

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS
FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS
CURSO DE DIREITO**

BRUNA KLEIN BILHALVA

**DA (IM)POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL PELA DESISTÊNCIA
DO PROCESSO DA ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES
TRABALHO DE CURSO**

Santa Rosa
2021

BRUNA KLEIN BILHALVA

**DA (IM)POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL PELA DESISTÊNCIA
DO PROCESSO DA ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES
TRABALHO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Marcos Costa Salomão

Santa Rosa
2021

BRUNA KLEIN BILHALVA

**DA (IM)POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL PELA DESISTÊNCIA
DO PROCESSO DA ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES
TRABALHO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Banca Examinadora

MARCOS SALOMAO

MARCOS SALOMAO (Jul 19, 2021 14:34 ADT)

Prof. Ms. Marcos Costa Salomão – Orientador

Renê Carlos Schubert Junior

Renê Carlos Schubert Junior (Jul 19, 2021 18:39 ADT)

Prof. Ms. Renê Carlos Schubert Junior

Rosmeri Radke

Rosmeri Radke (Jul 19, 2021 18:50 ADT)

Prof^a Ms. Rosmeri Radke

Santa Rosa, 14 de julho de 2021.

DEDICATÓRIA

Dedico à todas as crianças de lares que esperam por uma família e a todos os pais e mães que desejam adotar.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais por todo apoio, ajuda e compreensão durante essa jornada.

Agradeço ao Junior que esteve sempre me apoiando, e se dispôs a me ensinar e ajudar na formatação do presente trabalho.

Agradeço especialmente à minha companheira Polly que esteve comigo nos dias bons e ruins.

Agradeço ao grande mestre Marcos Salomão que se dispôs a caminhar comigo nessa pesquisa.

Agradeço ainda todos os professores e funcionários da FEMA pela dedicação com os alunos, e por me ensinar a ser uma pessoa melhor.

“[...] Consideramos justa toda forma de amor.”

Lulu Santos

RESUMO

A adoção é um tema de grande relevância no Direito de Família. Para tanto, o presente trabalho tem como tema estudar a (im)possibilidade de responsabilidade civil perante a desistência do processo da adoção, focando quais as consequências nas diferentes fases de adaptação, e analisando as decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e Superior Tribunal de Justiça a respeito do assunto. Diante disso, para a problemática do trabalho é necessário responder uma pergunta: Em que medida é possível à responsabilização civil pela desistência no processo de adoção? O presente trabalho tem por hipóteses a necessidade ou não dos pais adotivos indenizar a criança frente a desistência do processo. Ademais tem-se por objetivo geral, compreender quais as medidas para a responsabilização civil perante a desistência da adoção, e para que se tenha um resultado satisfatório, cria-se uma linha de questões elencadas nos objetivos específicos, ou seja, estudar o instituto da adoção no ordenamento jurídico; pesquisar hipóteses de responsabilizar civilmente a desistência da adoção; e por final compreender como a jurisprudência analisa o presente tema. A pesquisa é de grande importância, à medida que aborda as consequências de tais atos, para compreender as decisões jurisprudências, e para que se reflita sobre tamanha responsabilidade que o ato de adotar. Essa pesquisa conta com várias referências doutrinárias como por exemplo Suely Deslandes, Maria Berenice Dias, Rolf Madaleno, Pontes de Miranda, Flavio Tartuce, entre outros grandes pesquisadores. Em relação a metodologia utilizada, a pesquisa é teórico-prática, baseando-se em doutrinas, leis, e jurisprudências, é feita de forma qualitativa, explicativa e exploratória, sendo ainda utilizada a documentação indireta e o método de abordagem é hipotético dedutivo, utilizando os métodos histórico e comparativo. O trabalho está dividido em 2 capítulos, e cada um dividido em 3 subtítulos. O primeiro capítulo aborda sobre adoção, suas raízes, conceitos e bases legais, já o capítulo dois aborda sobre a responsabilidade civil, legislações, conceitos, e análises de decisões jurisprudenciais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e Superior Tribunal de Justiça. Por fim, as principais conclusões foram as de que este instituto vem modificando e evoluindo para melhor proteger a criança e adolescente. Nos casos de desistência do processo de adoção, a punição será diversa em cada fase, eis que durante o período de convivência não existe legislação à fim de punição, já durante a guarda provisória e o trânsito em julgado sim, devendo nesta última ser tratada como ilícito penal sob proteção de princípio constitucional.

Palavras-chave: Adoção – Desistência – Responsabilidade Civil.

ABSTRACT

Adoption is a very relevant theme in Family Law. Therefore, this paper aims to study the (im)possibility of civil liability in case of abandonment of the adoption process, focusing on the consequences in the different stages of adaptation, and analyzing the decisions of the Rio Grande do Sul state Court of Justice and Superior Court of Justice on the subject. Therefore, for the problematic of the work it is necessary to answer a question: To what extent is it possible to have civil liability for the desistance in the adoption process? This paper hypothesizes the necessity or not of the adoptive parents indemnifying the child in face of the abandonment of the process. Furthermore, the general objective of this paper is to understand the measures for civil liability in case of abandonment of the adoption. In order to have a satisfactory result, a line of questions listed in the specific objectives is created, i.e., to study the institute of adoption in the legal system; to research hypothesis of civil liability in case of abandonment of the adoption; and finally, to understand how the jurisprudence analyzes this issue. The research is of great importance, as it addresses the consequences of such acts, to understand the jurisprudential decisions, and to reflect on the great responsibility that the act of adopting entails. This research counts on several doctrinal references such as Suely Deslandes, Maria Berenice Dias, Rolf Madaleno, Pontes de Miranda, Flavio Tartuce, among other great researchers. Regarding the methodology used, the research will be theoretical and practical, based on doctrines, laws and jurisprudence, it will be qualitative, explanatory and exploratory, indirect documentation will be used and the approach method is hypothetical deductive, using the historical and comparative methods. The paper is divided into 2 chapters, each one divided into 3 subtitles. The first chapter deals with adoption, its roots, concepts, and legal basis. The second chapter deals with civil responsibility, legislation, concepts, and analysis of jurisprudential decisions of the Rio Grande do Sul state Court of Justice and Superior Court of Justice. Finally, the main conclusions were that this institute has been modifying and evolving to better protect the child and adolescent. In cases of abandonment of the adoption process, the punishment will be different in each phase, since during the cohabitation period there is no legislation in order to punish, but during the provisional custody and the *res judicata*, yes, and the latter should be treated as a criminal offense under the protection of constitutional principle.

Keywords: Adoption – Abandonment – Civil liability.

LISTA DE ABREVIações.

Abr. – Abril

Art. – Artigo

C.C – Código Civil

C.F. – Constituição Federal

D.F – Distrito Federal

Dez. – Dezembro

ECA – Estatuto da criança e do adolescente

Ed. – Edição

Jun. – Junho

P. – página

RS – Rio Grande do Sul

Set. – Setembro

STJ – Superior tribunal de justiça

STF – Supremo tribunal federal

TJ – Tribunal de justiça

V. – volume

§ – parágrafo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 DA ADOÇÃO E SUA TRAJETÓRIA HISTÓRICA	13
1.1 DA FAMÍLIA, SUA IMPORTÂNCIA E BASES LEGAIS.....	13
1.2 CONCEITOS DE ADOÇÃO E SUAS FORMAS NO CÓDIGO CIVIL DE 1916 E OUTROS INSTITUTOS ADOTIVOS	19
1.3 ADOÇÕES NA CONTEMPORANEIDADE	27
2 RESPONSABILIDADE CIVIL E SEU INSTITUTO PARA COM A FAMÍLIA	36
2.1 CONCEITOS E SUAS BASES LEGISLATIVAS.....	36
2.2 VISÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL FRENTE A DESISTÊNCIA DE ADOÇÃO EM CASA FASE DO PROCESSO	40
2.3 JULGADOS DO TJ/RS E STJ SUA ANÁLISE, OPINIÃO, NOS ÚLTIMOS 10 ANOS FRENTE A DESISTÊNCIA DO PROCESSO	45
CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS	53

INTRODUÇÃO

O tema da adoção é de suma importância para o direito de família, trata de crianças e adolescentes que poderão fazer parte de uma família, e o caminho é longo, existem muitas dificuldades, mas no final a recompensa é maior. Claro que se busca proteger o bem maior do adotado, porém, esse instituto é a porta de entrada de casais que não podem ter filho, ou por simplesmente querer fazer o bem acolhendo uma criança e/ou adolescente. Nem sempre as coisas dão certo, ou as crianças não se adaptam, ou os pais não se adaptam, e nesse momento surgem os problemas maiores. E por essa razão o presente trabalho de conclusão de curso trata sobre a possível ou não responsabilização civil em caso de desistência do processo da adoção em cada fase da adaptação com base na Constituição Federal de 1988, Código Civil de 1916 e 2002, decisões do Superior Tribunal de Justiça como também análises doutrinárias e julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul nos últimos 10 anos.

Para tanto, a problemática do trabalho aborda sobre quais são as medidas para que ocorra a responsabilização civil no caso de desistência da adoção, e se a mesmo é possível ou não.

Nesse sentido, o objetivo geral tem a mesma essência da problemática, eis que foca em entender em que medidas podem ocorrer a responsabilização de uma desistência, e para que isso aconteça, os objetivos específicos focam no estudo do instituto da adoção no ordenamento brasileiro, sua trajetória histórica até hoje, a busca das hipóteses de responsabilidade civil perante a desistência do processo de adoção, e por final faz-se um estudo para compreender o que a jurisprudência do TJ/RS e STJ vem trabalhando e analisando em relação aos casos de desistência do processo da adoção.

Diante disso, criaram-se hipóteses acerca do tema, e buscou-se meios para resolver tal questão. Existem duas hipóteses para se estudar: Devem os pretendentes da adoção/ os pais adotivos, indenizar moralmente a criança pelos prejuízos a ela causados; não há necessidade de indenização pela desistência adoção, eis que seria uma faculdade no ordenamento jurídico desistir ou não até a sentença do processo.

A adoção é um tema polêmico, trata de uma enorme responsabilidade emocional e afetiva, sem delongas é um ato de amor para com a humanidade. Eis que o tema escolhido para a presente pesquisa é de suma importância, traz uma realidade dura e uma consequência de não ter responsabilidade suficiente para adotar. Por vezes as crianças ou os pais não conseguem se adaptar de início, por esse motivo são estabelecidas fases de adaptação. Para tanto, o estudo desse tema vem para sanar dúvidas, compreender quais as consequências de desistir da adoção, entender o que ocorre com o mundo jurídico e social perante tal irresponsabilidade, possibilitando discussões acerca do caso, e dessa forma poder analisar a viabilidade ou não de punição diante de cada fase de adaptação. Diante dos fatos, busca-se incentivar novas pesquisas, adentrar-nos diversos caminhos em relação ao tema, objetivando uma repercussão de reflexão sobre o sistema de adoção no ordenamento jurídico brasileiro.

A pesquisa é teórico-prática com base no estudo da doutrina, Estatuto da Criança e do Adolescente, Código Civil entre outras legislações pertinentes, e análises jurisprudenciais do TJ/RS e STJ. Observar ainda os princípios fundamentais tanto da Constituição Federal, quanto os princípios doutrinários. Ainda, a pesquisa é feita de forma qualitativa, explicativa e exploratória.

O plano de coleta de dados é por documentação indireta, pois a pesquisa é documental com fontes secundárias, sendo livros doutrinários, artigos, e textos de lei, com o objetivo de esclarecer lacunas a respeito do tema.

O método de abordagem é hipotético-dedutivo em que pese o problema é analisar a possibilidade da desistência da adoção e estudar as responsabilidades e consequências mediante tal ato. Para amparar o método principal, utiliza-se o procedimentos técnicos e secundários, sendo eles histórico para construir uma fundamentação teórica sob a perspectiva histórica, e o método comparativo, em que são comparadas as ideias doutrinárias, jurisprudências, alcançando uma coleta determinada de dados.

A divisão dos capítulos é feita de maneira que não torne a leitura do presente trabalho demorada e cansativa, sintetizando e colocando o mais importante para que a leitura e compreensão seja leve e clara. No primeiro capítulo é estudado sobre o instituto da adoção e a sua trajetória história, e conta com três subtítulos que explicam sobre conceitos, bases legais, a importância do sistema da adoção e como é atualmente. Já no segundo capítulo é tratado da responsabilidade civil, e da mesma

forma que o primeiro, está dividido em três subtítulos, explicando conceitos e bases legais, de que forma a responsabilidade civil é tratada frente à desistência da adoção e por fim análises de decisões do TJ/RS e STJ para com o tema em questão.

1 DA ADOÇÃO E SUA TRAJETÓRIA HISTÓRICA

A adoção é um instituto antigo, e é possível afirmar que existiam leis que a regulamentava. As regras eram precárias, apenas o básico que com o tempo foi evoluindo e cada vez mais buscando a proteção do menor.

Primeiramente observa-se que uma das primeiras regulamentações da adoção foi no Código de Hamurabi. Posteriormente, as crianças que estavam disponíveis para serem adotadas eram chamadas de expostas, observa-se que existiam leis para regulamentar essas adoções, porém elas eram brutas e não pretendiam beneficiar as crianças e prezar seu bem maior, mas sim, satisfazer o desejo dos pais que às adotavam.

Atualmente a legislação brasileira conta com inúmeras legislações para proteger o interesse das crianças. Ressalta-se que existem leis especiais para as crianças, leis especiais para o instituto da adoção, e outras legislações pertinentes como o direito de família no Código Civil, os direitos fundamentais na Constituição Federal, e ainda doutrinas e jurisprudências.

O próximo tópico aborda a respeito da família, qual a sua importância, quais legislações estão vinculadas a este instituto, conceitos sobre família com base em renomados autores, entre outros importantes tópicos.

1.1 DA FAMÍLIA, SUA IMPORTÂNCIA E BASES LEGAIS

Primeiramente precisa-se falar da família como um todo, de como a sua existência é essencial na vida de cada pessoa em especial na vida de uma criança e adolescente e entender as legislações pertinentes.

