processo de adoção no Brasil por diversas famílias estrangeiras, haja vista que a permanência por período de tal monta fora de seu estado de origem, afastado do seu trabalho, do seu lar, geram custos com os quais somente as famílias mais abastadas podem arcar.

3.3 IRREVOGABILIDADE DA ADOÇÃO

sua efetivação por parte de estrangeiros. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 03.03.2018.

⁸¹ LAGINSKY, Valdirene e BASSI, Denis Ricoy. **As Regras da Adoção na Legislação Brasileira, com as Alterações Trazidas pela Lei nº 12.010, de 3 de Agosto de 2009.** *In:* Revista Síntese Direito de Família - Ano XII, nº 61 (ago/set. 2010). p. 137.

⁸² CAVALLIERI, Leila Arruda. **Séria e Preocupante Diminuição do Número de Adoções Internacionais no Brasil Consequência da Obrigatoriedade do Cumprimento do Estágio de Convivência?** *In:* Estudos Avançados de Direito Internacional. Belo Horizonte: Arrares, 2015. p. 380.

A efetivação da adoção se dá por decisão judicial transitada em julgado, constituindo vínculo de paternidade e filiação irrevogáveis, conforme previsão do art. 39, § 1º⁸³, do ECA.

Nesse sentido, expõe Cássio Mattos Honoratto e Gliciane Pacheco Lentch⁸⁴: “não podem os adotantes alegar posterior arrependimento, impedimento ou qualquer forma de escusa para restituir a criança adotada ao juízo da infância e da juventude”.

De assim, os autores ponderam que esta norma visa a proteção do infante, impondo-se aos adotantes maior dever de cautela, bem como considera-se o fato de o indivíduo ter participado de todas as fases do procedimento de adoção, sendo-lhe oportunizado, portanto, a desistência no momento anterior ao do proferimento da sentença.

Neste ensejo, a existência do cadastramento, com todas as suas peculiaridades acerca da demonstração de estabilidade familiar e dos motivos legítimos que guiam o sujeito a buscar a adoção, bem como o estágio de convivência e o acompanhamento de equipe interdisciplinar, são alguns dos elementos aptos a justificar o caráter irrevogável da adoção, na visão de Cássio Mattos e Gliciane Pacheco.

Ademais, os autores explicam que a Constituição Federal confere tratamento isonômico aos filhos biológicos e adotivos, não encontrando, pois, respaldo legal eventual pretensão no sentido de obter-se afastamento do efeito decorrente da sentença do processo de adoção.

Desse modo, os autores defendem a impossibilidade de reversão dos efeitos da decisão que constitui o vínculo familiar entre adotante e adotado, ante a impossibilidade de previsão de medida semelhante, firmada em um acordo de vontades, com o intuito de desfazimento da filiação biológica.

⁸³ Art. 39. A adoção de criança e de adolescente rege-se-á segundo o disposto nesta Lei. § 1º A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 08.03.2018.

⁸⁴ HONORATO, Cássio Mattos e LENTCH, Gliciane Pacheco. **Adoção de crianças e adolescentes: princípios e a sentença que constitui o vínculo de filiação**. In: Revista de Direito Privado – Ano. 6, n. 29 (jan/mar. 2007). NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 66.

Isto posto, conclui-se pela impossibilidade de revogação da decisão que autoriza a adoção, eis que em sentido contrário estar-se-ia admitindo distinção infundada em critério normativo, ao revés, configurando afronta ao princípio da isonomia.

Cássio Mattos e Gliciane Pacheco⁸⁵ ressaltam, ainda:

Criança não é animal de estimação, tampouco objeto que pode ser escolhido em um dia e devolvido em outro, por estar fora de moda. Crianças e adolescentes são seres humanos em desenvolvimento, e que necessitam de muito amor e carinho para superar o primeiro trauma (ou seja, a desvinculação da família biológica e o abrigo), e formar-lhe novos vínculos de modo a proporcionar-lhe uma nova vida em família.

Com efeito, os autores defendem a irrevogabilidade da adoção como proteção do menor e concretização do princípio da supremacia do interesse da criança.

Desse modo, os autores destacam que em havendo pretensão de devolução do menor adotado, será instaurado procedimento verificatório pelo magistrado, consistente em medidas que visam a manutenção da criança sob os cuidados dos adotantes, de modo a fortalecer o vínculo sócio-afetivo entre estes, facultando aos adotantes e ao menor apoio psicológico.

Dito isto, em sendo verificada a impossibilidade de sanar o conflito de interesses apresentado pelos pais adotivos que encontram-se arrependidos do vínculo familiar estabelecido com o menor, cabe ao Ministério Público requerer a destituição do familiar.

Como se vê, impõe-se, nesse caso, que a criança não permaneça sob o convívio daqueles que não desejam mais a sua presença no ambiente familiar, como forma de proteção do menor.

De outro lado, por não ser facultada aos pais adotivos a devolução do infante, configurando situação de sanção jurídica a destituição do poder familiar, estes não serão exonerados dos deveres decorrentes do vínculo constituído, ficando obrigados, por exemplo, a prestar alimentos ao menor, enquanto este permanecer na instituição de acolhimento.

3.4 ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA

⁸⁵ HONORATO, Cássio Mattos e LENTCH, Gliciane Pacheco. **Adoção de crianças e adolescentes: princípios e a sentença que constitui o vínculo de filiação.** In: Revista de Direito Privado – Ano. 6, n. 29 (jan/mar. 2007). NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 68.

O estágio de convivência é o momento de convívio entre adotante e adotado, que antecede a sentença do processo de adoção, sendo estabelecido com o intuito de verificar-se a adaptação do adotando ao novo lar, bem como “aproximar os interessados e favorecer a formação de vínculos sócio-afetivos”⁸⁶.

Consoante os ensinamentos de Cássio Mattos Honoratto e Gliciane Pacheco Lentch⁸⁷, o prazo deste período de convívio precário será fixado pelo magistrado de acordo com as peculiaridades do caso, eis que não há previsão normativa do lapso temporal adequado a esta convivência, sendo definida tão somente a duração máxima de 90 dias.

Entretanto, como ressalta Valdirene Langiski e Denis Ricoy Bassi, há previsão legal de duração mínima deste convívio em 30 dias para os casos em que o pretense adotante residir fora do território brasileiro, devendo o referido período ser cumprido em nosso país.

Os autores mencionam, ainda, que o sobredito estágio probatório não será obrigatório nos casos em que o infante já estiver sob os cuidados do adotante em face de concessão judicial de tutela ou guarda, se assim entender o magistrado. Todavia, Langiski e Bassi chamam atenção, ainda, para a previsão do § 2º, do art. 42, do ECA⁸⁸, consistente em vedação a esta dispensa em se tratando de mera guarda de fato.

Cumprido destacar, ainda, que o estágio de convivência também poderá ser dispensado nos casos em que a criança possuir até 1 ano de idade, de acordo com os ensinamentos de Carla Hecht Domingos⁸⁹.

⁸⁶ HONORATO, Cássio Mattos e LENTCH, Gliciane Pacheco. **Adoção de crianças e adolescentes: princípios e a sentença que constitui o vínculo de filiação**. In: Revista de Direito Privado – Ano. 6, n. 29 (jan/mar. 2007). NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

⁸⁷ HONORATO, Cássio Mattos e LENTCH, Gliciane Pacheco. **Adoção de crianças e adolescentes: princípios e a sentença que constitui o vínculo de filiação**. In: Revista de Direito Privado – Ano. 6, n. 29 (jan/mar. 2007). NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

⁸⁸ Art. 46. A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo máximo de 90 (noventa) dias, observadas a idade da criança ou adolescente e a peculiaridades do caso. (Redação dada pela Lei nº 13.509, de 2017). § 2º A simples guarda de fato não autoriza, por si só, a dispensa da realização do estágio de convivência. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 04.02.2018.

⁸⁹ DOMINGOS, Carla Hecht. A Importância do Processo de Adoção: Brasil (1988-2006). In: Revista da Faculdade de Direito de Campos – Ano VII, n.º 9 (jun/dez. 2006). p. 533.

Conforme expõe Tatiane Moreira⁹⁰, enquanto perdurar o estágio probatório haverá monitoramento deste pela equipe técnica da Vara da Infância e da Juventude, que avaliará se a “adoção é recomendável do ponto de vista social e psicológico”⁹¹. Assim, findo o estágio de convivência, a sobredita equipe elaborará parecer opinando pelo deferimento do pedido de adoção ou não.

Sucedo que este parecer não possui caráter vinculativo, sendo admitido que o juiz firme seu entendimento em sentido contrário ao que dispõe a manifestação da equipe técnica, desde que o faça de maneira fundamentada.

3.5 ADOÇÃO: UM DIREITO DO ADOTANTE OU DO ADOTANDO?

O instituto da adoção, tendo previsão no Estatuto da Criança e do Adolescente, é permeado pelos princípios consagrados por tal diploma legal, a exemplo da prioridade absoluta do menor e da supremacia de seus interesses.

Desse modo, resta superado o entendimento que vigorava antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, consistente na atribuição de natureza contratual ao instituto da adoção, de modo a atender os interesses dos pais adotivos, sem maiores preocupações em suprir da melhor forma as necessidades da criança, conforme lições de Carla Hecht Domingos⁹².

Nesse sentido, a autora⁹³ assevera:

Como consequência dessas garantias constitucionais, houve a alteração da finalidade da adoção, que deixou de ser a de atender os interesses dos pais adotivos, para ser a de atender ao melhor interesse da criança e/ou adolescente, tornando-se, assim, de caráter público, com normas de ordem pública, lhe sendo vedada a efetivação por escritura pública.

No entanto, ainda ecoa-se na doutrina brasileira discursos que, a despeito da supremacia concedida aos interesses do menor pelo nosso ordenamento, defendem tratar-se a adoção de um instituto voltado à satisfação, não só dos interesses do

⁹⁰ LIMA, Tatiane Moreira. **Adoção**. In: Temas de Direito Contemporâneo. São Paulo: Millenium, 2014. p. 329.

⁹¹ LIMA, Tatiane Moreira. **Adoção**. In: Temas de Direito Contemporâneo. São Paulo: Millenium, 2014. p. 330.

⁹² DOMINGOS, Carla Hecht. A Importância do Processo de Adoção: Brasil (1988-2006). In: Revista da Faculdade de Direito de Campos – Ano VII, n.º 9 (jun/dez. 2006). p. 542-543.

⁹³ DOMINGOS, Carla Hecht. **A Importância do Processo de Adoção: Brasil (1988-2006)**. In: Revista da Faculdade de Direito de Campos – Ano VII, n.º 9 (jun/dez. 2006). p. 543.

infante, mas também das necessidades dos pretensos adotantes. A respeito do tema, aduz Pedro Caetano Carvalho⁹⁴: “Coloca-se, assim, na mesma ordem de valor o direito da criança a ser criada e educada no seio de uma família e o ‘direito’ dos adultos de ‘possuírem’ os filhos que lhes teriam sido negados pela natureza”.

Decerto que a adoção é pautada na confluência de interesses. Entretanto, merece especial atenção a defesa de tal posicionamento no que concerne a utilização deste como supedâneo à “desburocratização” do procedimento de adoção.

Nesta senda, Domingos⁹⁵ indica a existência de doutrinadores em defesa da ideia de inconstitucionalidade do processo de adoção. Segundo a autora⁹⁶, esta corrente alega que deve ser concedido tratamento igualitário aos filhos adotados em face dos biológicos, de modo a justificar a abolição do processo de adoção e a ocorrência do registro do adotado nos mesmos termos daquele.

Sucedo que, conforme esclarece a autora⁹⁷, não há que se falar em tratamento isonômico sem considerar as desigualdades dos sujeitos em questão, eis que tão somente haveria na situação defendida pela corrente acima citada um tratamento pautado na igualdade formal, ignorando-se, pois, as peculiaridades e necessidades dos infantes que serão inseridos em família substituta.

Destarte, Domingos⁹⁸ afirma que o processo de adoção sintetiza um mínimo de garantia de que o menor será recebido por uma família que possui condições de educá-lo e cria-lo a contento, a qual este já esteja adaptado, preservando-se, assim, o melhor interesse do infante.

3.6 POSSÍVEIS DANOS CAUSADOS AO ADOTANTE PELA DESISTÊNCIA

⁹⁴ CARVALHO, Pedro Caetano. **Adoção: direito da criança ou dos pais?**. In: Igualdade; Revista Trimestral do Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente – v. 7, (abril/jun. 1999). Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 1999.

⁹⁵ DOMINGOS, Carla Hecht. A Importância do Processo de Adoção: Brasil (1988-2006). In: Revista da Faculdade de Direito de Campos – Ano VII, n.º 9 (jun/dez. 2006). p. 544-545.

⁹⁶ DOMINGOS, Carla Hecht. A Importância do Processo de Adoção: Brasil (1988-2006). In: Revista da Faculdade de Direito de Campos – Ano VII, n.º 9 (jun/dez. 2006). p. 544-545.

⁹⁷ DOMINGOS, Carla Hecht. A Importância do Processo de Adoção: Brasil (1988-2006). In: Revista da Faculdade de Direito de Campos – Ano VII, n.º 9 (jun/dez. 2006). p. 544-545.

⁹⁸ DOMINGOS, Carla Hecht. **A Importância do Processo de Adoção: Brasil (1988-2006)**. In: Revista da Faculdade de Direito de Campos – Ano VII, n.º 9 (jun/dez. 2006). p. 543-545.

Conforme explicitado em tópico próprio, o estágio de convivência é o momento em que as relações entre adotante e adotado se estreitam, eis que oportunizado o convívio diário no novo lar oferecido pela família substitua.

Destarte, este momento precede a sentença do processo de adoção, logo a relação estabelecida entre adotante e adotado ainda não estará coberta pelo manto da irrevogabilidade.

Neste ensejo, a desistência do adotante em prosseguir com os trâmites para efetivação da adoção é, a priori, plenamente admissível pelo ordenamento jurídico.

Acerca do tema, Maiara Patrícia da Silva e Milene Ana dos Santos Pozzer⁹⁹ ressaltam que as experiências vividas pela criança na instituição que o acolheu antes que este fosse reintegrado a um novo lar tendem a repercutir em seu comportamento, o que de fato culmina, em alguns casos, na decisão dos adotantes pelo não prosseguimento do processo de adoção.

Ocorre que não se deve atribuir a desistência em questão ao referido comportamento do infante, ressaltando as autoras¹⁰⁰ a influência dos preconceitos que circundam nossa sociedade, eis que não raro as atitudes do infante são tidas como reflexo de “traços psicológicos ruins oriundos da família biológica”¹⁰¹.

Frisa-se, ainda, que o comportamento inadequado dos filhos biológicos é suportado pelos seus genitores, os quais se dedicam nessas situações de conflito a educá-los com vistas a superar as adversidades por vezes surgidas nas relações familiares.

Nesse sentido, defende Silva e Pozzer:

O adotando passa a mostrar sua individualidade e com ela pode vir a rejeição, por parte dos adotantes pelo ‘diferente’, pelo ‘outro’, o que não ocorre com o filho biológico, em que tal atitude é vista e aceita como confirmação de uma personalidade própria.

De assim, é necessário ter-se em mente que o comportamento dos adotantes desistentes tende a gerar profundos “danos psíquicos e abalos emocionais que

⁹⁹ SILVA, Maiara Patrícia da e POZZER, Milene Ana dos Santos. **Responsabilidade Civil pela Devolução de Crianças e Adolescentes em Estágio de Convivência no Processo de Adoção**. In: Revista Síntese; Direito de Família – Ano XV, n.º 83 (abr/maio. 2014). p. 19.

¹⁰⁰ SILVA, Maiara Patrícia da e POZZER, Milene Ana dos Santos. **Responsabilidade Civil pela Devolução de Crianças e Adolescentes em Estágio de Convivência no Processo de Adoção**. In: Revista Síntese; Direito de Família – Ano XV, n.º 83 (abr/maio. 2014). p. 19.

¹⁰¹ SILVA, Maiara Patrícia da e POZZER, Milene Ana dos Santos. **Responsabilidade Civil pela Devolução de Crianças e Adolescentes em Estágio de Convivência no Processo de Adoção**. In: Revista Síntese; Direito de Família – Ano XV, n.º 83 (abr/maio. 2014). p. 19.

afetam, de forma incalculável, a criança ou adolescente envolvido”¹⁰², que se vê novamente em situação de rejeição.

Nesse sentido, Silva e Pozzer definem que o estágio de convivência não “pode servir como um período experimental para os adotantes, que, se não ficarem satisfeitos com a criança ou adolescente que pretende adotar, o devolve como se fosse um ‘produto viciado’”¹⁰³.