Em relação à importância da família, Rodrigo da Cunha Pereira diz:

O exercício da paternidade e da maternidade – e, por conseguinte, do estado de filiação – é um bem indisponível para o Direito de Família, cuja ausência propositada tem repercussões e consequências psíquicas sérias, diante das quais a ordem legal/ constitucional deve amparo, inclusive, com imposição de sanções, sob pena de termos um Direito acéfalo e inexigível. (PEREIRA, 2015, p. 401).

De acordo com o autor, a ausência do exercício de paternidade e maternidade pode causar consequências sérias e que podem gerar imposição de sanções. Ou seja,

a constituição tem em seus fundamentos o dever de amparo à criança, e à família, e caso algum desses direitos sejam feridos., serão impostas penas.

De acordo com o autor, a ausência do exercício de paternidade e maternidade pode causar consequências sérias e que podem gerar imposição de sanções. Ou seja, a constituição tem em seus fundamentos o dever de amparo à criança, e à família, e caso algum desses direitos sejam feridos, algumas penas serão impostas.

O autor Gediel Araújo Júnior traz uma explicação importante a respeito da conceituação do direito de família:

[...] de forma ampla, o termo “família” indica um conjunto de pessoas unidas por relação de parentesco (v.g., avós, pais, filhos, irmãos, tios, sobrinhos etc.), e/ou afinidade (v.g., marido e mulher; companheiros etc.). De forma mais restrita, o termo “família” indica a entidade formada por duas ou mais pessoas, unidas pelo casamento ou em razão de união estável (v.g., marido e mulher; marido, mulher e filho; marido e filho; mulher e filho; companheiros; companheiros e filho etc.). O “direito de família”, conforme previsto no Código Civil, leva em consideração os dois aspectos (amplo e restrito), vez que se apresenta como um conjunto de normas, na sua grande maioria cogentes, isto é, obrigatórias, que disciplinam não só a formação, manutenção e extinção das relações entre os cônjuges ou companheiros, e entre estes e seus filhos, mas também se estende às relações de parentesco de forma geral, como no caso, por exemplo, das questões ligadas aos alimentos, à tutela e à curatela. (ARAUJO JUNIOR, 2019, p. 01).

Para Flavio Tartuce:

[...] as normas de Direito de Família são essencialmente normas de ordem pública ou cogentes, pois estão relacionadas com o direito existencial, com a própria concepção da pessoa humana. No tocante aos seus efeitos jurídicos, diante da natureza dessas normas, pode-se dizer que é nula qualquer previsão que traga renúncia aos direitos existenciais de origem familiar, ou que afaste normas que protegem a pessoa. (TARTUCE, 2019, p. 24).

Entretanto, por mais que o Direito de família seja de ordem pública, tem sua essência íntima e sigilosa, com isso, Álvaro Azevedo diz: “[...] guardam intimidade, que, embora repercutam socialmente, se guardam nas relações existentes no âmbito reservado da família.” (AZEVEDO, 2019, p. 26).

Ao pesquisar e buscar conhecimento sobre o direito de família, Paulo Nader expõe sua ideia sobre o que seria família: “família é uma instituição social, composta por mais de uma pessoa física, que se irmanam no propósito de desenvolver, entre si, a solidariedade nos planos assistencial e da convivência ou simplesmente descendem uma da outra ou de um tronco comum” (NADER, 2016, p. 40). Ou seja, para o autor a

família é composta por mais de uma pessoa, que tem o propósito de se ajudar mutuamente ou que simplesmente tem uma descendência em comum.

Atualmente, muitas pessoas moram sozinhas, as vezes não por uma questão de escolha, mas sim uma questão de necessidade, contudo, percebe-se que na maioria das vezes há um apoio familiar, um amparo financeiro, ou seja, existe indiretamente um “plano assistencial” conforme citado pelo autor Paulo Nader.

Quanto à organização familiar, o autor Paulo Nader explica que a forma de organização dos institutos familiares vai de acordo com princípios como por exemplo lei moral, religião, culturas, etc. (NADER, 2016, p. 64).

Silvio Venosa considera que o direito de família vai estudar as diversas formas de família, como por exemplo os casados, unidos pelo matrimônio, os que apenas convivem, mas não são casados, além das relações de pais e filhos buscando entender a função de proteção por tutela e curatela. (VENOSA, 2017, p. 17).

Evidentemente o Direito de Família é um ramo de suma importância no nosso ordenamento jurídico, além de proteger a família, regula obrigações para o convívio familiar. No Código Civil de 2002, o direito de família se encontra no Livro IV, parte especial, iniciando no artigo 1.511 e vai até o artigo 1.783-A.

A família é a base de tudo, lugar em que nasce o amor, família é quem acolhe, cuida, protege, cede espaço e tempo, diga-se dedicação. Rodrigo da Cunha Pereira em mais uma de suas impecáveis escritas afirma:

Família é o lócus da formação e estruturação do sujeito. Não é possível que uma pessoa se torne sujeito sem que tenha passado por um núcleo familiar. Além de formador do sujeito, a família desempenha um papel primordial de formação de valores e transmissão da cultura. Sem ela não há sociedade ou Estado. Sem essa estruturação familiar não haveria sujeito ou relações interpessoais ou sociais. É na família que tudo se principia, é nela que nos estruturamos como sujeitos e encontramos algum amparo para o nosso desamparo estrutural. (PEREIRA, 2020, p. 19).

Agora vejamos, uma criança que nasce e é encaminhada imediatamente para um lar e fica lá até seus 18 anos de idade, qual estrutura familiar terá? Por mais que existam pessoas que acolhem essas crianças em algumas datas, não existe um vínculo familiar, não existe o amor fraterno, não haverá família que ajudará no desenvolvimento da formação de valores como disse o autor citado, e mais uma vez torna-se relevante o tema da pesquisa em questão.

De acordo com o art. 226 da Constituição Federal a família é a base da sociedade, e o Estado deve fornecer proteção especial a esse instituto.

O projeto de lei 470 de 2013 traz em seu art.º 2 que é direito fundamental de todos ter uma família.

Obviamente a família se rege pelos princípios dos Direitos Humanos. Observa-se que este instituto está elencado e protegido no art.17 item 1 do Pacto de San José da Costa Rica, da Convenção de Direito Humanos (1969): “Artigo 17 - Proteção da família [...]1. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado”.¹

O direito de família é abrangente, possui vários ramos, várias raízes, e é difícil de conceituar. Em geral, ao pensar em Direito de Família, se imagina um mar de proteções às entidades familiares e suas culturas. Conforme o autor Álvaro Villaça Azevedo:

O direito de Família é um complexo de normas jurídicas, morais, e às vezes, religiosas, que orientam esse ramo do direito civil, sensível aos fatores locais, que disciplinam as relações entre seus membros, influenciando, tanto no prisma material quanto imaterial, relacionando-se entre si com seus filhos e cuidando de seu patrimônio (AZEVEDO, 2019, p. 21).

No Brasil existem várias formas de família. Porém no passado não era assim, as famílias eram em suma um homem, uma mulher e filhos. Rolf Madaleno explica que:

Ao tempo em que a economia doméstica estava concentrada no meio rural, a família já foi mais ampla e abrangia um espectro maior de parentes em linha reta e colateral, mas foi sendo reduzida, resumindo-se numericamente aos pais e filhos, com a sua migração para os centros urbanos, na busca de emprego na indústria em franca expansão, ao mesmo tempo em que estabelecia a ocupação da família restrita de pequenos espaços para a moradia exclusiva dos parentes em linha reta e em bastante proximidade de graus. (MADALENO, 2020, p. 101).

A cada século, a cada modernidade, os sistemas mudam, as leis mudam, sempre visando o melhor para seu povo, sem discriminação em escolher a família que queira, cada vez mais se vê que uma família pode ser dois pais, duas mães, ou seja casais homoafetivos, avós que cuidam dos netos, pessoas que adotam, pessoas

¹ Pacto de San José da Costa Rica, da Convenção de Direito Humanos (1969). Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>

solteiras com seus pets, ou seja, família é onde existe o sentimento de “ estar em casa”.

Vários autores explicam sobre a abrangência do direito de família, não diferente Arnaldo Rizzardo explica que quando se fala em direito de família, entra-se e um campo enorme de situações diferentes, ou anormais que vão aumentando e se tornando mais complexas conforme cada situação social, econômica, e outros fatores de relações. (RIZZARDO, 2019, p. 38).

O autor Rolf Madaleno argumenta sobre a existência de diversidade familiar atualmente. Madaleno comenta que no passado o único interesse da família era de ordem econômica, não se tinha preocupações com afeto, amor, felicidade em relação ao grupo familiar (MADALENO, 2020, p. 53).

Em relação ao aceitação cultural e legislativo de famílias diferentes, Madaleno cita uma explicação do autor Cristiano Chaves Farias em que esse observa que por mais que a Constituição Federal venha revolucionando e expandindo o conceito de família e permitindo que seja reconhecida outras formas/modelos de relação familiar, em que não existisse necessariamente uma ligação com casamento e abarcar a proteção que é destinada ao matrimônio no seu artigo 226 também para a união estável e para as famílias monoparentais, não existe forma de desconsiderar a pluralidade (MADALENO, 2020, p. 52 apud FARIAS, 2010, p. 63).

Rolf Madaleno em seu livro de Direito de Família, explica sobre a diversidade de família e como cada uma delas se compõe. Cita uma fala de Sergio Resende Barros:

A Carta Política de 1988 começou a desconstruir a ideologia da família patriarcal, edificada em uma família monogâmica, parental, centralizada na figura paterna e patrimonial e que reinou absoluta na sociedade brasileira, herdada dos patriarcas antigos e dos senhores medievais (MADALENO, 2020, p. 52-53 apud BARROS, 2002, p. 6-7).

Por mais que essa organização familiar seja antiga, existem muitos núcleos de família compostos dessa maneira, tem aqueles que dizem que essa é a única forma familiar correta, qualquer outra formação não pode ser considerada família. Porém a própria legislação e doutrina já mostram que existe várias formas de composição familiar, excluindo esse pensamento antigo, essa ideologia patriarcal e medieval.

Ainda em relação à essa questão familiar, Sérgio Resende Barros afirma:

O afeto é que conjuga. Apesar da ideologia da família parental de origem patriarcal pensar o contrário, o fato é que não é requisito indispensável para haver família que haja homem e mulher, nem pai e mãe. Há famílias só de homens ou só de mulheres, como também sem pai ou mãe. Ideologicamente, a atual Constituição brasileira, mesmo superando o patriarcalismo, ainda exige o parentalismo: o biparentalismo ou o monoparentalismo. Porém, no mundo dos fatos, uma entidade familiar forma-se por um afeto tal – tão forte e estreito, tão nítido e persistente – que hoje independe do sexo e até das relações sexuais, ainda que na origem histórica não tenha sido assim. Ao mundo atual, tão absurdo é negar que, mortos os pais, continua existindo entre os irmãos o afeto que define a família, quão absurdo seria exigir a prática de relações sexuais como condição sine qua non para existir a família. Portanto, é preciso corrigir ou, dizendo com eufemismo, atualizar o texto da Constituição brasileira vigente, começando por excluir do conceito de entidade familiar o parentalismo: a exigência de existir um dos pais. (MADALENO, 2020, p. 53-54 apud BARROS, 2002, p. 6-7).

Conforme entendimento do autor, por mais que para o patriarcado a família deve ter necessariamente um homem e uma mulher para compor a relação, a realidade é totalmente diferente, nem sempre tem-se um pai, ou uma mãe, as famílias as vezes são apenas de mulheres, ou apenas de homens, outro exemplo são os caso em que ocorre o falecimento dos pais, ao passo que ainda continuará existindo vínculo familiar entre irmãos, e se não fosse assim, seria ilógico.

Em relação a nova composição familiar, Madaleno traz em seu livro o pensamento de Guilherme Gama em explica:

A nova família foi desencarnada do seu precedente elemento biológico para ceder lugar aos vínculos psicológicos do afeto, consciente a sociedade que, na formação da pessoa humana, os valores como a educação, o afeto e a comunicação contígua guardam muito mais importância do que o elo da hereditariedade. (MADALENO, 2020, p. 54 apud GAMA, 2008, p. 25).

Para tanto o autor Madaleno elencou alguns tipos de família em seu livro, família matrimonial, família informal, família monoparental, família anaparental, família reconstituída, família paralela, família natural, família eudemonista, e família homoafetiva. (MADALENO, 2020, p. 56-64).

Em relação às formas familiares, Maluf elenca novos conceitos pós-modernidade além dos já conhecido, família matrimonial, família por união estável, monoparental e famílias homoafetivas, sejam elas anaparental, demonista e paralela. (MALUF, 2015 p. 39).

Observa-se que os autores possuem um norte de ideias, doutrinas, parecidas, ou seja, não existe mais um conceito único de família, o que importa é o amor.

1.2 CONCEITOS DE ADOÇÃO E SUAS FORMAS NO CÓDIGO CIVIL DE 1916 E OUTROS INSTITUTOS ADOTIVOS

O sistema de adoção não é recente, mas ainda gera muita discussão, sua forma estrutural vem mudando para acompanhar a atualidade, mesmo que ainda tenha muito a melhorar. Em que pese a adoção é muito burocrática, eis que preza pela proteção das crianças e adolescentes, porém ainda acontecem situações irreparáveis.

Maluf conceitua adoção como um negócio jurídico, em que mediante sentença judicial, um maior ou menor, capaz ou incapaz, ingressa em uma família substitua, passando o adotado a dispor de todos os direitos e deveres da filiação biológica. (MALUF, 2015, p. 668).