Como se vê, os pretensos adotantes devem atuar de maneira responsável, cientes da situação de fragilidade em que se encontram as crianças acolhidas em abrigos, bem como dos possíveis danos que estes podem gerar em caso de novo abandono após o período de convivência.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL

4.1 NOÇÕES GERAIS

A responsabilidade civil, como bem explica Fernando Noronha¹⁰⁴, consiste no instituto jurídico que impõe a reparação de danos causados a terceiros, seja a sua pessoa ou ao seu patrimônio, e a interesses transindividuais.

A obrigação de reparar danos pode se fundar em existência de relação prévia entre as partes, situação em que será denominada de responsabilidade contratual. Ocorre que, como ressaltado por Sílvio Venosa¹⁰⁵, a referida responsabilidade pode decorrer de atos jurídicos unilaterais, não se firmando apenas na existência de contrato, mas de negócios jurídicos em geral.

¹⁰² SILVA, Maiara Patrícia da e POZZER, Milene Ana dos Santos. **Responsabilidade Civil pela Devolução de Crianças e Adolescentes em Estágio de Convivência no Processo de Adoção**. In: Revista Síntese; Direito de Família – Ano XV, n.º 83 (abr/maio. 2014). p. 30.

¹⁰³ SILVA, Maiara Patrícia da e POZZER, Milene Ana dos Santos. **Responsabilidade Civil pela Devolução de Crianças e Adolescentes em Estágio de Convivência no Processo de Adoção**. In: Revista Síntese; Direito de Família – Ano XV, n.º 83 (abr/maio. 2014). p. 35.

¹⁰⁴ NORONHA, Fernando. **Âmbito da Responsabilidade Civil**. In: Revista Trimestral de Direito Civil – v. 12. Rio de Janeiro: Padma. p. 39.

¹⁰⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015. 15ª ed. Vol. 4. p. 2.

Fernando Noronha acrescenta que, nos casos de responsabilidade contratual, esta advirá de “inadimplemento, má execução ou do atraso no cumprimento das obrigações negociais”¹⁰⁶.

Contraopondo-se a esta responsabilidade há a responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana, entendida por Cristiano Chaves como aquela que: “nasce de um dano sofrido por alguém, prescindindo-se de uma preexistente relação entre lesante e lesado, sendo suficiente o descumprimento de um dever que emerge do tráfico social”¹⁰⁷. Nesse sentido, o doutrinador explica ser o fundamento desta responsabilidade a máxima do *neminem laedere*, que consiste na vedação genérica de gerar danos a terceiros.

Como pressupostos para incidência deste dever de reparar podemos elencar: o ato ilícito (admitido ainda o ato lícito para as situações de responsabilidade objetiva, como será visto adiante); a culpa; o dano e o nexo de causalidade.

O ato ilícito capaz de gerar responsabilização civil deve ser dotado do elemento volitivo, sendo, pois, o desígnio do sujeito ao qual a conduta é atribuída praticá-la, conforme preleciona Sílvio Venosa¹⁰⁸.

De modo diverso, Cristiano Chaves de Farias e colaboradores¹⁰⁹ reconhecem a voluntariedade do ato como despicienda, exigindo apenas que se possa atribuir ao agente o resultado oriundo da conduta danosa.

Isto posto, conclui-se que, para os que exigem a voluntariedade do ato, esta não deve ser aferida a partir do desejo do indivíduo em obter o efeito gerado pela conduta, mas tão somente por ter o sujeito praticado o ato de maneira consciente.

Em se tratando do dano, Noronha salienta que o surgimento da obrigação de reparar em análise requer a qualificação do dano como sendo um prejuízo causado a bem alheio e inadmitido juridicamente, ou seja, ressalta o caráter imprescindível da antijuridicidade do dano.

¹⁰⁶ NORONHA, Fernando. **Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil**. In: Revista dos Tribunais – ano 88, vol. 761. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 31.

¹⁰⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson e NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015. 2ª ed. Vol. 3. p. 59.

¹⁰⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015. 15ª ed. v. 4. p. 27.

¹⁰⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson e NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015. 2ª ed. Vol. 3. p. 124-125.

Desta feita, o autor ressalta que ainda que o dano seja oriundo de conduta lícita, esta deverá configurar lesão antijurídica, a fim de que a pretensão do sujeito prejudicado seja acolhida.

Acerca deste caráter antijurídico, Cristiano Chaves de Farias¹¹⁰ e colaboradores explicam que a lesão deve revestir-se de prejuízo a um interesse juridicamente tutelado, cabendo à doutrina e jurisprudência consignar as situações dignas de proteção jurídica, bem como definir as hipóteses insignificantes para o mundo jurídico.

Destarte, a exigência de ilicitude do ato somente é cabível em se tratando de responsabilidade subjetiva, conforme leciona Cristiano Chaves de Farias: “a prática de um ilícito somente será pressuposto de responsabilidade civil na teoria subjetiva”.

Deste modo, cabe, ainda, a distinção da responsabilidade civil subjetiva e objetiva. Como visto, a responsabilidade subjetiva exige a demonstração de culpa do agente a quem se deseja imputar o comportamento ensejador da responsabilidade civil.

Acerca deste papel nuclear da culpa na teoria subjetiva, defende Cristiano Chaves de Farias¹¹¹: “Ela [culpa] ocupa papel nevrálgico na etiologia do ilícito, pois quando a ele fazemos alusão, sempre estarão compreendidos os modelos de culpa e do dolo”.

Nesse ensejo, cumpre esclarecer a acepção jurídica da culpa, que para Sílvio Venosa¹¹² deve ser entendida como a inobservância de um dever, ou ainda, o desvio de conduta, o agir de modo diverso daquilo que se espera homem médio.

Tocantemente à responsabilidade objetiva, esta encontra-se atrelada à teoria do risco, sendo, pois, utilizada apenas em situações pontuais, exigindo para tanto expressa previsão legal.

Nesse sentido, afirma Venosa, ao tecer seus esclarecimentos sobre a responsabilidade objetiva: “Na responsabilidade objetiva, como regra geral, leva-se

¹¹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson e NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015. 2ª ed. Vol. 3. p. 205-206.

¹¹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson e NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015. 2ª ed. Vol. 3. p. 158.

¹¹² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015. 15ª ed. Vol. 4. p. 27-28.

em conta o dano, em detrimento do dolo ou da culpa. Deste modo, para o dever de indenizar, bastam o dano e o nexo causal, prescindindo-se da prova da culpa”¹¹³.

Como se vê, a responsabilidade objetiva não exige para incidência do dever de reparação a existência de culpa atribuída ao sujeito causador do dano. Assim, Cristiano Chaves de Farias¹¹⁴ argumenta que o instituto da responsabilidade objetiva determina a imposição do dever de indenizar independentemente da existência de culpa, não devendo, pois, sequer ser realizado juízo de valoração acerca da antijuridicidade da conduta do agente.

Por fim, deve-se analisar a existência de nexo de causalidade que, consoante o entendimento de Anderson Schreiber¹¹⁵, deve ser compreendido como “vínculo que se estabelece entre dois eventos, de modo que um represente consequência do outro”.

Contudo, o autor¹¹⁶ reconhece a insuficiência deste conceito de causalidade “natural ou lógico” para a imposição do dever de reparar, sendo imprescindível diferenciá-lo do sentido adotado no campo do conhecimento jurídico.

De assim, Cristiano Chaves de Farias¹¹⁷ explica que haverá situações em que mesmo o sujeito não tendo dado causa ao dano no plano dos fatos, restará preenchido o requisito da causalidade por imposição legal, sendo, pois, atribuído a estes sujeitos a responsabilidade pelo comportamento de outrem, a exemplo de seus subordinados (filhos, empregados, etc.). São as situações em que é caracterizada a responsabilidade objetiva.

Assim, conclui o autor¹¹⁸ que somente haverá correspondência entre culpabilidade e causalidade na teoria subjetiva da responsabilidade civil

¹¹³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015. 15ª ed. Vol. 4. p. 20.

¹¹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson e NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015. 2ª ed. Vol. 3. p. 422.

¹¹⁵ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 55.

¹¹⁶ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 55.

¹¹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson e NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015. 2ª ed. Vol. 3. p. 367-368.

¹¹⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson e NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015. 2ª ed. Vol. 3. p. 368.

4.2 DANO EXTRAPATRIMONIAL

O dano, elemento imprescindível à exigência de responsabilização civil, pode possuir natureza patrimonial ou extrapatrimonial. A partir da própria nomenclatura das sobreditas espécies de dano depreende-se que o critério para distingui-las fundamenta-se no tipo de prejuízo sofrido, podendo ser este de ordem material ou não aferível patrimonialmente.

Contudo, como se verá adiante, indicar elementos capazes de definir e delimitar estas espécies de dano não se revela situação de baixo grau de complexidade.

Nesta senda, Maria Celina Bodin de Moraes¹¹⁹ explica que o dano moral pode ser conceituado como o mal injusto contra direitos personalíssimos, mas não só este, sendo possível a configuração de dano extrapatrimonial quando, muito embora não haja ofensa a tais direitos, verificar-se lesão da qual seja efeito dor, sofrimento, ou demais tipos de emoções negativas.

Entretanto, a autora¹²⁰ alerta que nem todo sofrimento está acobertado pela proteção jurídico-estatal, devendo, pois, avaliar-se o grau da situação de dor e angústia a que foi submetido o demandante. Destarte, define que os sentimentos negativos devem ser: “intensos a ponto de poderem facilmente distinguir-se dos aborrecimentos e dissabores do dia-a-dia, situações comuns a que todos se sujeitam, como aspectos normais da vida cotidiana”.

Contrariamente a posição adotada pela autora, Anderson Schreiber¹²¹ não compreende a dor ou sentimentos afins como elemento apto a gerar o dever de reparação de um dano supostamente moral, em seu sentido jurídico.

Sobre o tema, aduz Schreiber¹²²: “fazer depender a configuração do dano moral de um momento consequencial (dor, sofrimento, etc.) equivale a lança-lo em um limbo inacessível de sensações pessoais, íntimas e eventuais”.

¹¹⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana**: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais. São Paulo: Renovar, 2007. p. 155-157.

¹²⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana**: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais. São Paulo: Renovar, 2007. p. 157-158.

¹²¹ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos. São Paulo: Atlas, 2013. p. 131-134.

¹²² SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos. São Paulo: Atlas, 2013. p. 109.

Segundo o autor¹²³, a dor pode apresentar-se como consequência da lesão sofrida, entretanto, o elemento que justificará o surgimento do dever de indenizar será a lesão a um interesse extrapatrimonial, juridicamente tutelado.

Assim, o doutrinador¹²⁴ confere aos sentimentos do sujeito prejudicado papel secundário, haja vista não possuir a já mencionada qualidade de elemento “ontológico do dano moral”, sendo não só despiciendo para caracterizar-se a obrigação do sujeito de reparar os prejuízos causados, como também não ensejando, por si só, o dever de indenizar.

Nesta senda, o autor¹²⁵ rebate a possibilidade de danos patrimoniais gerarem, por si só, em consequência deste prejuízo de ordem material, danos de origem moral em razão da angústia e perturbação geradas à vítima do prejuízo econômico, que desencadearia novo dano.

De outro lado, pode-se ponderar o posicionamento defendido pelo autor, acerca do caráter subjetivo que se daria ao dano não econômico no contexto acima esposado, mediante o confronto das ideias de Schreiber com o que defende Sílvio de Salvo Venosa¹²⁶ sobre a utilização da figura do homem médio.

Assim, leciona o autor¹²⁷:

Aqui, também é importante o critério objetivo do homem médio, o *bonus pater familias*: não se levará em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível, que se aborrece com fatos diuturnos da vida, nem o homem de pouca ou nenhuma sensibilidade, capaz de resistir sempre as rudezas do destino.

Dito isto, sugere o autor¹²⁸ que o magistrado observe a sociedade que o cerca, o tempo e o local a fim de que extraia deste ambiente as noções necessárias a avaliar se a conduta sub examine demonstra-se capaz de gerar dano imaterial ao sujeito que encontra-se inserido neste meio social.

¹²³ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos. São Paulo: Atlas, 2013. p. 133.

¹²⁴ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos. São Paulo: Atlas, 2013. p. 133.

¹²⁵ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos. São Paulo: Atlas, 2013. p. 133.

¹²⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas, 2015. 15ª ed. v. 4. p. 51.

¹²⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas, 2015. 15ª ed. v. 4. p. 51.

¹²⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas, 2015. 15ª ed. v. 4. p. 51.

Cumprir mencionar, no entanto, o posicionamento de Maria Celina Bodin¹²⁹, ao ressaltar o perigo de não se atentar para a individualidade de cada vítima, eis que tal comportamento pode implicar no tratamento indistinto dos sujeitos que encontram-se em situação de prejuízo semelhante.

Com efeito, defende a autora¹³⁰: “ignora-se, em última análise, a individualidade *daquela* vítima, cujo dano, evidentemente, é diferente do dano sofrido por qualquer outra vítima, por mais que os eventos danosos sejam iguais”.

Como se vê, a utilização da figura do homem médio não deve ocorrer de maneira irrestrita, sendo imperioso observar as características individuais do sujeito que figura como possível vítima do dano extrapatrimonial.

Outro aspecto que merece destaque é a possibilidade de que o exercício de atos lícitos gerem o dever de indenizar, quando estes derem azo a prejuízo imaterial considerado injusto pelo ordenamento jurídico pátrio.

Acerca da injustiça do dano causado, Maria Celina Bodin salienta que determinados danos são tidos pelo sistema jurídico como “não-injustos”, devendo, pois, a vítima suportá-lo. Contudo, reconhece a autora também a imposição normativa de reparação de danos derivados do exercício de conduta lícita.

Dito isto, necessário se faz compreender o critério de definição do dano como injusto ou não, em sua acepção jurídica.

Para Maria Celina Bodin, a injustiça do dano restará configurada quando “não for razoável, ponderados os interesses contrapostos, que a vítima dele permaneça irressarcida”. Assim, revela a autora um posicionamento pautado no sopesamento dos bens jurídicos envolvidos no conflito instaurado pelo dano derivado da conduta juridicamente permitida.

Compartilhando pensamento semelhante, Anderson Schreiber¹³¹ encara o dano passível de indenização como aquele que guarda estrita relação com a ofensa a um interesse juridicamente tutelado.

¹²⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana**: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais. São Paulo: Renovar, 2007. p. 161.

¹³⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana**: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais. São Paulo: Renovar, 2007. p. 161.

¹³¹ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos. São Paulo: Atlas, 2013. p. 108-109.

Impende, ainda, mencionar os critérios utilizados para quantificação do valor indenizatório.

Desse modo, esclarece Sílvio Venosa¹³², a necessidade de observar-se a situação econômica dos envolvidos no conflito causado pelo evento danoso. Isso porque, defende o autor que a indenização não deve ocorrer de modo a gerar a insolvência do devedor, bem como não poderá importar em enriquecimento sem causa para a vítima.

Aduz, ainda, o autor¹³³, que a indenização compensatória do dano moral sofrido deve atender ao caráter punitivo que lhe fora atribuído pelo ordenamento jurídico, no sentido de desestimular a conduta do agente causador do dano. Entretanto, admite o doutrinador não ser este aspecto, ainda, devidamente valorizado pelos magistrados brasileiros na fixação do *quantum debeatur*.

4.3 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

O princípio da boa-fé objetiva possui conteúdo amplo, como restará demonstrado, não sendo tarefa fácil conceituá-lo. Entretanto, o sobredito mandamento infraconstitucional estará, impreterivelmente, atrelado a padrões de comportamento exigíveis dos sujeitos da relação jurídica, com base no ambiente social em que estejam inseridos.

Outro não é o entendimento de Cristiano Chaves de Farias e colaboradores¹³⁴, ao explicar que: “inexiste uma boa-fé objetiva puramente estática e generalizada, pois este conceito se amolda em extensão e significado de acordo com as circunstâncias concretas das pessoas que participam de uma relação jurídica.” Assim, o entendimento acerca da conformidade de determinadas condutas com os padrões da boa-fé deve ser pautado na análise do meio social dos sujeitos envolvidos no conflito.

¹³² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015. 15ª ed. v. 4. p. 54.

¹³³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015. 15ª ed. v. 4. p. 53-54.

¹³⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson e NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015. 2ª ed. Vol. 3.

Sobre o tema, Cristiano Chaves esclarece, ainda, não se confundir a responsabilidade advinda dos deveres impostos pela boa-fé objetiva com aquela decorrente da responsabilidade aquiliana, fundamentada no dever de abstenção de terceiros. Isso porque, os deveres anexos demandam uma relação de confiança entre as partes, um prévio contato entre estes sujeitos, o qual será despiciendo para que se configure a responsabilidade aquiliana daquele que deu origem ao dano.

O princípio *sub examine* encontra-se consolidado nos arts. 422¹³⁵, 113¹³⁶ e 187¹³⁷ do Código Civil de 2002, sendo estes vetores de cada função exercida pela boa-fé objetiva, conforme lições de Humberto Teodoro Jr.¹³⁸, que as define como integrativa, interpretativa e limitativa, respectivamente.