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho em seu livro Novo Curso de Direito Civil 6, citam o autor Antunes Varela para conceituar adoção, sendo assim, fica exposto que:

É muito controvertida entre os autores a natureza jurídica da adoção. Enquanto adoção constitui assunto de foro particular das pessoas interessadas, a doutrina inclinou-se abertamente para o carácter negocial do acto. A adoção tinha como elemento fundamental a declaração de vontade do adoptante, sendo os seus efeitos determinados por lei de acordo com o fim essencial que o declarante se propunha alcançar (...) Logo, porém, que os sistemas jurídicos modernos passaram a exigir a intervenção dos tribunais, não para homologarem, mas para concederem a adoção, a requerimento do adoptante, quando entendessem, pela apreciação das circunstâncias concretas do caso que o vínculo requerido serviam capazmente o interesse da criação e educação do adoptando, a concepção dominante na doutrina quanto à natureza jurídica do acto mudou de sinal. Passou a ver-se de preferência na adoção um acto de natureza publicística (um acto judicial) ou um acto complexo, de natureza mista” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2021, p. 237 apud VARELA, 1999, p. 146-147).

Pontes de Miranda conceitua o instituto sendo: “Adoção é o ato solene pelo qual se cria entre o adotante e o adotado relação de paternidade e filiação.” (MIRANDA, 2001, p. 212).

Rolf Madaleno, cita em seu livro, o conceito de adoção para Caio Mario Da Silva Pereira em que ele trata a adoção como: “o ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre eles qualquer relação de parentesco consanguíneo ou de afinidade.” (MADALENO, 2020, p. 1120 apud PEREIRA, 2004, p. 392).

Paulo Nader, em seu livro dispõe que a adoção é “Mais do que uma relação jurídica, constitui um elo de afetividade, que visa a substituir, por ato de vontade, o geneticamente formado pela natureza”. (NADER, 2016, p. 514). Para tanto, o autor entende que adotar é um ato de buscar uma relação perdida geneticamente/biologicamente.

Ainda continuando a linha de raciocínio, o autor diz que: “Qualquer que seja a motivação íntima, a adoção deve ser um ato de amor, propósito de envolver o novo ente familiar com igual carinho e atenção dispensados ao filho consanguíneo.” (NADER, 2016, p. 514). Para tanto, a adoção é um instituto de reflexão, momento em que o indivíduo para de pensar em si mesmo e pensa no próximo, é um ato nobre, e que requer muita responsabilidade. Nesse sentido, o autor deixa claro que tanto o filho biológico quanto o filho adotado devem ser tratados, e amados igualmente, sem distinção.

Já o autor Carlos Alberto Gonçalves ao expandir seus estudos, traz em seu livro uma citação de Maria Helena Diniz que conceitua a adoção como um ato jurídico solene o qual estabelece um vínculo de filiação fictício, sempre observando os requisitos legais, introduzindo à sua família uma pessoa nova, desconhecida, (GONÇALVES, 2012, p. 331 apud DINIZ, 2002, p. 416).

Diante dos conceitos doutrinários observa-se que para caracterizar adoção, precisa existir um vínculo entre o adotante e o adotado, uma relação de amor, insta salientar que se prioriza o melhor interesse para a criança e adolescente.

Para tanto, o autor Rolf Madaleno explica os tipos de adoção, evidenciando sua pluralidade excluindo o conceito patriarcal de família. Os tipos de adoção que o autor elenca são: Adoção por avós; Adoção por irmãos do adotando; Consentimento dos pais, do representante e do adotando; Adoção do filho do outro por um dos cônjuges ou companheiros; Adoção por tutor ou curador; Adoção intuito personae; Adoção por divorciados; Adoção póstuma; Adoção por estrangeiro; Adoção de nascituro; Adoção à brasileira, Adoção de embriões; e a Adoção por homoafetivos. (MADALENO, 2020, p. 32).

A autora Maria Berenice Dias fala no Manual de Direito das famílias que o instituto da adoção é antigo, que sempre existiram filhos que não eram desejados, em que, ou os pais não querem, ou não podem assumir, cuidar e se dedicar pelos filhos, e também existem os casos em que a criança/adolescente é afastado do convívio familiar. Por estes motivos é que surge a realidade atual, em que existem crianças

abandonadas, jogadas no lixo como um simples ser descartável, uma realidade assustadora. (DIAS, 2016, p. 814).

A adoção como se sabe não é atual, Pereira explica sobre como ocorria a adoção nos antepassados:

A prática da adoção encontra raízes no berço da civilização da humanidade, na Grécia antiga, assim como em Roma (os imperadores Tibério, Calígula, Nero, Trajano e outros eram filhos adotivos), e existe na maioria dos países do mundo. No primeiro Código Civil da França, 1804, também conhecido por Código de Napoleão, e que instalou no mundo ocidental o sistema de codificação, a adoção foi tratada como uma filiação igual à filiação oriunda do casamento. Isto porque Napoleão Bonaparte, cuja esposa Josefina, em razão de sua esterilidade, não podia dar-lhe um herdeiro, procurou garantir, pelo Código Civil, todos os direitos aos filhos adotivos, inclusive os de sucessão, na esperança de dar uma continuidade ao seu império. No Brasil, desde a Colônia até o Império, o instituto da adoção foi regulamentado pelo Direito português. (PEREIRA, 2020, p. 426).

É importante a ressalva que mesmo existindo muito preconceito em relação a adoção, seu instituto já era relevante na época.

No início do sistema de adoção não existia leis de amparo, de proteção, a psicóloga Carla A. B. Gonçalves Kozesinski explica em sua publicação de que até o século XX não existia uma regulamentação jurídica, a adoção só podia acontecer por casais que não tinham filhos biológicos. Naquela época os pais pegavam as crianças que era deixadas na Roda de Expostos, esta era uma roda que ficava nos conventos ou Santas Casas em que os pais largavam as crianças, e só eram permitidas crianças até 7 anos, giravam a roda e a criança era levada para a parte de dentro da instituição, além do mais, a origem da criança nunca era revelada. A última vez que utilizaram esse mecanismo foi no ano de 1950. (KOZESINSKI, 2016).

Para um entendimento maior e uma concepção mais ampla, se faz necessário uma breve explicação do que se trata a Roda de Exposto e a lei que regulamentava posteriormente sobre esse mecanismo, que de certa forma é algo bárbaro, porém do “bem”.

Conforme Diana Campos Resende apresenta em sua pesquisa, no Brasil a Roda de expostos foi instituída em vários lugares, era um instrumento de cunho carente, assistencial, com objetivo de ajudar as crianças que eram abandonadas na rua, no frio, ao relento, passando fome, ou sofrendo com as consequências de ser vulnerável, era a solução das mães pobres, ou de mães que por algum motivo não poderiam criar suas crianças (RESENDE, p. 154).

No ano de 1923 institui-se a lei 16.300 que regularizava o recolhimento de expostos, primeiramente, eram permitidas instituições de recolhimento com o intuito de auxiliar e alimentar as crianças que eram vulneravelmente deixadas na roda, em seguida no artigo 336, expõe que essa instituição de recolhimento deve seguir as instruções da inspetoria, devendo haver dois lados da roda, um para receber a criança e entregar o questionário à outra pessoa, e um lado para que a pessoa receba o questionário, preencha e devolva para que seja feito o registro. Adiante, nos artigos do mesmo capítulo, dispõe que os bebês recolhidos dessas instituições ou outros estabelecimentos ficariam sob guarda das amas de leite, em creches, em prédios especiais. O artigo 338 dispõe que:

Art. 338. É proibido no Distrito Federal o funcionamento das chamadas rodas de enjeitados.
Parágrafo único. As existentes serão improrrogáveis substituídas dentro de um ano pelos recolhimentos de expostos. (BRASIL, 1923).

Ou seja, por mais que fosse proibido, as rodas de enjeitados perpetuaram até em meados de 1950. Ademais, em relação as instituições, para que pudessem ser criadas, precisavam de licença e autorização e fiscalização da Inspeção da higiene infantil do departamento de saúde, e os funcionários nunca deveriam divulgar qualquer informação em relação aos expostos recolhidos, estando submetidos a penas e multas, de acordo com os artigos dessa lei.

Pontes de Miranda ao falar da adoção, relata que:

[...] os antigos povos a possuíam, para prover à falta de filhos e perpetuar, através das gerações, o culto dos deuses familiares. Em Roma, por exemplo, o filho adotivo torna-se *heres sacrorum*, depois de renunciar ao culto de sua família natural: *detestatio sacrorum*. Primitivamente, entre os Gregos, a adoção consistia no simulacro do parto, *per pallium et indusium*. (MIRANDA, 2001, p. 212-213).

Sabe-se que mais antigamente da Roda de Expostos, já existiam indícios de regulamentação sobre adoção no Código de Hamurabi, disciplinava como iriam ocorrer, as penalidades e as questões pertinentes sobre:

XI - ADOÇÃO, OFENSAS AOS PAIS, SUBSTITUIÇÃO DE CRIANÇA
185º - Se alguém dá seu nome a uma criança e a cria como filho, este adotado não poderá mais ser reclamado.

186º - Se alguém adota como filho um menino e depois que o adotou ele se revolta contra seu pai adotivo e sua mãe, este adotado deverá voltar à sua casa paterna.

187º - O filho de um dissoluto a serviço da Corte ou de uma meretriz não pode ser reclamado.

188º - Se o membro de uma corporação operária, (operário) toma para criar um menino e lhe ensina o seu ofício, este não pode mais ser reclamado.

189º - Se ele não lhe ensinou o seu ofício, o adotado pode voltar à sua casa paterna.

190º - Se alguém não considera entre seus filhos aquele que tomou e criou como filho, o adotado pode voltar à sua casa paterna.

191º - Se alguém que tomou e criou um menino como seu filho, põe sua casa e tem filhos e quer renegar o adotado, o filho adotivo não deverá ir-se embora. O pai adotivo lhe deverá dar do próximo patrimônio um terço da sua quota de filho e então ele deverá afasta-se. Do campo, do horto e da casa não deverá dar-lhe nada.

192º - Se o filho de um dissoluto ou de uma meretriz diz a seu pai adotivo ou a sua mãe adotiva: "tu não és meu pai ou minha mãe", dever-se-á cortar-lhe a língua.

193º - Se o filho de um dissoluto ou de uma meretriz aspira voltar à casa paterna, se afasta do pai adotivo e da mãe adotiva e volta à sua casa paterna, se lhe deverão arrancar os olhos.

194º - Se alguém dá seu filho a ama de leite e o filho morre nas mãos dela, mas a ama sem ciência do pai e da mãe aleita um outro menino, se lhe deverá convencê-la de que ela sem ciência do pai e da mãe aleitou um outro menino e cortar-lhe o seio.

195º - Se um filho espanca seu pai se lhe deverão decepar as mãos (BABILÔNIA, 18º a.C, CÓDIGO DE HAMURÁBI).²

As maneiras que utilizavam para penalizar eram desumanas, porém eram pertinentes para a época e para a população. Além do mais, não existia uma proteção, as crianças ficavam vulneráveis.

É evidente que as formas como a adoção era tratada não priorizava o bem das crianças, era uma maneira de agradar os adotantes e não beneficiar a criança. Foi então que com o Código Civil de 1916, regulamentou pela primeira vez a adoção no Brasil.

Conforme Carlos Roberto Gonçalves, o código civil de 1916 baseou-se nos princípios romanos com o objetivo de dar filhos aos casais estéreis que não poderiam ter por natureza, com o intuito de continuar a família. (GONÇALVES, 2012, p. 333).

Não obstante o CC de 1916 trouxe vários requisitos para os casais que pretendiam adotar. O autor Álvaro Villaça Azevedo argumenta que: “No código civil de 1916 a adoção foi regulamentada como um instituto jurídico que supria a deficiência da natureza, dando filho a quem não podia tê-lo.” (AZEVEDO, 2019, p. 265). Quando se fala de adoção no 1916, deve ser esclarecido que esse instituto tinha caráter

² CÓDIGO DE HAMURÁBI, 18 a.C.: Disponível em: <https://5ca0e999-de9a-47e0-9b77-e3eeab0592c.usrfiles.com/ugd/5ca0e9_163b42ba610c44f0af37c7c90ea1175b.pdf>.

contratual, eis que se fazia por escritura pública conforme o art. 375 do código civil de 1916: “A adoção far-se á por escritura pública, em que não se admite condição, em termo” (BRASIL, 1916).

Ao querer reforçar o caráter contratual, o CC de 1916 em seu artigo 366 diz: “A adoção estabelece parentesco meramente civil entre o adotante e o adotado.” (BRASIL, 1916).

A lei era bem rigorosa aos critérios estabelecidos em seus artigos, determinava que apenas maiores de 50 anos sem prole legítima/ legitimada poderiam adotar, os adotantes deveriam ser 18 anos mais velhos dos adotados, também foi imposto que não poderia ser adotado por mais de uma pessoa exceto se forem marido e mulher. Impressiona-se ao saber que existia dissolução do vínculo em alguns casos, eis que o art. 373 fala que: “adotado, quando menor, ou por interdito, poderá desliga-se da adoção no nano imediato ao em que cessar a interdição, ou a maturidade”. (BRASIL, 1916).

No artigo seguinte, 374, dispõe sobre outras formas de dissolução: “Art. 374. Também se dissolve o vínculo da adoção: I-Quando as duas partes convirem. II-Quando o adotado cometer ingratidão contra o adotante”. (BRASIL, 1916).

Fica claro que essa legislação regularizava apenas esse instituto, mas não tinha a intenção de beneficiar a criança, era apenas uma forma de fornecer novas chances aos adotantes.

No ano de 1957 surgiu um novo projeto, e em um artigo no site *Âmbito Jurídico*, a autora Bruna fala que:

Em 1957 tal projeto transformou-se na Lei nº 3.133/57 que alterou o Código Civil, reduzindo a idade mínima do adotante para trinta anos. Neste momento, a adoção passou a apresentar natureza assistencial, pois a partir daí era permitido que pessoas que já possuíam filhos naturais adotassem, embora ainda não se reconhecesse direito sucessório caso o adotante possuísse filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos. (COELHO, 2011).

Ademais, outras alterações foram: de idade entre o adotante e o adotado passa a ser de 16 anos; a permissão para adoção não é mais só por parte de quem tenha a guarda do adotando, menor ou interditado, eis que se precisa de autorização do próprio adotado ou do seu representante legal caso seja incapaz ou nascituro. Em relação a sucessão, o art. 377 dispõe que: “Quando o adotante tiver filhos legítimos,

legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolve a de sucessão hereditária.” (BRASIL, 1957).