4.3.1 Função integrativa

O papel integrativo revela-se mediante a ampliação do conteúdo contratual, por força de imposição do sistema normativo. Assim, dispensa-se prévia estipulação das partes para que haja incidência dos deveres ínsitos à boa-fé sob a relação contratual, de modo que irão compô-la ainda que esta não seja a vontade dos contratantes.

Na visão de Teresa Negreiros¹³⁹, tal função associa-se à ideia de equidade, no sentido de que é dado ao juiz a possibilidade de decidir com base nas circunstâncias do caso concreto, não se limitando ao disposto no contrato. Isso porque, como visto, observa-se que a boa-fé integrará o contrato mesmo que não seja o desejo das partes ou não haja previsão neste sentido.

¹³⁵ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 27.01.2018.

¹³⁶ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 04.02.2018.

¹³⁷ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 06.02.2018.

¹³⁸ TEODORO JR., Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 21-23.

¹³⁹ NEGREIROS, Teresa. **O princípio da boa-fé contratual**. In: Princípios do Direito Civil Contemporâneo. Rio de Janeiro, Renovar, 2006. p. 228.

A autora chama a atenção, ainda, para o fato de a função integrativa não limitar-se ao preenchimento de lacunas ou para as situações em que houver obscuridade em seus termos, visto que a boa-fé é norma cogente, sendo vedado às partes afastá-la, de modo expresso ou não, de modo que não seria suficiente a clareza das cláusulas contratuais em desconformidade com o referido princípio para que este se tornasse despiciendo.

Insta esclarecer, contudo, que o princípio em comento não permite ao juiz modificar o conteúdo do quanto pactuado, mas tão somente reconhecer obrigações e direitos decorrentes dos padrões éticos vigentes na sociedade da qual os contratantes estão inseridos, bem como negar eficácia de disposições contratuais contrárias à moral, aos bons costumes, isto é, aquelas que não se coadunam com os parâmetros da boa-fé.

Acerca do tema, Humberto Theodoro Júnior explicita:

O juiz pode interpretá-lo [o contrato] e suprir-lhe lacunas, segundo os usos e costumes. Pode decotar-lhe cláusulas ou condições ilícitas ou imorais. Não lhe cabe porém, a pretexto de apoiar-se na boa-fé, recriar o conteúdo do contrato, em moldes diferentes daqueles fixados pelo acordo bilateral de vontades que lhe deu origem”.

Urge salientar, ainda, que os deveres atribuídos às partes da relação jurídica por imposição do princípio da boa-fé devem ser respeitados em todas as fases contratuais, conforme previsão do já citado art. 422, do CC.

Nesse ensejo, Judith Martins-Costa¹⁴⁰ tece relevantes comentários sobre a diversidade da *ratio* de incidência da responsabilidade civil na fase pré-contratual (decorrente da boa-fé) daquela que alcança os contratos preliminares. Destarte, a autora explica que no primeiro caso não existe contrato, sendo o sujeito passível de responsabilização civil pela frustração ilegítima da confiança da outra parte, enquanto nos contratos preliminares, existe uma avença entre as partes, sendo o seu objeto o dever de contrair contrato definitivo, cujo comportamento omissivo não apenas viola a confiança da parte, mas configura inadimplemento contratual.

Isto posto, necessário se faz o conhecimento acerca do conteúdo destes deveres anexos ao contrato firmado entre as partes. Sobre o tema, Fernando Noronha¹⁴¹

¹⁴⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 480.

¹⁴¹ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 163.

perfilha que “não se traduzem em prestações específicas, identificáveis com antecipação, para que o credor pudesse exigir o seu cumprimento; eles tem como único fundamento o princípio da boa-fé e, por isso, só são identificáveis em cada caso concreto”. Defende assim, que os deveres anexos emanados do princípio da boa-fé somente podem ser definidos de modo casuístico, momento oportuno para verificar-se se a conduta dos contratantes coaduna-se com a ideia de boa-fé.

Entretanto, é possível condensar o conteúdo de tais deveres de forma exemplificativa, como o faz Russo Jr.¹⁴²: “ditam-se por meio dos deveres laterais ou anexos, as ações de cooperação, confiança, cuidado, segurança, informação, correção, sigilo, etc., ações voltadas para os perfeitos fins que são alvo do contrato a ser formalizado.”

Nesse diapasão, conclui o supracitado autor pela necessidade de análise judicial para que se defina o conteúdo desta cláusula geral, de modo que o pensamento dos autores acima citados não se contrapõe, em verdade se complementam.

Neste panorama, Anderson Schreiber¹⁴³ esclarece que o sentido do instituto jurídico em exame não deve ser entendido de maneira subjetiva, mas como “parâmetros ou *standards* de comportamento que possam ser considerados exigíveis no tráfego social”.

Desse modo, diante do vislumbrado *status* de cláusula geral conferido ao princípio da boa-fé, necessária se faz a conjugação do conteúdo normativo em questão com a realidade social, dependendo, pois, de complementação judicial para a definição de seu conteúdo perante a situação de conflito.

Sobre essa condição de cláusula geral, afirma Teodoro Jr.¹⁴⁴: “Mais do que normas definidoras de conduta as cláusulas legais da espécie se endereçam ao juiz, exigindo-lhe um trabalho de adaptação a ser cumprido por meio da hermenêutica, da interpretação”.

Ocorre que esta aplicação das cláusulas gerais não conferem ao juiz liberdade de atuação, já que, como visto, a verificação da existência de uma conduta baseada na

¹⁴² RUSSO JR., Rômolo. **Responsabilidade Pré-contratual**. Salvador: Juspodivm, 2006. p. 54.

¹⁴³ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos.

¹⁴⁴ **Teodoro jr.** *Ibidem. Idem.* p. 19.

boa-fé deve ser realizada a partir dos padrões comportamentais admitidos pelo meio social que o indivíduo encontra-se inserido.

Outra situação que merece igual atenção é a inexigibilidade de existência de má-fé para que reste configurada ofensa ao mandamento veiculado pelo princípio da boa-fé, entendimento este perfilhado por Teodoro Jr.¹⁴⁵, que esclarece ser suficiente a ausência de boa-fé, configurando-se esta sempre que o sujeito não agir de acordo com os deveres impostos pelo princípio em tela, ainda que de forma culposa ou mesmo por “um estado de ignorância não culposa”, em determinadas situações.

Como se vê: “o fato de a pessoa estar em estado (subjetivo) de boa-fé não significa que não possa estar infringindo o dever (objetivo) de agir de boa-fé”¹⁴⁶. Assim, o requisito utilizado pelo doutrinador para identificar a atuação ofensiva ao princípio da boa-fé objetiva nas situações em que o elemento volitivo estiver pautado na atuação conforme os padrões de conduta exigíveis será a existência de obrigação da parte em conhecer os deveres que lhe são impostos, ainda que não detenha este conhecimento.

Dito isto, necessária se faz a compreensão do caráter complementar das funções em evidência, de modo a confluírem-se, como será visto adiante ao tratarmos do próximo papel desempenhado pela boa-fé.

4.3.2 Função limitativa

No que concerne à função limitativa, esta encontra supedâneo no art. 187 do Código Civil de 2002, acima transcrito, funcionando como “parâmetro de licitude/ilicitude do exercício dos direitos em geral (e não apenas das posições contratuais)”¹⁴⁷, nas palavras de Negreiros¹⁴⁸.

¹⁴⁵ Ibidem. Idem. p. 139.

¹⁴⁶ Ibidem. Idem. p. 139.

¹⁴⁷ NEGREIROS, Teresa. **O princípio da boa-fé contratual**. In: Princípios do Direito Civil Contemporâneo. Rio de Janeiro, Renovar, 2006. p. 228

¹⁴⁸ NEGREIROS, Teresa. **O princípio da boa-fé contratual**. In: Princípios do Direito Civil Contemporâneo. Rio de Janeiro, Renovar, 2006. p. 228

Como bem observa Negreiros¹⁴⁹, a função limitativa também condiciona o comportamento das partes no sentido de que este guarde uma relação de uniformidade, como prescreve a teoria dos atos próprios.

Esta teoria, segundo a autora¹⁵⁰, concebe “um dever por parte dos contratantes de adotar uma linha de conduta uniforme”, no sentido de vedar o *tu quoque* e *venire contra factum proprium*, os quais consistem, em apertada síntese, na incompatibilidade de um comportamento quando conjugado com aqueles que lhe antecedem, entretanto, para que seja configurada situação compreendida como ato de *tu quoque*, a conduta que o precede deve ser considerada contrária ao ordenamento jurídico. Já o *venire contra factum proprium* consiste na violação à confiança estabelecida com a outra parte a partir de comportamentos que, analisados isoladamente, não apresentam nenhuma irregularidade, sendo este último indevido apenas pelo fato de o primeiro ato ter se consolidado mediante a reiteração de sua prática.

Acerca do *tu quoque*, Flávio Tartuce¹⁵¹ esclarece que este instituto consiste em vedação ao aproveitamento de situação gerada pela violação de norma jurídica a que o sujeito der causa, perante o qual a conduta ilícita somente surtirá efeitos naquilo que não lhe for benéfico.

Didática é a definição de Flávio Tartuce¹⁵² acerca do *venire contra factum proprium*, no sentido de que o supracitado instituto jurídico indica que “determinada pessoa não pode exercer um direito próprio, contrariando um comportamento anterior, devendo ser mantidos a confiança e o dever de lealdade decorrentes da boa-fé, depositados quando da formação do contrato”.

Destarte, a antijuridicidade da conduta não se materializa isoladamente, mas no momento em que conjugada com um comportamento prévio que obsta que o referido ato seja tido como lícito, em virtude da ofensa aos deveres laterais ao contrato.

¹⁴⁹ NEGREIROS, Teresa. **O princípio da boa-fé contratual**. In: Princípios do Direito Civil Contemporâneo. Rio de Janeiro, Renovar, 2006. p. 228

¹⁵⁰ NEGREIROS, Teresa. **O princípio da boa-fé contratual**. In: Princípios do Direito Civil Contemporâneo. Rio de Janeiro, Renovar, 2006. p.

¹⁵¹ TARTUCE, Flávio. **Função Social dos Contratos**: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Editora Método, 2007. p. 206.

¹⁵² TARTUCE, Flávio. **Função Social dos Contratos**: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Editora Método, 2007. p. 206.

Desse modo, evidencia-se a estrita relação da ofensa ao princípio da boa-fé com a configuração do abuso de direito. Isso porque, conforme ensinamentos de Flávio Tartuce, a violação ao princípio da boa-fé tem como consequência a prática de um abuso de direito.

Nesse sentido, o princípio em evidência exerce uma função de controle baseada na antijuridicidade de atos aparentemente lícitos, mas que, diante da ofensa à boa-fé, revelam-se abusivos, a teor do art. 187, do CC, mencionado alhures.

4.3.3 Função interpretativa

Além da função integrativa e limitativa, a boa-fé objetiva exerce ainda o papel de orientar o modo que os negócios jurídicos devem ser interpretados.

Destarte, a função interpretativa, disposta no art. 113, do CC, como visto linhas atrás, consiste em norma direcionada ao aplicador do direito no momento de aferir se determinada conduta se amolda aos preceitos impostos pelo princípio da boa-fé objetiva.

Sobre o tema, aduz Teresa Negreiros¹⁵³:

O contrato há de ser interpretado sob o pressuposto de que foi celebrado por ambas as partes com boa-fé, o que significa definir, como objetivo do programa contratual, a condicionar a interpretação do contrato, uma finalidade que seja lícita e legítima, ainda que não consistente com a intenção real de um dos contratantes

Desse modo, o magistrado deve conferir ao negócio jurídico sentido consoante aquilo preceitua o princípio da boa-fé, de modo a não amparar pretensões fundadas em termos contratuais que não refletem os valores do nosso sistema legal.

Sendo assim, a função interpretativa da boa-fé permite ao magistrado declarar a invalidade de disposições contratuais que ignorem os deveres de lealdade e confiança.

4.4 VINCULATIVIDADE CONTRATUAL

¹⁵³ NEGREIROS, Teresa. **O princípio da boa-fé contratual**. In: Princípios do Direito Civil Contemporâneo. Rio de Janeiro, Renovar, 2006. p. 229.

A força obrigatória dos contratos ou vinculatividade contratual está atrelada a noção de que o estipulado entre as partes possui força de lei, como explica Flávio Tartuce, fundamentando tal posicionamento na autonomia privada dos sujeitos que optam por limitar sua liberdade comprometendo-se contratualmente perante outrem.

Assim, explica o autor que a obrigatoriedade contratual se revela pela perpetuidade do estipulado entre as partes, não podendo, pois, seu conteúdo sofrer alterações.

De assim, a vinculatividade contratual exerce importante função no que concerne a concretização do princípio da segurança jurídica, eis que a característica de intangibilidade contratual confere ao contrato força cogente, de modo que não poderá o contratante eximir-se de cumprir a avença sem a anuência da outra parte, conforme ensinamentos de Cristiano Chaves de Farias.

Contudo, insta esclarecer que a vinculatividade conferida pela lei ao contrato não possui caráter absoluto. Isso porque, para que o efeito da obrigatoriedade dos termos contratuais seja atribuído ao conteúdo da avença, exige-se que as normas contratuais estejam em consonância com os preceitos legais, de modo que verificada a contrariedade aos valores e princípios do ordenamento jurídico, sendo o contrato utilizado como instrumento para assegurar vantagem inadmitida juridicamente, seja pelo conteúdo da cláusula isolada, seja em cotejo com o que se oferece como contraprestação ao outro contratante, não há que se falar em força cogente do disposto no instrumento contratual.

Ademais, Cristiano Chaves de Farias destaca também a possibilidade de que as disposições contratuais sejam conformadas ao ordenamento jurídico pelo magistrado, cabendo a este, nas situações em que o legislador empregar conceitos vagos, denominados de cláusulas gerias, definir o seu conteúdo e alcance, bem como entender pela inadequação do estipulado contratualmente ao que determina o sistema legal.

Nesse sentido, aduz Flávio Tartuce¹⁵⁴: “o que se percebe é que estamos caminhando para um novo dimensionamento da força obrigatória, talvez com a

¹⁵⁴ TARTUCE, Flávio. **Função Social dos Contratos**: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Editora Método, 2007. p. 189.

utilização da expressão conservação, pela relação direta que o termo mantém com os princípios sociais contratuais”.

Isso posto, o autor¹⁵⁵ defende que o princípio da força obrigatória dos contratos encontra relativizações no sistema jurídico brasileiro, as quais atribui as regras da equidade, do equilíbrio contratual e dos princípios da boa-fé objetiva e da função social.

4.5 RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL: RUPTURA INJUSTIFICADA DAS TRATATIVAS

A responsabilidade oriunda do rompimento do vínculo estabelecido pelo interesse das partes em firmar contrato, ainda na fase de entabulação, é conhecida como responsabilidade pré contratual ou por culpa *in contrahendo*.

Destarte, caberá responsabilização civil do pré-contratante desistente quando, em face do contato estabelecido entre os sujeitos na fase das negociações, restar frustrada a justa expectativa da parte que encontrar-se sujeita a vontade, imotivada, sob o aspecto jurídico, daquele que optar pelo não prosseguimento da celebração do contrato.

A fase das tratativas pode ser conceituada como o momento que proporciona a formação do contrato, mediante os ajustes necessários ao aperfeiçoamento dos desígnios das partes contratantes.

Para Rômolo Russo Jr.¹⁵⁶, todos os negócios jurídicos são compostos por esta fase preliminar de negociação, ainda que em algumas situações esta se apresente de maneira mais sutil, quase instantânea, enquanto José Alexandre Tavares Gurreiro¹⁵⁷, entende ser esta fase apenas frequente, porém significativa para o mundo jurídico.

¹⁵⁵ TARTUCE, Flávio. **Função Social dos Contratos**: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Editora Método, 2007. p. 189.

¹⁵⁶ RUSSO JR., Rômolo. **Responsabilidade Pré-contratual**. Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 41.

¹⁵⁷ GURREIRO, José Alexandre Tavares. **A Boa-fé nas Negociações Preliminares**. In: Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos. Tepedino, Gustavo e Fachin, Luiz Edson (Org). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 4. p. 143.

Para fins de responsabilização civil, consoante explicita Rômolo Russo Jr.¹⁵⁸, deve-se analisar o grau dessas conversações, a fim de que se possa imputar o dever de reparação ao sujeito que der causa a não formação do vínculo contratual.

Assim, o doutrinador define como critério para a incidência da repressão jurídica ao comportamento do pré-contratante indeciso o avanço nas negociações dos termos do futuro contrato, de modo a justificar a confiança gerada pela outra parte.