Outras mudanças que ocorrem eram em relação ao apelido, dispostas no art. 2, logo após o art. 1º declarar mudança dos art. 368, 369, 372, 374 e 377. Então, dispõe o art. 2º que:

Art. 2º No ato da adoção serão declarados quais os apelidos da família que passará a usar o adotado.

Parágrafo único. O adotado poderá formar seus apelidos conservando os dos pais de sangue; ou acrescentando os do adotante; ou, ainda, somente os do adotante, com exclusão dos apelidos dos pais de sangue. (BRASIL, 1957).

Outra legislação que surgiu com caráter assistencial foi o Decreto Nº 17.943-A de 12 de outubro de 1927 que trata de assistência e proteção ao menores. Nesse texto de lei ainda falava das crianças expostas. Primeiramente conforme o artigo 14, as crianças que eram encontradas abandonadas em qualquer lugar, com menos de 7 anos, eram consideradas expostas, e não era mais admitido o sistema de rodas, ou seja, ao acolher uma criança, deveria ser de forma direta de acordo com o artigo 15. Já o artigo 16 traz a essência do sigilo em relação a identificação da criança, ao passo que conforme art. 17 as instituições só poderiam receber crianças com registro civil de nascimento, declarações de identificação, e deveria haver uma descrição das características particulares das crianças, além de descrição dos objetos e pertences que com elas eram encontrados. No artigo 21 está posto que quem encontrar criança abandonada deve acionar autoridade Federal, ou autoridade policial mais próxima, e a autoridade que recolher essas crianças deve seguir um protocolo abarcado no art. 22 e seus parágrafos.

Art. 22. A autoridade, a quem for apresentado um infante exposto, deve mandar registra-lo no registro civil de nascimento dentro do prazo e segundo as formalidades regulamentares, declarando-se no registro o dia, mês e ano, o lugar em que foi exposto, e a idade aparente; sob as penas [...]

§ 1º O envoltório, roupas e quaisquer outros objetos e sinais que trouxer a criança, e que possam a todo tempo fazê-la reconhecer, serão numerados, alistados e fechados em caixa lacrada e selada, com o seguinte rotulo: "pertencente ao exposto tal..... assento de fl..... do livro....."; e remetidos com uma duplicata ao juiz de menores, onde o houver, ou ao juiz de órfãos, para serem recolhidos a lugar de segurança.

§ 2º Recebida a duplicata com o competente conhecimento do deposito, que será arquivada, far-se-ão á margem do assentamento as notas convenientes. (BRASIL, 1927).

A partir do art. 23 até o 25 era tratado das crianças maiores de 7 que não podiam ser acolhidas pelas instituições como expostos:

Art. 23. Os expostos que não forem recolhidos a estabelecimentos a esse fim destinados, ficarão sob a tutela das pessoas que voluntaria o gratuitamente se encarreguem da sua criação, ou terão tutores nomeados pelo juiz.

Art. 24. Quem tiver em consignação um infante, não pode confiá-lo a outrem, sem autorização da autoridade pública ou do quem de direito; salvo si não for legalmente obrigado, ou não se tiver obrigado, a prover gratuitamente á sua manutenção.

Art. 25. Incorrerá em pena de prisão cautelar por um a seis meses e multa de 20\$ a 200\$000:

I, quem entregar a qualquer pessoa ou a estabelecimento público ou particular, sem o consentimento da autoridade ou da pessoa de quem houver recebido, menor abaixo da idade de sete anos.

II, quem, encontrando recém-nascido ou menor de sete anos abandonado, não o apresentar ou não der aviso do seu achado, á autoridade pública. (BRASIL, 1927).

Conforme os artigos citados, os expostos maiores ficam sob responsabilidade de voluntários, que se encarregavam da sua criação, ou de tutores que o juiz nomeava. Ainda no mesmo texto legislativo, o legislador proibia que os tutores, ou quem tinham sob sua guarda os expostos, de entregar estes a qualquer pessoa sem autorização de autoridade pública. Não obstante incorreria multa e pena de prisão quem entregasse menos de 7 (sete) anos para qualquer pessoa ou estabelecimento sem autorização, ou quem, quando achasse recém-nascido ou menos abandonado e não comunicasse ou apresentasse o exposto às autoridades. (BRASIL, 1927).

É importante salientar que em 1965 foi publicada a Lei 4.655, que conforme dito pela autora Bruna:

[...] que previa a legitimação adotiva, aplicável aos menores em estado irregular, ou seja, situação que pode ser resultante da própria conduta (infrações), da conduta familiar (maus tratos) ou da sociedade (abandono), e com até cinco anos de idade [...]. (COELHO, 2011).

Posteriormente em 1979, a Lei 6697 revogou o Decreto Nº 17.943-A e a lei 4.655. No seu capítulo I, seção I, a partir do art. 17, tratou da Colocação em Lar substituto, trazendo em seu texto legislativo os temas da delegação do pátrio poder que foi do art. 21 ao 23, guarda nos artigos 24 e 25, tutela no artigo 26, e a adoção ficou dividida em Adoção Simples, e Adoção Plena nos respectivos artigos 27 ao 28 e do 29 ao 37.

Em relação a adoção simples, a lei dizia que:

Art. 27. A adoção simples de menor em situação irregular reger-se-á pela lei civil, observado o disposto neste Código.

Art. 28. A adoção simples dependerá de autorização judicial, devendo o interessado indicar, no requerimento, os apelidos de família que usará o adotado, os quais, se deferido o pedido, constarão do alvará e da escritura, para averbação no registro de nascimento do menor.

§ 1º A adoção será precedida de estágio de convivência com o menor, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas a idade do adotando e outras peculiaridades do caso.

§ 2º O estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando não tiver mais de um ano de idade. (BRASIL, 1979).

Já em relação à Adoção Plena está elencada do art. 29 ao 37. Bruna Coelho cita Thaysa Halima e explica que a adoção plena se referia ao menor de idade, e só poderia acontecer quando os pais ou representante legal autorizassem, sem contar que existia o estágio de convivência por um período decidido pelo juiz, ademais, a partir da sentença positiva da adoção, essa era irrevogável. (COELHO, 2011 apud RIBEIRO, 2007).

Essa lei também foi revogada, esta pelo Estatuto da Criança e Adolescente de número 8.069 de 1990 que ainda está vigente. Ademais em 2002 com o Código Civil, em que as duas leis tratavam da adoção, e para Pablo e Rodolfo “Essa duplicidade normativa, então explicada pela existência de uma “adoção civil” e outra “estatutária”, não era de todo cômoda, pois gerava insegurança jurídica” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2021, p. 237).

Com essa divergência. Pablo e Rodolfo explicam que com a publicação da Lei 12.010 de 2009, a adoção passou a ser regulada pelo ECA, inclusive a adoção de maiores em conformidade com os artigos 1618 e 1619 desta lei, dessa forma adoção poderia ter uma uniformidade maior” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2021, p. 237).

Conforme visto, constantemente são feitas mudanças, melhorias, acréscimos de legislações a fim de salvaguardar o bem interesse do adotando. A legislação que se pode dizer mais recente é do ano de 2017. O próximo tópico aborda sobre a adoção atualmente, quais as legislações pertinentes, as formas de adoção e pontos relevantes.

1.3 ADOÇÕES NA CONTEMPORANEIDADE

Atualmente, o sistema brasileiro de adoção está mais preparado e com legislações mais fortes à fim de proteger o bem interesse da criança. Mesmo que seja um instituto antigo como visto anteriormente, se percebe a existência assídua de preconceito e diversas discussões acerca do assunto.

Rodrigo da Cunha Pereira, explica que a adoção “No Brasil é regida pelo Estatuto da Criança e Adolescente – ECA, Lei 8.069/90, com as alterações das leis 12.010/09 e Lei 13.509/17.” (PEREIRA, 2020, p. 446). Ou seja, a adoção é de suma importância e que precisa ser alterada e melhorada de tempos em tempos, eis que preza pelo bem interesse do adotando.

Rolf Madaleno fala sobre o princípio da prevalência em família: “Certamente o infante será mais feliz e encontrará maiores oportunidades e ambiente de hígido desenvolvimento de suas necessidades físicas e volitivas como ser humano se estiver integrado em sua família natural ou extensa.” (MADALENO, 2020, p. 1130).

No momento que os atos se referem a criança deve-se levar em conta, que, estes estão protegidos pelos direitos humanos, em conformidade com o art. 17 do Pacto de San José da Costa Rica- da Convenção de Direitos Humanos:

Artigo 19 - Direitos da criança

Toda criança terá direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer, por parte da sua família, da sociedade e do Estado. (PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA, 1969).

Ainda, em conformidade com o princípio da proteção integral e princípio da igualdade entre filhos, o art. 227 §6 da Constituição Federal, vem para igualar e equiparar os filhos, sobre isso, Maria Berenice afirma que esse artigo dá direitos e qualificações aos filhos, proibindo qualquer discriminação, fazendo com que seja extinta qualquer distinção. (DIAS, p.815, 2016) Em complemento à legislação constitucional, o art. 1.596 do CC/2002, traz a mesma redação do dispositivo constitucional, reforçando a igualdade da filiação. (TARTUCE, 2019, p. 44).

Ainda sobre esse assunto de igualdade Flavio Tartuce fala que:

Esses comandos legais regulamentam especificamente na ordem familiar a isonomia constitucional, ou igualdade em sentido amplo, constante do art. 5.º, caput, da CF/1988, um dos princípios do Direito Civil Constitucional [...]. (TARTUCE, 2019, p. 44).

No ECA o artigo 41 também contempla o princípio da igualdade entre filhos: “Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais” (BRASIL, 1990).

Para a adoção se concretizar, existem algumas fases que devem ser cumpridas. Os advogados Michele Zanette e Neivan Sasso explicam que as fases são:

1 – Petição inicial de habilitação, 2 – Participação em programa de preparação dos pretendentes a adoção, 3- Deferimento de habilitação e inscrição nos Cadastros de Adoção, 4- Requerimento de adoção, 5 – Estágio de convivência e 6- a Sentença que irá declara a criança ou adolescente como filho de forma definitiva, assegurando-lhe direitos e deveres. (ZANETTE; SASSO, 2020).

Como visto essas são todas as fases desde o início até o final do processo da adoção.

Para adotar existe um mar de burocracias, requisitos a fim de salvaguardar o bem interesse da criança e adolescente. Apenas maiores de 18 anos pode adotar, não importando seu estado civil, conforme o art.42 caput do ECA. Outra regra é a idade entre o adotante e o adotado deve ser de 16 anos de diferença de acordo com o art. 42 § 3 do ECA, sobre essa diferença de idade, Rolf Madaleno explica que tal exigência tem como objetivo transmitir uma real relação parental, tentando manter mais natural possível, ademais, se fosse permitida a adoção com uma diferença de idade menor, não teria vínculo paternal e maternal, e sim vínculo de irmãos, e assim não existiria uma hierarquia cronológica para ter uma boa criação e educação social (MADALENO, 2020, p. 1145).

Apesar de existir muitas restrições, qualquer pessoa pode adotar, Maria Berenice diz que: “Qualquer pessoa pode adotar. Pessoas sozinhas: solteiros, divorciados, viúvos. A lei não faz qualquer restrição quanto à orientação sexual do adotante, nem poderia fazê-lo.” (DIAS, 2016, p. 822).

No sistema brasileiro, existem várias formas de adotar, a primeira, talvez mais conhecida, Adoção à Brasileira. Para o autor Rodrigo da Cunha Pereira adoção à brasileira:

É uma expressão popular para designar a perfilhação feita sem o devido processo legal e judicial. A adoção à brasileira insere-se no contexto da

filiação socio afetiva. É o reconhecimento voluntário da maternidade/paternidade, por meio do qual não foram cumpridas as exigências legais pertinentes ao procedimento de adoção. O(s) adotante(s) simplesmente registra(m) perante o cartório de Registro Civil a criança ou o adolescente como se filho biológico fosse. Tal ato constitui um ilícito civil e penal. (PEREIRA, 2020, p. 429).

Contudo, conforme dito pelo autor esse tipo de adoção é ilegal e de cunho criminoso, com base no art. 242 do CP, porém, a jurisprudência entende que caso seja feito, o vínculo socio-afetivo já basta para não ser necessário os tramites públicos. Ademais, o legislador sensibilizou-se quando propôs o parágrafo único do art. 242 do CP, eis que este possibilita o juiz a não aplicar a pena nos casos de nobreza (PEREIRA, 2020, p. 429).

Outro modelo de adoção é a adoção consentida ou intuito personae. O autor Pereira explica que esse tipo adoção ocorre quando existe uma relação de confiança entre os pais biológicos da criança e os pais que pretendem adotar. Ou seja, manifestam o interesse de entregar o filho para determinada pessoa, perante o judiciário, sendo uma adoção consentida. (PEREIRA, 2020, p. 429).

A adoção de nascituro ainda é questão de debate entre legislação e doutrina, existem muitas lacunas a serem sanadas. Pereira consagra em seu livro que:

A adoção de nascituro, ou seja, daquele que já foi concebido, mas ainda não nasceu, não tem previsão expressa em nossa lei, como acontecia na vigência do CCB 1916, que em seu art. 372, assim determinava: Não se pode adotar sem o consentimento do adotado ou de seu representante legal, se for incapaz ou nascituro. O ECA foi omissos sobre a possibilidade da adoção do nascituro, trazendo tão somente que a adoção depende do consentimento dos pais ou do consentimento legal do adotando (Art. 45 e 166, § 6º). O CCB 2002, bem como a Lei nº 12.010/09, que regulamenta a adoção, também foram omissos. (PEREIRA, 2020, p. 432).

Em razões desses fatos a doutrina formou duas correntes, em que na primeira argumenta que o nascituro não pode ser considerado pessoa, pois sua personalidade começa apenas com o nascimento com vida, eis que não é possível adotar um bebê que ainda não nasceu, afligindo dessa forma o ponto de vista humano e legal. E o segundo ponto de vista é positivo, utiliza como argumentos os artigos 542, 1.609 § único e 1.798 do CC. (PEREIRA, 2020 p. 432).