Nesse sentido, explicita o autor: “diante de uma colheita de informações, com a participação recíproca das partes e dando-se um juízo de troca de informações e de impressões pessoais, não se tem nenhuma vinculação jurígena”¹⁵⁹.

Desse modo, tem-se que a mera especulação acerca de eventual celebração contratual não enseja a responsabilização civil caso uma das partes abstenha-se de prosseguir com a ritualística de formação da avença.

Dito isto, imperioso constatar-se no caso concreto se trata-se a situação *sub examine* de negociação apta a gerar o dever de reparação ou de colheita de informações sem efetivo *animus* das partes na formação daquele contrato específico, sob os termos ora apontados.

Acerca do tema, Russo Jr.¹⁶⁰ esclarece que a responsabilidade civil dos pré-contratantes independe do período de duração das tratativas, bem como da qualidade de eventual minuta elaborada, podendo estas, por óbvio, evidenciar em algumas situações a seriedade da expectativa de aperfeiçoamento do contrato, mas não figurando como elementos indispensáveis a caracterização do dever de indenizar.

Noutro giro, deve-se mencionar o direito de retiro dos pré-contratantes, pois as negociações preliminares não obrigam as partes, possuindo estas o direito de interromper as tratativas, conforme os ensinamentos de Russo Jr.¹⁶¹. Contudo, esse direito somente poderá ser exercido legitimamente, nos casos em que haja justa causa para a decisão do sujeito em não firmar o contrato em andamento.

¹⁵⁸ RUSSO JR., Rômolo. **Responsabilidade Pré-contratual**. Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 35-37.

¹⁵⁹ RUSSO JR., Rômolo. **Responsabilidade Pré-contratual**. Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 35.

¹⁶⁰ RUSSO JR., Rômolo. **Responsabilidade Pré-contratual**. Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 39.

¹⁶¹ RUSSO JR., Rômolo. **Responsabilidade Pré-contratual**. Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 43

O autor¹⁶² ressalta, assim, que o exercício desse direito de maneira arbitrária, por mero capricho do sujeito contraente, não encontra proteção jurídica, devendo as partes envolvidas na relação em evidência atuar com base nos deveres impostos pela boa-fé, de modo a não frustrar a confiança gerada no pré-contraente que deseja celebrar o pacto em vias de formação.

Acerca do tema, Tavares Guerreiro¹⁶³ menciona que a concepção individualista e liberal defendia como dogma absoluto a liberdade de contratação, sendo, pois, o comportamento do pré-contraente desistente exercício regular de um direito, não constituindo ato ilícito, bem como não sendo passível de responsabilização civil. Entretanto, o autor explica a superação deste entendimento, que se deu com o surgimento da teoria do abuso de direito.

Com efeito, é possível vislumbrar estrita relação de dependência do exercício do direito de reiro com a observância dos deveres impostos pela boa-fé, a fim de que não configure-se uma situação abusiva. Isso porque, como visto em tópico próprio, os deveres anexos devem ser observados desde a fase de entabulação do contrato e mesmo após a conclusão deste.

Outro não é o entendimento de Karina Nunes Fritz¹⁶⁴, que atribui a responsabilidade pré-contratual às situações em que o rompimento das tratativas ocorra em detrimento dos deveres laterais. Assim, conclui a autora: “Pode-se dizer, então, que a responsabilidade pré-contratual é uma responsabilidade pela violação dos deveres da boa-fé objetiva durante o período de preparação do negócio jurídico”.

Nesse sentido, Tavares Guerreiro¹⁶⁵ esclarece que, apesar da impossibilidade em exigir-se execução específica, com vistas a impelir o pré-contratante desistente a satisfazer o objeto do contrato, é plenamente cabível a condenação deste a reparação dos danos causados a parte injustamente prejudicada.

¹⁶² RUSSO JR., Rômolo. **Responsabilidade Pré-contratual**. Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 44.

¹⁶³ GURREIRO, José Alexandre Tavares. **A Boa-fé nas Negociações Preliminares**. In: Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos. Tepedino, Gustavo e Fachin, Luiz Edson (Org). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 4. p. 145.

¹⁶⁴ FRITZ, Karina Nunes. **A Responsabilidade Pré-contratual por Ruptura das Negociações**. In: Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos. Tepedino, Gustavo e Fachin, Luiz Edson (Org). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 4. p. 151.

¹⁶⁵ GURREIRO, José Alexandre Tavares. **A Boa-fé nas Negociações Preliminares**. In: Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos. Tepedino, Gustavo e Fachin, Luiz Edson (Org). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 4. p. 144.

Assim, perfilha o autor¹⁶⁶: “a noção de boa-fé, como fundamento de indenizar a parte inocente, parece mais adequada e completa que qualquer outra, no que diz respeito a caracterização da deslealdade da parte que, sem motivo justificado, abandona as negociações preliminares”.

Isso porque, o instituto da boa-fé visa proteger a confiança dos contratantes, sendo esta também a *ratio* da imposição do dever de reparação nos casos de ruptura injustificada das negociações.

Nesta senda, Karina Fritz Nunes¹⁶⁷ defende a necessidade de certeza na celebração do contrato para incidência da responsabilização civil. Entretanto, a autora explica tratar-se este requisito de uma confiança no aperfeiçoamento da avença objetivamente aferível, não devendo perquirir-se o estado psicológico do sujeito, mas buscar-se dados concretos e objetivos de que o comportamento das partes durante as negociações tivessem aptidão para gerar esta convicção entre os envolvidos na relação contratual.

Dito isto, observa-se a vedação do ordenamento jurídico ao comportamento desleal do sujeito que germina no pré-contratante a crença na conclusão do contrato e, sem motivo juridicamente justificável, abandona os trâmites da celebração contratual, devendo aferir-se objetivamente a existência de elementos que fundamentem a expectativa frustrada.

4.6 JURISPRUDÊNCIA: SITUAÇÕES DE (IR)RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL EM DECORRÊNCIA DE DANOS CAUSADOS DURANTE O PROCESSO DE ADOÇÃO

Em se tratando do posicionamento dos Tribunais pátrios acerca da possibilidade de imposição do dever de reparação aos adotantes que interrompem o prosseguimento do processo de adoção, tem-se que não há uniformidade nas tímidas decisões encontradas acerca do tema.

¹⁶⁶ GURREIRO, José Alexandre Tavares. **A Boa-fé nas Negociações Preliminares**. In: Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos. Tepedino, Gustavo e Fachin, Luiz Edson (Org). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 4. p. 146.

¹⁶⁷ FRITZ, Karina Nunes. **A Responsabilidade Pré-contratual por Ruptura das Negociações**. In: Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos. Tepedino, Gustavo e Fachin, Luiz Edson (Org). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 4. p. 169-171.

Destarte, ora os magistrados firmam seu entendimento na ausência de preenchimento dos requisitos da responsabilização civil, tratando-se a desistência de mero exercício de direito, bem como, por vezes, consideram ato ilícito o comportamento contraditório que frustrara as expectativas do menor.

Neste ensejo, cabe analisar decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJ-MG), publicada em 23 de abril de 2018, tombada sob o número 10024110491578002¹⁶⁸ :

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - I. ADOÇÃO - GUARDA PROVISÓRIA - DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO DE FORMA IMPRUDENTE - DESCUMPRIMENTO DAS DISPOSIÇÕES DO ART. 33 DO ECA - REVITIMIZAÇÃO DA CRIANÇA - ABUSO SEXUAL - DANOS MORAIS CONSTATADOS - ART. 186 C/C ART. 927 DO CÓDIGO CIVIL - REPARAÇÃO DEVIDA - AÇÃO PROCEDENTE - II - DANOS MATERIAIS - SUSTENTO REALIZADO PELO ESTADO - AUSÊNCIA DE OBRIGAÇÃO DOS REQUERIDOS - CONDENAÇÃO INDEVIDA - III. DANOS MORAIS - O QUANTUM INDENIZATÓRIO - RECURSOS PARCOS DOS REQUERIDOS - CONDENAÇÃO INEXEQUÍVEL - MINORAÇÃO - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. - A condenação por danos morais daqueles que desistiram do processo de adoção, que estava em fase de guarda, de forma abrupta e causando sérios prejuízos à criança, encontra guarida em nosso direito pátrio, precisamente nos art. 186 c/c arts. 187 e 927 do Código Civil. **A previsão de revogação da guarda a qualquer tempo, art. 35 do ECA, é medida que visa precipuamente proteger e resguardar os interesses da criança, para livrá-la de eventuais maus tratos ou falta de adaptação com a família, por exemplo, mas não para proteger aqueles maiores e capazes que se propuserem à guarda e depois se arrependeram.** - O ressarcimento civil é devido face à clara afronta aos direitos fundamentais da criança e ao que está disposto no art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente. A situação foi agravada, visto que a criança foi obrigada a presenciar cenas de conjunção carnal e atos libidinosos entre aqueles que teriam o dever de protegê-la e as provas constantes nos autos indicam que o requerido praticava inclusive atos libidinosos com a própria menor. Deve ser ressaltado que também foi constatada a omissão do Estado, que deveria ter acompanhado melhor o convívio, realizando estudos psicossociais com frequência, e não apenas uma vez nos quase 02 (dois) anos. Ainda assim, a omissão não neutraliza a conduta dos requeridos que tinham o papel de cuidar da infante e a submeteram a lamentáveis situações. (Sem grifos no original).