Sobre a adoção homoparental, sabe-se que é um assunto bem delicado e gera muitas polêmicas, em relação a isso a autora Maria Berenice fala que:

O tema ainda divide opiniões, mas não existe obstáculo à adoção por homossexuais. As únicas exigências para o deferimento da adoção são que apresente reais vantagens para o adotado e se fundamente em motivos legítimos (ECA 43). Em um primeiro momento, gays e lésbicas se candidatavam individualmente à adoção, não sendo questionado se mantinham relacionamento homoafetivo. Assim, não era feito o estudo social com o parceiro, o que tornava a habilitação deficiente e incompleta, deixando de atentar aos prevalentes interesses do adotando. (DIAS, 2016, p. 837).

Obviamente a adoção homoparental vai ser por muito tempo ainda alvo de preconceito e polêmica. Ademais para o autor Pereira, a adoção por casais do mesmo sexo nunca houve proibição legal expressa, o que acontecia e ainda acontece são as opiniões contrárias ou não que vai conforme a moral de cada pessoa. (PEREIRA, 2020, p. 433).

Ademais, existem várias outras modalidades de adoção no sistema brasileiro, como por exemplo: Adoção de maiores, assim sendo: “É a adoção de pessoas maiores de idade, isto é, a partir de 18 anos.” (PEREIRA, 2020, p. 431). Adoção de embrião, segundo Pereira, não há qualquer tipo de proibição na lei brasileira em relação a este instituto, ademais, pode o mesmo ser doado conforme a lei da biossegurança, pode até doar para pesquisa nos casos de descarte, porém prioriza-se que estes se desenvolvam em alguma família por meio de adoção. (PEREIRA, 2020, p. 433).

Existe a modalidade de Adoção Internacional, complexa, como diz Pereira, “É a modalidade de adoção na qual a pessoa ou casal postulante, nacional ou estrangeiro, é residente ou domiciliado em país diverso do adotado.” (PEREIRA, 2020,435). O artigo 51 do ECA estabelece como ocorrerá a adoção:

Art. 51. Considera-se adoção internacional aquela na qual o pretendente possui residência habitual em país-parte da Convenção de Haia, de 29 de maio de 1993, Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, promulgada pelo Decreto n.º 3.087, de 21 junho de 1999, e deseja adotar criança em outro país-parte da Convenção. (Redação dada pela Lei nº 13.509, de 2017)

§ 1º A adoção internacional de criança ou adolescente brasileiro ou domiciliado no Brasil somente terá lugar quando restar comprovado:(Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

I - que a colocação em família adotiva é a solução adequada ao caso concreto; (Redação dada pela Lei nº 13.509, de 2017)

II - que foram esgotadas todas as possibilidades de colocação da criança ou adolescente em família adotiva brasileira, com a comprovação, certificada nos autos, da inexistência de adotantes habilitados residentes no Brasil com perfil compatível com a criança ou adolescente, após consulta aos cadastros mencionados nesta Lei;(Redação dada pela Lei nº 13.509, de 2017)

III - que, em se tratando de adoção de adolescente, este foi consultado, por meios adequados ao seu estágio de desenvolvimento, e que se encontra

preparado para a medida, mediante parecer elaborado por equipe interprofissional, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 28 desta Lei. (Incluída pela Lei nº 12.010, de 2009) (BRASIL, 2002).

Não obstante, o autor Pereira ressalta em seu texto algo pertinente na nossa atualidade, em que: “A adoção internacional no Brasil ainda é vista como um “desenraizamento” cultural e social de uma criança, ficando em segundo plano em vista do “princípio da subsidiariedade”, posicionamento muitas vezes contrário ao princípio do melhor interesse da criança” (PEREIRA, 2020, p. 435). Ademais, existe ainda outra modalidade de adoção, a chamada adoção póstuma, está elencada no art.42 §6 do ECA. Pereira aduz que essa adoção é mais conhecida como pós morte. Ocorre quando a concessão da adoção se dá após morte do adotante, de certo irá produzir os efeitos retroativos à data do óbito. Ademais, para que ocorra essa adoção, o adotante precisa ter demonstrado desejo de adotar e criar vínculo com o adotante antes de falecer. (PEREIRA, 2020, p. 436). Em relação a esta adoção, o autor Madaleno afirma:

Usualmente os efeitos da adoção só se operam depois do trânsito em julgado da sentença constitutiva da adoção, mas, por exceção, como visto, na hipótese de falecimento do adotante no curso do processo de adoção, a sentença terá efeito *ex tunc*, retroativo à data do óbito, e não à data da sentença. (MADALENO, 2020, p. 1162).

Com relação das modalidades existem mais duas, a adoção tardia, e adoção unilateral. A adoção tardia trata da adoção de crianças maiores de adoção de maiores de 7 anos de idade e conforme dito pelo autor Pereira, “Essas crianças são chamadas de “idosas” para a adoção, motivo pelo qual necessitam de atenção especial durante o processo de transição.” (PEREIRA, 2020, p. 437). E por fim a adoção unilateral, que o autor expõe como a adoção pela qual o novo cônjuge ou companheiro adota filho do outro, formando-se, conseqüentemente, um novo vínculo jurídico familiar. (PEREIRA, 2020.p. 438). Ou seja, existem várias formas de adotar, vários meios legais, e várias discussões doutrinárias e jurisprudências a certa de cada modalidade.

Para poder adotar, os candidatos devem se cadastrar no sistema nacional da adoção. Sobre isso Maria Berenice comenta que: “O procedimento de habilitação à adoção é de jurisdição voluntária. A competência é da Vara da Infância e da Juventude, onde deve o candidato à adoção comparecer. Não é necessário estar acompanhado por advogado” (DIAS, 2016, p. 845). Não é necessário advogado para

ingressar com a ação, porém precisam apresentar documentos de acordo com o artigo 197-A do ECA:

Art. 197-A. Os postulantes à adoção, domiciliados no Brasil, apresentarão petição inicial na qual conste:

I - Qualificação completa;

II - Dados familiares;

III - cópias autenticadas de certidão de nascimento ou casamento, ou declaração relativa ao período de união estável;

IV - Cópias da cédula de identidade e inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas;

V - Comprovante de renda e domicílio;

VI - Atestados de sanidade física e mental;

VII - certidão de antecedentes criminais;

VIII - certidão negativa de distribuição cível. (BRASIL, 1990).

Com relação do cadastro Pereira expões que para adotar é necessário um cadastro prévio dos pretendentes, obviamente existem exceções e estas estão elencadas no art. 50 § 13 do ECA. Ademais é necessário que cada comarca tenha listas tanto das crianças/adolescentes, quanto dos pretendentes. Além disso, o CNJ detém uma listagem específica que possibilita a adoção entre estado. Tal rigidez o programa que o candidato ficará obrigado a cumprir alguns requisitos e após cumprir as exigências estará apto para receber criança ou adolescente. (PEREIRA, 2020, p. 439).

Ainda sobre a inscrição Maria Berenice comenta que:

A inscrição dos candidatos está condicionada a um período de preparação psicossocial e jurídica (ECA 50 § 3.º), mediante frequência obrigatória a programa de preparação psicológica, orientação e estímulo à adoção interracial, de crianças maiores ou de adolescentes, de grupos de irmãos, ou com necessidades específicas de saúde ou deficiências físicas ou psíquicas (ECA 197-C § 1.º) (DIAS, 2016, p. 845).

Em análise tanto das falas dos autores quanto da legislação, fica claro o objetivo de proteção ao bem interesse do adotado. Ademais crianças e adolescentes de lares já sofrem com problemas psicológicos, com certeza uma adoção inadequada seria desumana.

A adoção assegura todos os direitos de filiação, para tanto, faz-se necessária a destituição familiar da família biológica, e para este momento a autora Maria Berenice explica que independe da concordância dos genitores para com a adoção, tão pouco a propositura de ação de extinção do poder familiar autônoma, as duas demandas podem cumular. Ademais, no momento da concessão da adoção

automaticamente extingue o poder familiar conforme art. 1635, IV do CC e art. 41 do ECA) ou seja, no momento em que a sentença conceda a adoção, conseqüentemente o poder familiar se extingue, sendo a única exigência a citação dos genitores. (DIAS, 2016, p. 850).

Sobre as fases da adoção, temos a primeira que é o período de convivência que o autor Rodrigo conceitua como “O estágio de convivência é a oportunidade das partes de se conhecerem, formarem seus vínculos, criar e reforçar os laços de afeto, e já se portarem como se pais e filhos fossem” (PEREIRA, 2020, p. 446). Momento este que as partes se conhecem, criam um vínculo. Com relação ao estágio de convivência Maria Berenice comenta que é muito necessário o estágio de convivência disposto no art. 46 do ECA, obviamente existem exceções, nesse caso o § 1 do artigo traz a possibilidade de o juiz dispensar o estágio quando a criança/ adolescente já estiver sob guarda ou tutela quando o tempo for suficiente para analisar a convivência e vínculo, quando a guarda for de fato, não poderá haver dispensa do estágio de acordo com o § 2 do art. 46. Para tanto todo o tramite do estágio precisa ser acompanhado por interprofissional, sendo necessário o apoio de técnicos responsáveis pela garantia do direito à convivência familiar, e por fim, apresentar relatório adequados e detalhistas com fulcro no §4 do art. 46. (DIAS, 2016, p. 847).

Como explicam Michele e Neivan:

Com o término do período de convivência observados os efetivos benefícios a criança ou adolescente, tendo este como um dos principais fundamentos da adoção, o Juiz competente deverá prolatar a sentença que dará a criança ou o adolescente a condição de filho. (ZANETTE; SASSO, 2020).

Para especificar melhor o pós período de convivência o advogado Eduardo Aguirre Gigante esclarece que:

Se o relacionamento correr bem, a criança é liberada e o **pretendente ajuizará a ação de adoção**. Ao entrar com o processo, o pretendente receberá a guarda provisória, que terá validade até a conclusão do processo. Nesse momento, a criança passa a morar com a família. A equipe técnica continua fazendo visitas periódicas e apresentará uma avaliação conclusiva (GIGANTE, 2018) [grifo nosso].

O período da guarda provisória conta como fase da adoção. Ademais, após esse período completa o autor que o juiz irá proferir a sentença, determinando que seja feito novo registro de nascimento com o sobrenome da nova família, momento

que o adotado passa a ter todos os direitos de filiação iguais aos filhos biológicos. (GIGANTE, 2018).

Como visto anteriormente, existem vários tipos e formas de adoção, a burocracia é enorme, porém busca proteger o melhor interesse do adotado. Existem várias fases a ser cumpridas para evitar ao máximo que futuramente a adoção não seja prejudicial à criança. Sendo assim o próximo capítulo trata dos casos de responsabilidade civil perante a desistência da adoção, o que irá implicar aos adotantes e quais os direitos do adotado nesse momento.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL E SEU INSTITUTO PARA COM A FAMÍLIA

Quando o assunto é Direito de Família, principalmente adoção, outro assunto que caminha paralelamente é Responsabilidade Civil. Como já visto no primeiro capítulo a família é a base de tudo e seu bem maior deve ser protegido, ademais quem violar sua estrutura deverá ser punido pois estará ferindo os direitos constitucionais. A família é um instituto frágil, que necessita de cuidados, porém mais se torna mais vulnerável quando se trata de adoção.

Com relação à busca da punição os autores Pablo Stolze Gagliano, e Fernanda Carvalho Leão Barretto, comentam que:

Não à toa, é ampla (e por vezes polêmica) a casuística em que o Estado-juiz tem sido chamado a decidir sobre a reparabilidade de danos causados no âmbito da convivência familiar, a exemplo das demandas indenizatórias pelo descumprimento dos deveres conjugais (sobretudo o de fidelidade), pelo rompimento de relações amorosas (como o noivado) e pelo abandono afetivo de filho. (GAGLIANO; BARRETO, 2020).

Em razão desses fatos, estudar sobre a responsabilidade civil perante a desistência da adoção se torna importante. Analisar quais as decisões judiciais, e que tipo de responsabilidades é aplicável a cada fase.

2.1 CONCEITOS E SUAS BASES LEGISLATIVAS

A responsabilidade civil está vinculada a todos os ramos do direito, ou seja, é um dos temas mais importantes, ainda mais quando se trata de família.

Antes de conceituar a fundo, é importante trazer os sentidos desse instituto. Dessa forma, Cavalieri Filho explana a respeito:

Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa ideia. A essência da responsabilidade está ligada à noção de desvio de conduta, ou seja, foi ela engendrada para alcançar as condutas praticadas de forma contrária ao direito e danosas a outrem. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. (CAVALIERI FILHO, 2020, p. 11).

Em análise da ideia do autor, se percebe que a responsabilidade civil é em suma uma obrigação de reparar dano causado a outrem, e essa concepção vem para amparar um ideal de responsabilização exposto no art. 927 do Código Civil: “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” (BRASIL, 2002). Neste caso, a pessoa fica obrigada a reparar o dano nos moldes do parágrafo 1º do mesmo art. 927:

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2002).

O autor Pablo explica um pouco sobre a história da responsabilidade civil, elenca que se renova constantemente a cada momento, surgindo sempre novas teses jurídicas a respeito com o objetivo de atender todas as necessidades sociais. Eis que a matéria que teve mais desenvolvimento nos últimos 100 anos, sofrendo evoluções pluridimensionais. (SANTOS, 2012).

A obrigação e a responsabilidade possuem grande diferença, muitas vezes não é pautada, desta forma, Cavalieri Filho explica sobre essa diferença:

Obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro. Se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação (deixar de prestar os serviços), violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação. Em síntese, em toda obrigação há um dever jurídico originário, enquanto na responsabilidade há um dever jurídico sucessivo (CAVALIERI FILHO, 2020, p. 12) [grifo nosso].

Em que pese, analisando a ideia do autor, pode-se dizer que a obrigação é inicial, e a responsabilidade é consequência, veja-se no caso do direito de família, os genitores geraram a criança, sua obrigação é cuidar, alimentar, vestir, porém se não o, ou simplesmente abandona-la sofrerão com a responsabilidade civil.

Sérgio Cavalieri Filho ao trata da responsabilidade civil diz que:

Responsável é a pessoa que deve ressarcir o dano decorrente da violação de um precedente dever jurídico. E assim é porque a responsabilidade pressupõe um dever jurídico preexistente, dever este que o agente podia conhecer e observar. (CAVALIERI FILHO, 2020, p. 11).

O autor Silvio Venosa explica que: “O estudo da responsabilidade civil é parte integrante do direito obrigacional, sendo a reparação dos danos algo sucessivo à transgressão de uma obrigação, dever jurídico ou direito.” (VENOSA, 2020, p. 437). Ademais, o autor comenta que esse instituto surgiu inicialmente no século XVIII no âmbito do direito revolucionário francês, sendo então contemporâneo, ou seja, sua primeira forma expressa está no Código Civil francês. (VENOSA, 2020, p. 438).

Silvio Venosa argumenta que os princípios da responsabilidade civil visam reparar o patrimônio e a moral que fora violado, ademais, salienta ainda que no momento em que o prejuízo ou dano não for consertado surge uma inquietação social (VENOSA, 2020, p. 437).

A responsabilidade civil se dará de forma direta e indireta. Neste ímpeto Venosa faz uma excelente distinção:

Nesse sentido, a responsabilidade pode ser direta, se diz respeito ao próprio causador do dano, ou indireta, quando se refere a terceiro, o qual, de uma forma ou de outra no ordenamento, está ligado ao ofensor. Se não puder ser identificado o agente que responde pelo dano, este ficará irressarcido; a vítima suportará o prejuízo. O ideal, porém, que se busca no ordenamento, é no sentido de que todos os danos sejam reparados. (VENOSA, 2020, p. 441).

Cavaliere comenta: “Sem violação de um dever jurídico preexistente, portanto, não há que se falar em responsabilidade em qualquer modalidade, porque esta é um dever sucessivo decorrente daquele.” (CAVALIERI, 2020, p. 12).

Sabe-se que quem comete ato ilícito fica obrigado a indenizar, para tanto essa obrigação será dividida em duas, as voluntárias e as legais. Cavaliere classifica elas da seguinte forma:

As primeiras são aquelas criadas por negócios jurídicos, trate-se de contratos ou não, em função do princípio da autonomia da vontade. Obrigações, em suma, que existem porque as partes quiseram que elas existissem e que têm justamente o conteúdo que lhes quiseram imprimir. **As segundas são as obrigações impostas pela lei**, dados certos pressupostos; existem porque a lei lhes dá vida e com o conteúdo por ela definido. A vontade das partes só intervém como condicionadora, e não como modeladora dos efeitos jurídicos estatuídos na lei. Pois bem, a obrigação de indenizar é legal, vale dizer, é a própria lei que determina quando a obrigação surge e a precisa conformação que ela reveste. (CAVALIERI, 2020, p. 12) [grifo nosso].

O trecho supracitado do autor Cavaliere mostra então que as obrigações livres são criadas pelas próprias partes, já as obrigações legais são as impostas pela lei.

O autor Cavalieri também explica o posicionamento da responsabilidade na teoria geral do direito. Primeiramente ele explica sobre o fato jurídico, argumenta que não é todo fato social que faz nascer o direito, apenas os que tem repercussão jurídica., ou seja, é o ato que produzirá consequências jurídicas. O autor ainda divide os fatos jurídicos como naturais e voluntários. O primeiro acontece naturalmente como o nascimento, a morte, temporais etc. O segundo trata-se de fato que tem consequência da conduta humana, ademais esse fato ainda pode se dividir em dois, os lícitos e os ilícitos, o primeiro será exercido em conformidade com a lei, já o segundo confronta a lei. (CAVALIERI, 2020, p. 15).

O outro ponto que o autor comenta é do ato e do negócio jurídico, e a primeira observação é quanto a legislação eis que o Código Civil consagrou a diferença deles, no art. 185 trata do ato jurídico, e no art. 104 trata do negócio jurídico. Com relação do ato jurídico, o autor caracteriza ele pelo fato que suas consequências estão determinadas pela lei., obviamente está vinculada à vontade humana, ou seja faz-se o ato com o objetivo de alcançar efeitos jurídicos, o autor cita como exemplo a adoção. Em contrapartida, o negócio jurídico também é algo que as partes requerem, porém, os efeitos serão os que eles mesmos escolheram, e o exemplo que o autor citou é o testamento, eis que é a expressão de vontade do testador. (CAVALIERI, 2020, p. 15).

Não tardar, o autor Cavalieri pesquisa sobre o ato ilícito, e após pesquisa em várias doutrinas conclui que:

Todas as definições dadas ao ato ilícito, sobretudo entre os clássicos, seguem essa mesma linha – íntima ligação entre o seu conceito e o de culpa. Tal critério, entretanto, cria enorme dificuldade em sede de responsabilidade objetiva, na qual não se cogita de culpa. (CAVALIERI, 2020, p. 16).

Após várias análises concluiu o autor que não existe ato ilícito se nos casos de responsabilidade objetiva existe sempre uma violação preexistente de um dever jurídico, configurando ilicitude. (CAVALIERI, 2020, p. 16).

Obviamente a responsabilidade civil é de grande importância no âmbito do direito de família, principalmente quando tratamos de adoção. E como visto anteriormente, a adoção é um ato jurídico, em que a parte produz o ato sabendo quais serão os efeitos jurídicos que virão. Para tanto precisamos entender quais as responsabilidades civis no momento em que há desistência da adoção, e como essa

medida se dá em cada fase do processo de adoção, sendo esse assunto abordado no próximo tópico.

2.2 VISÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL FRENTE A DESISTÊNCIA DE ADOÇÃO EM CASA FASE DO PROCESSO

Inicialmente é importante pontuar que conforme a autora Tamara do Reis Abreu: “O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que a adoção é irrevogável, assim após o trânsito em julgado da sentença, não haveria possibilidade de “devolução” do adotando.” (ABREU, 2020).

O autor Flávio Tartuce aponta que:

[...] a responsabilidade civil no Direito de Família projeta-se para além das relações de casamento ou de união estável, sendo possível a sua incidência na parentalidade, ou seja, nas relações entre pais e filhos. Uma das situações em que isso ocorre diz respeito à responsabilidade civil por abandono afetivo, também denominado abandono paterno-filial ou teoria do desamor. (TARTUCE, 2020, p. 943).

Ou seja, a responsabilidade civil ela não norteia apenas as relações de casamento ou união, mas também relações de pais e filhos, sendo assim toda e qualquer forma familiar está aparada pela responsabilidade civil.

Na Constituição Federal, conforme art. 227 caput, a criança, adolescente e jovem tem direito à vida, saúde, convivência familiar prioritariamente:

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 (BRASIL, 1988).

Ademais, o artigo fala em colocar a criança, adolescente e jovem, a salvo de qualquer forma de crueldade, neste momento percebe-se que, no momento em que ocorrer a desistência da adoção, a família, juntamente com o Estado, deve fornecer proteção ao adotado, pois ocorreu crueldade, e impedimento de convívio familiar. Ou seja, os pretendes devem indenizar pelos danos causados.

O Código Civil traz algumas regras específicas para o caso, como por exemplo o artigo 932 incisos I e II em que fala que serão responsáveis pela reparação civil os

pais pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade, e o tutor e curados pelos seus pupilos e curatelados. (BRASIL, 2002). Cavalieri aponta que: “O objetivo da norma é aumentar a possibilidade de a vítima receber a indenização, já que o menor, ordinariamente, não tem patrimônio próprio suficiente para reparar o dano” (CAVALIERI, 2020, p. 247).

No entanto, na adoção as coisas não são tão simples. O autor Rodrigo da Cunha fala que a responsabilidade civil é uma atribuição ao agente causador de um ato danoso a outrem, não diferente, ao se falar em abandono parental, automaticamente entendesse que houve lesão à um interesse jurídico tutelado, causado por um não cumprimento de função. (PEREIRA, 2020, p. 403).

Em relação à desistência da adoção é necessário observar as três etapas que o professor Pablo traz: 1. Desistência ocorria durante o estágio de convivência em sentido estrito; 2. Desistência no âmbito da guarda para fim de adoção; e 3. Desistência depois do trânsito em julgado da sentença de adoção. (GAGLIANO, 2020).

A primeira análise é a desistência durante o estágio de convivência. Conforme o art. 46 do ECA, a adoção é precedida por um estágio de convivência de 90 dias. Como já visto anteriormente, a autora Maria Berenice fala que esse estágio é necessário, em alguns casos o juiz pode dispensa-lo quando o adotado já estiver sob guarda ou tutela dos pais por tempo suficiente e que possa ser avaliado como está a convivência e a construção do vínculo, conforme o art. 46 §1 do ECA. (DIAS, 2016, p. 847).

Pois bem com o professor Pablo fala que: “a desistência em prosseguir com o processo de adoção nessa etapa é legítima e não autoriza a reparação civil”. (GAGLIANO; BARRETO, 2020). Obviamente em nenhum momento deve se desconsiderar que haja sofrimento para o adotando nos casos em que o estágio se prolongue por tempo suficiente a criar vínculos. Em alguns casos, dependendo da gravidade do caso, e dos fatos acontecidos, deve ocorrer a reparação civil. Contudo, como já citado, em alguns estados como em Porto Velho (RO) existem algumas medidas a fim de apaziguar os sofrimentos, e traumas restados da adoção que não deu certo, como por exemplo os candidatos firmam um acordo com o Juizado da Infância e da Juventude para que na desistência durante a fase do estágio, eles arquem com um ano de terapia para as crianças devolvida. Ou seja, não existe

responsabilidade civil no caso de desistência no período de estágio, salvo as exceções elencadas. (GAGLIANO; BARRETO, 2020).

Quando se questiona quanto da dignidade humana da criança que é devolvida ao lar, existem várias doutrinas tanto favoráveis, quanto contra, e Flávio Tartuce explica sobre essa controvérsia:

A questão do abandono afetivo é uma das mais controvertidas do Direito de Família Contemporâneo. O argumento favorável à indenização está amparado na dignidade humana. Ademais, sustenta-se que o pai tem o dever de gerir a educação do filho, conforme o art. 229 da Constituição Federal e o art. 1.634 do Código Civil. A violação desse dever pode gerar um ato ilícito, nos termos do art. 186 da codificação material privada. O entendimento contrário ampara-se substancialmente na afirmação de que o amor e o afeto não se impõem; bem como em uma suposta monetarização do afeto na admissão da reparação imaterial. A questão é realmente muito controvertida. (TARTUCE, 2019, p. 37).

Pois bem, a próxima fase analisada é a de guarda provisória com fim de adoção. Em palestra promovida pelo Ministério Público, na qual o professor Pablo participou e esclareceu que a desistência da adoção ocorrida durante a guarda provisória, pode configurar abuso do direito de desistir, conseqüentemente gera dano moral e existencial ao adotando. (GAGLIANO, 2020 apud CARDOSO). Como se sabe, a guarda provisória é a etapa subsequente ao estágio de convivência que obtiveram sucesso. A guarda se dará no momento em que a família pronunciar seu interesse em concluir a adoção da criança ou adolescente, ademais, poderá ser renovada, e possui atribuição de deveres parentais dos adotantes para com o adotado desde já. O autor ainda enfatiza que a guarda provisória, ainda que não se constitua um vínculo formal antes do trânsito em julgado, é a fundação da relação paternal e maternal. Ademais, a convivência já não é mais no abrigo, e sim no lar dos adotantes. (GAGLIANO, BARRETO, 2020).

A autora Tamara fomenta que no caso de desistência da adoção durante a guarda provisória, e após longo período de convivência, cabe a indenização em favor do adotado. Elenca ainda outra consequência gerada pela desistência que seria a retirada do adotante dos cadastros de adoção, e será vedada a renovação de habilitação, salvo decisão judicial em conformidade com o art. 197- E §5 do ECA. (ABREU, 2020).

Ressalta ainda o professor Pablo que a desistência nesse período se torna muito mais complexa do que durante o estágio de convivência. Porém, não se pode

ignorar que enquanto não prolatada a sentença, existe possibilidade jurídica de desistência, porém deve se observar que após um período prolongado, que poderá durar anos, ocorre total inserção do adotando no meio familiar da família do adotante, criando vínculos afetivos, e isso pode acarretar em abuso de direito conforme art. 187 do Código Civil, sendo desnecessário a demonstração de dolo ou culpa, eis que trata-se de ilicitude objetiva. (GAGLIANO; BARRETO, 2020).

Cita-se ainda o pensamento do autor Rodrigo Pereira, eis que o adotante que desistir da adoção deve ser responsabilizado, principalmente se for após o período do estágio de convivência, pois não é existe legislação que permita ou fale sobre a “desadoção” de um filho. (PEREIRA, 2020, p. 449).

Para finalizar a fase em questão, cita-se a conclusão do professor Pablo:

A configuração do abuso do direito de desistir da adoção gera responsabilidade civil e esse abuso estará presente se a desistência se operar depois de constituído, pelo adotante, um vínculo robusto com o adotando, em virtude do prolongamento do período de guarda, ante o amálgama de afeto que passa a vincular os protagonistas da relação (GAGLIANO; BARRETO, 2020).