Observa-se do acórdão acima, que a *ratio decidendi* consiste no comportamento contraditório e injusto perante o infante, o qual não deve encontrar amparo no ordenamento jurídico, sendo, pois, cabível a imposição do dever de indenizar aos adotantes indecisos que atuam de maneira leviana, envidando esforços para recebimento da criança em seu lar até o momento do estágio de convivência.

¹⁶⁸ Disponível em: < <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/121112071/apelacao-civel-ac-10024110491578002-mg>>. Acesso em: 17.05.2018.

Por seu turno, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS) posicionou-se de modo diverso ao julgar a Apelação de n.º 70070484878¹⁶⁹, publicada em 31 de agosto de 2016, cuja ementa encontra-se abaixo transcrita:

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

Como se vê, o TJ-RS entendeu pela ausência do dever de reparação ante a inexistência de efetiva comprovação do dano psicológico causado ao infante, concedendo menor relevância a conduta inapropriada dos adotantes desistentes, bem assim às injustas expectativas geradas no menor.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), podemos encontrar decisão monocrática no sentido de adoção da tese de viabilidade de imposição do dever de reparação ao adotante que atuar de maneira contraditória quanto ao desejo de incluir o infante como membro de sua família e na sequência decide pelo não prosseguimento do processo de adoção.

De assim, cumpre expor excerto dos fundamentos da decisão¹⁷⁰ supracitada:

Nesse diapasão, uma vez que houve precipitação do casal em pleitear adoção, que sua motivação para tanto foi equivocada, que teve dificuldade de lidar com a questão e que demoraram a tomar

providência quanto à situação notada por eles desde o início da convivência, restou demonstrado que os requeridos foram imprudentes e negligentes. Destarte, conclui-se que a 'devolução' de Natanaires pelos requeridos ocorreu de forma irresponsável, afigurando-se inaceitável que a criança sofra sozinha as conseqüências da conduta de D. e M. do C.

¹⁶⁹ Disponível em: < <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/380864113/apelacao-civel-ac-70070484878-rs>>. Acesso em: 17.05.18.

¹⁷⁰ Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?livre=indeniza%E7%E3o+ado%E7%E3o+desist%EAnCIA+est%E1gio+de+conviv%EAnCIA&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 17.05.2018.

No caso em exame, mesmo se acolhida a tese de que o estágio de convivência é um direito dos adotantes, diante do que foi anteriormente explicitado, chegaríamos a conclusão de que houve abuso no exercício desse direito pelo casal ora requerido ao 'devolverem' a criança de forma irresponsável.

Desta feita, tal estágio não pode ser usado para causar prejuízos a terceiros, sobretudo, à pessoa em condição peculiar de desenvolvimento.

Como visto, o STJ posiciona-se no sentido de que a conduta dos adotantes desistentes devem ser reprimida pelo sistema jurídico, sempre que esta repercutir negativamente no desenvolvimento da criança, gerando prejuízos ao menor.

Sucedo que, muito embora o magistrado tenha entendido pela possibilidade de imposição do dever de reparação, nota-se que este concede grande relevância a necessidade de comprovação do dano.

Dito isto, o posicionamento do STJ não se mostra suficiente a apontar o caminho a ser seguido, eis que apresenta pensamento que se coaduna com a decisão do TJ-MG, como também entende de modo semelhante ao que profere o TJ-RS.

Deste modo, em que pese cumprir o STJ o papel de uniformização do entendimento dos Tribunais de Justiça, não nos parece adequado afirmar que a situação da possibilidade de responsabilização civil encontra suas bases consolidadas na jurisprudência atual, eis que até o momento somente foi apresentado o conflito em exame ao STJ, tendo sido resolvido sem definir-se de modo enfático os pressupostos de sua incidência, de modo a sanar as dúvidas que pairam sobre a questão.

6. CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos**. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (coord). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARVALHO, Pedro Caetano. **Adoção: direito da criança ou dos pais?**. *In: Igualdade*; Revista Trimestral do Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente – v. 7, (abril/jun. 1999). Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 1999.

CAVALLIERI, Leila Arruda. **Séria e Preocupante Diminuição do Número de Adoções Internacionais no Brasil Consequência da Obrigatoriedade do Cumprimento do Estágio de Convivência?**. *In: Estudos Avançados de Direito Internacional*. Belo Horizonte: Arrares, 2015.

CINTRA, Maria do Rosário Leite. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. Munir Cury (Coord.). Brasil: Malheiros, 2013.

CURY, Munir. **Igualdade**: Revista Trimestral do Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente. Livro 19. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, abr./jun. 1998.

DOMINGOS, Carla Hecht. **A Importância do Processo de Adoção: Brasil (1988-2006)**. *In: Revista da Faculdade de Direito de Campos – Ano VII, n.º 9 (jun/dez. 2006)*.

DUPERT, Cristiane. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. Belo Horizonte: Jus editora, 2012. 2ª ed.

ELIAS, João Roberto. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2010. 4ª ed.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015. 2ª ed. Vol. 3.

FRITZ, Karina Nunes. **A Responsabilidade Pré-contratual por Ruptura das Negociações**. *In: Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos*. Tepedino, Gustavo e Fachin, Luiz Edson (Org). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 4.

GURREIRO, José Alexandre Tavares. **A Boa-fé nas Negociações Preliminares**. In: Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos. Tepedino, Gustavo e Fachin, Luiz Edson (Org). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 4.

HONORATO, Cássio Mattos e LENTCH, Gliciane Pacheco. **Adoção de crianças e adolescentes: princípios e a sentença que constitui o vínculo de filiação**. In: Revista de Direito Privado – Ano. 6, n. 29 (jan/mar. 2007). NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2015.

JACOBUCCI, Marielen Carina. **Revista Síntese Direito de Família**. Ano XIII - nº 67 – ago-set 2011.

LAGINSKY, Valdirene e BASSI, Denis Ricoy. **As Regras da Adoção na Legislação Brasileira, com as Alterações Trazidas pela Lei nº 12.010, de 3 de Agosto de 2009**. In: Revista Síntese Direito de Família - Ano XII, nº 61 (ago/set. 2010).

LEONELLI, Vera. **Igualdade**: Revista Trimestral do Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente. Livro 19. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, abr./jun. 1998.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Malheiros, 2010. 11ª ed.

LIMA, Tatiane Moreira. **Adoção**. In: Temas de Direito Contemporâneo. São Paulo: Millenium, 2014.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: Aspectos teóricos e práticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana**: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais. São Paulo: Renovar, 2007.

NEGREIROS, Teresa. **O princípio da boa-fé contratual**. In: Princípios do Direito Civil Contemporâneo. Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

NORONHA, Fernando. **Âmbito da Responsabilidade Civil**. In: Revista Trimestral de Direito Civil – v. 12. Rio de Janeiro: Padma.

NORONHA, Fernando. **Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil**. In: Revista dos Tribunais – ano 88, vol. 761. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994.

NORONHA, Fernando. **Os danos à pessoa, corporais (ou biológicos) e anímicos (ou morais em sentido estrito), e suas relações com os danos patrimoniais e extrapatrimoniais**. In: Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RUSSO JR., Rômolo. **Responsabilidade Pré-contratual**. Salvador: Juspodivm, 2006.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos**. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Maiara Patrícia da e POZZER, Milene Ana dos Santos. **Responsabilidade Civil pela Devolução de Crianças e Adolescentes em Estágio de Convivência no Processo de Adoção**. In: Revista Síntese; Direito de Família – Ano XV, n.º 83 (abr/maio. 2014).

SOUZA, Herbert de. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. Munir Cury (Coord.). Brasil: Malheiros, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Função Social dos Contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002**. São Paulo: Editora Método, 2007.

TEODORO JR., Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015. 15ª ed. Vol. 4.