Nesta linha, o ilustre desembargador José Ricardo Porto, nos autos do processo nº 00013783720188150011, negou provimento a apelação dos adotantes que visava à reforma da sentença. A decisão restou assim ementada:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ADOÇÃO DE DUAS IRMÃS, DE 03 (TRÊS) E 06 (SEIS) ANOS DE IDADE. DESISTÊNCIA DA GUARDA PROVISÓRIA DE FORMA IMPRUDENTE PELOS PAIS ADOTIVOS. CONVIVÊNCIA DURANTE 03 (TRÊS) ANOS. CRIAÇÃO DE VÍNCULO AFETIVO. PREJUÍZO PSÍQUICO COMPROVADO POR LAUDO JUDICIAL EMITIDO POR PSICÓLOGA DESTA CORTE. SENSAÇÃO DE ABANDONO, ANGÚSTIA, ANSIEDADE E TRISTEZA POR PARTE DAS INFANTES. ABALO MORAL CONFIGURADO. PRECEDENTES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 186 E 927 DA LEI SUBSTANTIVA CIVIL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. 100 (CEM) SALÁRIOS MÍNIMOS. FIXAÇÃO PELO MAGISTRADO EM VALOR RAZOÁVEL. OFENSORES QUE GOZAM DE EXCELENTE SITUAÇÃO FINANCEIRA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. RECURSO APELATÓRIO DESPROVIDO. - A adoção tem de ser vista com mais seriedade pelas pessoas que se dispõem a tal ato, devendo estas ter consciência e atitude de verdadeiros "pais", que pressupõe a vontade de enfrentar as dificuldades e condições adversas que aparecerem em prol da criança adotada, assumindo-a de forma incondicional como filho, a fim de que seja construído e fortalecido o vínculo filial - Inexiste vedação legal para que os futuros pais desistam da adoção quando estiverem com a guarda da criança. Contudo, cada caso deverá ser analisado com as suas particularidades, com vistas a não se promover a "coisificação" do processo de guarda - O at [...]. (PARAÍBA, 2020).

Importante ressaltar que conforme art.949 do Código Civil, em caso de lesão ou ofensa a saúde o ofensor fica obrigado a indenizar nas despesas do tratamento e nos demais prejuízos sofridos. (BRASIL, 2002).

Com relação à desistência após o trânsito em julgado é óbvia a impossibilidade de tal ato em conformidade com o art. 39 §1 do ECA. Pablo Gagliano explica: “[...] inexistente, no ordenamento brasileiro, base jurídica para “devolução” de um filho depois de concretizada sua adoção.” (GAGLIANO; BARRETO, 2020). Como se sabe, a adoção é planejada antecipadamente, requer paciência frente ao processo burocrático necessário. Ademais existe uma preparação para além dos candidatos a pais, requer participação de uma equipe que irá dar suporte aos pais e ao adotando. (GAGLIANO; BARRETO, 2020).

Durante a palestra promovida pelo MP o professor Pablo e a promotora Marcia Rabelo discutiram a respeito do tema pontuando que é inaceitável a desistência após o trânsito em julgado, não existe juridicamente espaço para desistir da adoção após a sentença, caracteriza-se como ato ilícito civil, e penal, pois o adotando nem terá como se defender em razão do sofrimento acarretado. Neste ímpeto, a promotora usou o lugar de fala e ressaltou que é imensurável o tamanho do sofrimento e frustração da criança ou adolescente devolvido. (GAGLIANO; RABELO apud CARDOSO, 2020).

Em que pese, o adotado já possui um caminho marcado por rejeição, é alguém totalmente vulnerável e necessita de proteção especial por parte do Estado, argumenta Pablo, pontua também que vários dos casos de rejeição a filhos adotivos vem com o argumento que estes são difíceis de lidar, não se comportam, desencadeiam problemas de saúde ou outros pontos negativos. Porém, tais argumentos são inaceitáveis, pois como bem sabem a Constituição Feral não permite que se diferencie os filhos adotivos dos filhos biológicos, ademais, estes podem certamente apresentar as mesmas dificuldades e problemas, porém não se cogita a devolução deles. (GABLIANO; BARRETO, 2020).

A autora Tamara argumenta que após a sentença que concedeu a adoção, não deverá ser permitido a desistência da adoção em conformidade com o art. 31 §1 do ECA, devendo ser julgado improcedente imediatamente nos termos do art. 332 do CPC, pois inexistente previsão legal para fundamentar esse pedido. (ABREU, 2020).

Concluindo, os autores Pablo e Rodolfo afirmam que:

[...] a “devolução fática” de filho já adotado caracteriza ilícito civil, capaz de suscitar amplo dever de indenizar, e, potencialmente, também, um ilícito penal (abandono de incapaz, previsto no art. 133 do CP), sem prejuízo de se poder defender, para além da impossibilidade de nova habilitação no cadastro, a manutenção da obrigação alimentar, uma vez que os adotantes não podem simplesmente renunciar ao poder familiar e às obrigações civis daí decorrentes. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2021, p. 245).

Pois bem, como visto nesse tópico, existe a possibilidade de desistência da adoção perante estágio de convivência estando em seu direito, eis que é a fase de adaptação, porém existem exceções. Ademais, na fase de guarda provisória e após a sentença a desistência causa responsabilidade civil, principalmente se o período de convivência for prolongado. Neste ímpeto, no próximo tópico, serão analisadas jurisprudências a respeito do caso, para ver como a justiça se posiciona em relação às desistências.

2.3 JULGADOS DO TJ/RS E STJ SUA ANÁLISE, OPINIÃO, NOS ÚLTIMOS 10 ANOS FRENTE A DESISTÊNCIA DO PROCESSO

Além de doutrinas e legislação, se faz necessária a análise jurisprudencial para entender como os juízes estão se posicionando a respeito do tema.

A primeira jurisprudência trata-se de apelação cível nº 70079126850, que foi desprovida pelo relator Rui Portanova, no ano de 2019:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PEDIDO DE ARBITRAMENTO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. ABUSO DE DIREITO. INOCORRÊNCIA. ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA. DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. Considerando que a função do estágio de convivência é, justamente, buscar a adaptabilidade do (s) menor (es) ao (s) adotante (s) e deste (s) à(s) criança (s), quando esta adaptação não ocorre e há desistência da adoção durante este período, não há configuração de qualquer ato ilícito ensejador de dano moral ou material. Assim, deve ser mantida a sentença de improcedência. APELAÇÃO DESPROVIDA, POR MAIORIA. (RIO GRANDE DO SUL, 2019).

Analisando o caso supracitado, é notável a falta de responsabilidade dos pais adotivos. Primeiramente fica claro que o objetivo da adoção era de ter filhos educados, e obedientes, em nenhum momento pensaram que as crianças de lares já passaram por muitos traumas, e o maior trauma é o abandono, obviamente essas crianças não seriam como eles queriam além do mais toda criança em algum momento não vai obedecer. A segunda grande falta de respeito e responsabilidade foi em não justificar

o motivo de “devolver” as crianças, tão pouco, aceitaram a ajuda para resolver de forma menos brusca a questão. Por mais que a desistência ocorreu no estágio de convivência, no caso em questão as crianças sofreram muito, desencadeando insegurança, medo, culpa, entre outros danos comprovados nos laudos. Obviamente o estágio de convivência serve para se readequar a nova realidade, criar vínculos, e mesmo que a legislação estabelece que não exista responsabilidade civil da desistência nesse período, algumas exceções devem ser observadas. Então, ao analisar o caso fica evidente a falta de respeito com as crianças, falta grave de irresponsabilidade e sensibilidade, tanto por parte dos pais, quanto por parte dos julgadores.

A não imputação de irresponsabilidade nos casos de devolução da criança, lhe causado graves consequência psicológicas é inadmissível. Thays Lavor em seu artigo comentou que: “Em Porto Velho (RO), por exemplo, o Juizado da Infância e Juventude fez acordo com pais desistentes para que subsidiassem um ano de psicoterapia para as crianças.” (LAVOR, 2017). Ou seja, esse é um ótimo exemplo que deveria motivar os outros estados, fazer o mínimo por uma criança que não possui amparo familiar, e sobre com as os abalos psicológicos sofridos com a desistência.

A segunda jurisprudência a ser analisada é da data de 2016, apelação cível Nº 70070484878, trata-se de desistência da adoção na fase de guarda provisória em que pese não houve trânsito em julgado, porém já havia passado o período de convivência. O recurso foi desprovido:

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. (RIO GRANDE DO SUL, 2016).

No caso supracitado, os pais adotivos relatam que o filho ainda possuía vínculo com a família biológica, e que em nenhum momento criou-se um vínculo familiar entre eles. Ademais foi relatado ainda que o filho tornasse desobediente, não aceitava as regras de convivência, falava que eles não eram seus pais de verdade e que os mesmos não podiam mandar nele. Constata-se ainda que em nenhum momento foi posto no processo o desejo de Jose de voltar à sua família biológica. Após um período voltou ao acolhimento e após foi morar com sua irmã biológica alegando que gostava de estar com ela, e que não lhe faltava nada. Obviamente esses transtornos causaram abalo psicológico, porém não causou desequilíbrio emocional ou qualquer dano à integridade física e moral, ademais não existe legislação que obrigue pagamento de alimentos no caso de desistência da adoção antes da sentença, sendo nesse caso descabida a indenização.

Com relação a isso se cita aqui Gagliano e Barreto: “Não se ignora que, enquanto não consumada, por sentença, a adoção, a possibilidade jurídica de desistência existe.” (GAGLIANO; BARRETO, 2020) Ainda sobre isso os autores cometam que após um estágio prolongado de guarda provisória que pode durar anos promovendo uma inserção total do adotando na família pode causar abuso de direito com fulcro no art. 187 do CC. (GAGLIANO; BARRETO, 2020). No caso em questão não houve essa inserção, não cometendo ato ilícito. Sendo a decisão adequada ao caso. Em que pese não existiu vínculo paternal e maternal, não há o que indenizar, ademais a criança não estava satisfeita com seus pais adotivos.

A ilustre ministra Nancy Andrighi, nos autos do Resp. 1.849.530 / DF, deu provimento e deferiu a adoção da menor para a recorrente sem fixar tão pouco majorar os honorários. A decisão restou assim ementada:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. ADOÇÃO CONJUNTA DIRETA CUMULADA COM GUARDA E REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS PROPOSTA POR CASAL DIVORCIADO. OMISSÃO E NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. ACÓRDÃO IMPUGNADO QUE ENFRENTOU, AINDA QUE SUCINTAMENTE, A QUESTÃO CONTROVERTIDA. CONSIDERAÇÃO DE FATO NOVO OCORRIDO NO CURSO DO PROCESSO. POSSIBILIDADE. REABERTURA DE FASE INSTRUTÓRIA. NÃO OBRIGATORIEDADE, SALVO QUANDO IMPRESCINDÍVEL PARA ELUCIDAÇÃO DE DÚVIDA ACERCA DA MATÉRIA FÁTICA. DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO POR UM DOS ADOTANTES NO CURSO DO PROCESSO, ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA DE ADOÇÃO. REPROVABILIDADE ÉTICA E MORAL. POSSIBILIDADE JURÍDICA. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS RECENTES QUE PERMITEM AFERIR A APTIDÃO DO

OUTRO PRETENSO ADOTANTE PARA EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR. DESNECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO DO PROCESSO AO 1º GRAU. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR.

1- Ação proposta em 24/08/2015. Recurso especial interposto em 16/09/2019 e atribuído à Relatora em 28/11/2019.

2- Os propósitos recursais consistem em definir: (i) se o acórdão recorrido possui omissão relevante ou negou a prestação jurisdicional; (ii) se, ao determinar a reabertura da fase instrutória em 1º grau em virtude da superveniente desistência da adoção por um dos adotantes, o acórdão recorrido violou o princípio do melhor interesse do menor.

3- Não há que se falar em omissão ou negativa de prestação jurisdicional quando o acórdão recorrido, ainda que sucintamente, pronuncia-se sobre a questão controvertida.

4- A regra do art. 493, caput, do CPC/15, não impõe ao julgador o dever de obrigatoriamente reabrir a fase instrutória diante da alteração da moldura fática, salvo quando a situação de dúvida dela decorrente não for elucidável a partir dos elementos constantes do processo, hipótese em que a colheita de novas provas pode se revelar imprescindível.

5- Embora ética e moralmente censurável, é juridicamente admissível a desistência da adoção conjunta por um dos adotantes no curso do processo judicial, eis que a adoção apenas se torna irrevogável com o trânsito em julgado da respectiva sentença constitutiva, ressalvada a possibilidade de o adotado eventualmente pleitear a reparação dos danos patrimoniais e morais porventura decorrentes da desistência.

6- Na hipótese, como um dos pretensos adotantes desistiu da adoção logo após a prolação da sentença e há elementos probatórios recentes e suficientes que demonstram a aptidão do outro pretenso adotante para acolher a criança, é desnecessária a devolução do processo ao 1º grau de jurisdição para reabertura da fase instrutória e realização de novos estudos técnicos e psicossociais, circunstância que não atende ao princípio do melhor interesse da menor que, atualmente, possui mais de 08 anos de idade e que ainda não tem sua situação jurídica decidida em definitivo após 05 anos de processo judicial.

7- Recurso especial conhecido e provido, para deferir a adoção da menor à recorrente, deixando de fixar ou majorar honorários em razão de não terem sido eles arbitrados na origem. (BRASIL, 2020).

Em que pese no caso supracitado o casal pretendia adotar, mesmo após a separação desejavam que a menor fosse lhes arbitrada como filha. Contudo após várias discussões acerca das visitas, o pretendente a pai decidiu por desistir da adoção logo após o trânsito em julgado. Eis que em razão do princípio do maior interesse da menor, decidiu-se por deferir a guarda apenas para a mãe.

Ademais, sabe-se que a adoção, após o trânsito em julgado concedendo a adoção, é irrevogável em conformidade com o art. 39 §1 do ECA. Pablo e Rodolfo frisam, após fazer um questionamento em seu livro, que: “[...] inexistente, no ordenamento brasileiro, base jurídica para “devolução” de um filho após concretizada sua adoção”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2021, p. 245).

Após tanto tempo preparando e desejando a adoção da criança, o fato da separação, e do não desejo de obrigação com a filha não é motivo para desistir da

adoção. Pablo e Rodolfo trazem à tona que existe uma preparação enorme para a habilitação da adoção, várias pessoas para dar suporte aos pretendentes, e uma equipe com vastas funções, a fim de mostrar a responsabilidade que um filho exige, sem contar que a criança ou adolescente já traz um caminho marcado de rejeição, motivo que se torna vulnerável e precisa de toda assistência do Estado. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2021, p. 245). Ou seja, a criança já estava com a família, já possuía vínculo afetivo, e não esperava com esse abandono, sendo assim o mínimo deveria ser indenizar a criança, mesmo que não fosse o suficiente para suprir essa dor do abandono pela segunda vez.

Cita-se aqui uma frase excelente dos autores Pablo e Rodolfo:

Adotar é lançar ao solo sementes de amor, mas esse ato precisa se dar no terreno da responsabilidade e da consciência de que as relações paterno ou materno-filiais, quaisquer que sejam as suas origens, são repletas de arestas que demandam paciência, resiliência e afeto para serem aparadas". (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2021, p. 245).

Ou seja, é importante que no momento de propor a adoção, os pretendentes estejam conscientes da responsabilidade que está sendo gerada. O instituto da adoção tem muito a melhorar, devendo buscar meios de diminuir os casos de desistência em qualquer momento do processo.

CONCLUSÃO

A adoção é um instituto antigo, inicialmente não existiam regras suficientes, e as mesmas não tinha o objetivo de salvaguardar o bem interesse do adotando. Para tanto, esse instituto foi sendo modificado, e cada vez mais objetivando o bem-estar do adotando. Um dos objetivos da adoção é realocar uma criança/adolescente em algum lar a fim de formar uma família, pois como visto a família é a base da sociedade, e tem seu bem interesse salvo pela Constituição Federal assim como pelos direitos humanos, e qualquer forma de destruir ou prejudicar a estrutura familiar, sofrerá com graves consequências.

Existe uma grande preocupação quanto à responsabilidade de adotar, eis que é um ato de grande mudança tanto para os pretendentes quanto para as crianças, e qualquer irresponsabilidade gera grandes transtornos psicológicos e muitas vezes irreparáveis, neste instante buscou-se compreender melhor o instituto da adoção e suas fases processuais, analisando fundamentos doutrinários e jurisprudências, para posteriormente compreender como a responsabilidade civil age frente a cada fase do processo verificando se ela é cabível ou não nos casos de desistência.

De acordo com as hipóteses propostas em que deveriam ou não os pretendentes indenizar os as crianças e adolescente pela desistência de sua adoção, foi constatado que dependendo da situação e da fase processual os pretendentes devem pagar a indenização como forma de minimizar o sofrimento da criança ou adolescente. Na maior parte dos casos, a desistência ocorre ainda na fase de convivência, ou seja, não existe legislação para punir a desistência neste período, eis que é apenas um momento de adaptação, entretanto quando ocorre grave lesão psicológica, pode acarretar em punição. Já durante a guarda provisória, e após o trânsito em julgado é cabível a responsabilização civil, e indenização por parte dos pretendentes. É de se observar que as jurisprudências trazidas, pontualmente analisam o caso como um todo, o tempo de convivência entre as partes, as relações e laços que desenvolveram durante o período, para poder fazer um julgamento mais justo. Existe uma dificuldade de encontrar jurisprudências a respeito da “devolução” após o trânsito em julgado, assim, vê-se tal situação como um ponto positivo.

Em que pese pode se observar ao longo da pesquisa, é incansável a busca pela proteção da criança e adolescente na adoção. A burocracia é enorme, existem muitas fases a serem cumpridas, muitas legislações e doutrinas que vêm sendo modificadas ao longo da evolução com o fim de salvaguardar o bem interesse das partes, porém ainda se observa um número absurdo de desistência e/ou irresponsabilidades perante este instituto. Dessa forma sugere-se uma pesquisa mais profunda para entender melhor os motivos dessa desistência, ou seja, analisar psicologicamente os pretendes, seus ideais, e seus motivos de tal irresponsabilidade. De a mesma forma analisar o sofrimento do adotando, e quais consequências lhe causarão. Outra pesquisa que seria relevante nesse caso é a desistência da gestação substituta nos casos em que a criança já está em desenvolvimento, ou recém-nascida, ou seja, os pais biológicos desistem do filho durante a gravidez ou após o nascimento em que foi gerado por uma “barriga de aluguel”.

Contudo, após muita pesquisa doutrinária e análises de julgados jurisprudenciais, evidencia-se que a adoção é um instituto que está em frequente mudança, é um ato jurídico em que uma pessoa pleiteia a guarda de outra com fim de formar uma família. A adoção é antiga, inicialmente o objetivo era satisfazer o interesse dos pretendentes, atualmente, busca encaixar a criança/adolescente em um lar para que ela tenha uma família, podendo ter uma vida melhor. Como visto existem vários tipos de adoção, cada estruturada de forma diferente, como por exemplo, a adoção internacional, adoção de embrião, adoção póstuma, adoção “à brasileira”, entre outras. Por consequência dessas mudanças, e dos vários modelos de adoção, a burocracia, e o cuidado aumenta, porém nem sempre se consegue conter algumas irresponsabilidades, tal como a desistência do processo. Para isso existem regras que responsabilizam civilmente os casos em que ocorre a desistência, obviamente sendo observada a fase processual. No período de convivência, a desistência é algo provável, por ser um período de adaptação, não existindo lei que puna tal ato. Porém existem exceções, como por exemplo, ao analisar o tempo que a criança estava com a família, e ficar evidenciado que existe um vínculo, pode haver uma responsabilização a fim de apaziguar o sofrimento do adotando. Em alguns casos, como no estado de Rondônia, os pretendes devem assinar um termo de responsabilidade, um acordo em que caso haja a desistência, estes devem arcar com as despesas psicológicas das crianças. Esse ato torna o processo mais célere, e o bem interesse acaba protegido, como deveria ser. Já durante a guarda provisória, com

base nos art. 927 do Código Civil e 932 inciso I, os pais ficam obrigados a reparar civilmente seus filhos menos que estiverem sob sua guarda, eis que não possuem condições patrimoniais tão pouco psicológicas para arcar e reparar seus próprios danos, ou seja, no caso da guarda provisória caberá a responsabilidade civil e o direito de indenizar. Na última fase, que é após o trânsito em julgado, não se fala mais em desistência da adoção, pois se trata de ilícito penal e cível. Eis que já existe vínculo materno e paterno, e como se sabe a Constituição Federal proíbe a discriminação relativa à filiação.

A adoção é um instituto maravilhoso, porém de grande responsabilidade, os pretendentes devem estar preparados psicologicamente, precisam compreender que essas crianças e adolescentes possuem um histórico conturbado, e abalado. O simples fato de desistir gera um dano enorme, ademais, para a criança ou adolescente, está ocorrendo mais um abandono, gerando tamanha insegurança, em que pese originalmente já foi abandonada.

Para adotar é preciso muito amor, compaixão, empatia, e muita responsabilidade, pois este ato estará mexendo com a vida de outras pessoas, estas muitas vezes, senão todas, vulneráveis.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Tamara dos Reis. **As consequências jurídicas da desistência da adoção**. Publicado em 09 de dez. de 2020. Site Migalhas. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/337592/as-consequencias-juridicas-da-desistencia-da-adoacao>> e <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/12/74e6933ac552b0_asconsequenciasjuridicasdodesi.pdf> Acesso em: 03 de maio de 2021.
- ARAUJO JÚNIOR, Gediel Claudino de. **Prática no direito de família** – 12. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de Direito civil: direito da família** – 2. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- _____. **DECRETO Nº 17.943-A/1927**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 12 OUT. 1927. Disponível em:< https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm >. Acesso em: 27 set. 2020.
- _____. **Lei Nº 3.071/1916**. Diário Oficial da União. Brasília, DF 1 jan. 1916. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm> Acesso em: 20 set. 2020.
- _____. **Lei 3.133/1957**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 8 mai. 1957. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3133.htm>. Acesso em: 20 set. 2020.
- _____. **Lei 4.655/1965**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 2 jun. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4655.htm>. Acesso em: 20 set. 2020.
- _____. **Lei 6.697/1979**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 10 out. 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6697.htm>. Acesso em: 20 set. 2020.
- _____. **Lei 8.069/1990**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069compilado.htm>. Acesso em: 20 set. 2020.
- _____. **Lei 10.406/2002**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm> Acesso em: 24 mar. 2021.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.849.530 - DF (2019/0346475-1)**. Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relatora: MINISTRA NANCY ANDRIGHI. Julgado em 03/11/2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201903464751&dt_publicacao=19/11/2020> Acesso em: 10 de maio de 2021.

CARDOSO, Maiama. **MP comemora 30 anos do ECA com reflexão sobre responsabilidade civil da desistência da adoção**. Redator: Maiama Cardoso. Publicado em 17/07/2020. Palestrantes: Pablo Stolze; Márcia Rabelo; Tiago Quadros e Leila Adriana Vieira Seijo de Figueiredo. Site MPBA. Disponível em: <<https://www.mpba.mp.br/noticia/52456#:~:text=Segundo%20seu%20racioc%C3%AAdnio%2C%20a%20desist%C3%AAncia,moral%20ou%20existencial%20ao%20adotando>>. Acesso em: 03 de maio de 2020.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil** / Sergio Cavaliere Filho. – 14. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

COELHO, Bruna Fernandes. **Adoção à luz do Código civil de 1916**. Publicado em 01 de abril de 2011. Site Âmbito Jurídico. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-87/adocao-a-luz-do-codigo-civil-de-1916/#_ftn3> Acesso em: 06 de junho de 2021.

DESLANDES, Suely Ferreira. **A Construção do Projeto de Pesquisa**. In: Suely Ferreira Deslandes, Otavio Cruz Neto, Romeu Gomes: Maria Cecília de Souza Minayo (Org.). **Pesquisa Social: Teoria, método e criatividade**. Petrópolis: Vozes, 1994.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direitos da Família**. (livro eletrônico) – 4. Ed. – São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze, BARRETO, Fernando Carvalho Leão. **Responsabilidade Civil pela desistência da adoção**. Publicado em 27/07/2020. No site IBDFAM Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1513/Responsabilidade+civil+pela+desist%C3%AAncia+na+ado%C3%A7%C3%A3o>> Acesso em: 01 de maio de 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA Filho, Rodolfo. **Novo curso de direito civil - Direito de família** - vol. 6 / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. – 11. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

GIGANTE Eduardo Aguirre. **ADOÇÃO: Como funciona o processo de adoção no Brasil**. Publicado em 09/04/2018, no site POLITIZE! Disponível em: <<https://www.politize.com.br/adocao-no-brasil/>> Acesso em: 01 de maio de 2021.

GIL, A. C. **Métodos e Técnicas da Pesquisa Social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. Disponível em <<https://ayanrafael.files.wordpress.com/2011/08/gil-a-c-mc3a9todos-e-tc3a9cnicas-de-pesquisa-social.pdf>>. Acesso em: 27 set 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 6: direito de família – 9. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

KOZESINKI, Carla A. B. Gonçalves. **A história de adoção no Brasil**. Disponível em: <<https://ninguemcrescesozinho.com.br/2016/12/12/a-historia-da-adoacao-no-brasil/>>. Acesso em: 14 set. 2020.

LAVOR, Thays, **Criança devolvida, pai arrependido: o drama das adoções que dão errado**. BBC Brasil, publicado em 03 de julho de 2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-40464738>> Acesso em: 01 de maio de 2021.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família** – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo – **Responsabilidade Civil no Direito de Família Vários autores**. São Paulo: Atlas, 2015.

MALUF, Carlos Alberto Dabus, e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf **Curso de Direito de Família**, 2. ed. rev. e atual. – São Paulo, Editora Saraiva, 2015. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502627949/>. Acesso em: 20 abr. 2021.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito de família**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseiler, 2001.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito de família** – V. 5 / Paulo Nader. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA. **Convenção de Direitos Humanos (1969)**. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm> Acesso em: 20 de julho de 2021.

PARAÍBA. **ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00013783720188150011**, 1ª Câmara Especializada Cível, Relator DES. JOSÉ RICARDO PORTO, julgado em 03-03-2020 Disponível em: <<https://tj-pb.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/818388594/13783720188150011-pb/inteiro-teor-818388595>> Acesso em: 03 de maio de 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, **INSTITUIÇÕES DE DIREITO CIVIL: direito de família**. – vol. V / Caio Mário da Silva Pereira. – 28. ed., revista e atualizada por Tânia da Silva Pereira. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. Grupo GEN, Rio de Janeiro: Forense, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990824/>. Acesso em: 20 abr. 2021.

RABI, Khammu. **CÓDIGO DE HAMURÁBI**. Disponível em: <https://5ca0e999-de9a-47e0-9b77-e3eeab0592c.usrfiles.com/ugd/5ca0e9_163b42ba610c44f0af37c7c90ea1175b.pdf> Acesso em: 14 de set. de 2020.

RESENDE, Diana de Campos, **RODA DOS EXPOSTOS: um caminho para a infância abandonada**. Disponível em: <<https://www.ufsj.edu.br/paginas/temposgeraisantigo/n1/artigos/roda.pdf>>. Acesso em: 03 de set. de 2020.

RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Cível Nº 70079126850**, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 04/04/2019. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/697303612/apelacao-civil-ac-70079126850-rs/inteiro-teor-697303629>>. Acesso em: 01 de maio de 2021.

_____. **Apelação Cível Nº 70070484878**, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 31/08/2016. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/380864113/apelacao-civil-ac-70070484878-rs/inteiro-teor-380864123>>. Acesso em: 01 de maio de 2021.

RIZZARDO, Arnaldo, **DIREITOS DE FAMÍLIA**. 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SANTOS, Pablo de Paula Saul, **Responsabilidade Civil: Origem e pressupostos legais**. Publicado em 01 de jun. 2012. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/responsabilidade-civil-origem-e-pressupostos-gerais/>> Acesso em: 02 de maio de 2021.

SEVERINO, A. J. **Metodologia do Trabalho Científico**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Cortez, 2007.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família** – v. 5 – 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. **Responsabilidade civil** / 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: família e sucessões**. 20. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

ZANETTE, Michele, SASSO, Neivan- **O processo da adoção e suas fases**. PORTAL VENEZA. Disponível em: <<https://www.portalvенеza.com.br/o-processo-de-adoacao-e-suas-fases/#:~:text=Com%20o%20intuito%20de%20alcan%C3%A7ar,em%20programa%20de%20prepara%C3%A7%C3%A3o%20dos>> Acesso em: 01 de maio de 2021.