



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

JADE FURTADO SZWEC FERNANDES

ADOÇÃO HOMOAFETIVA:

Considerações sobre a (im)possibilidade de responsabilização do Estado no caso de indeferimento do pedido de adoção por casais homoafetivos em razão da sexualidade

**BRASÍLIA
2022**

JADE FURTADO SZWEC FERNANDES

ADOÇÃO HOMOAFETIVA:

Considerações sobre a (im)possibilidade de responsabilização do Estado no caso de indeferimento do pedido de adoção por casais homoafetivos em razão da sexualidade

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientadora: Prof. Mestra Renata Malta Vilas-Bôas

BRASÍLIA

2022

2022

JADE FURTADO SZWEC FERNANDES

ADOÇÃO HOMOAFETIVA:

Considerações sobre a (im)possibilidade de responsabilização do Estado no caso de indeferimento do pedido de adoção por casais homoafetivos em razão da sexualidade

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador(a): Prof. Mestra Renata Malta Vilas-Bôas

BRASÍLIA, __/__/____

BANCA AVALIADORA

Professora Orientadora

Professor(a) Avaliador(a)

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, gostaria de agradecer meus pais por sempre terem me dado todo o suporte que precisei para perseguir minhas ambições acadêmicas.

Às minhas amigas e amigos, agradeço vocês por terem me aguentado e me ajudado a passar por essa fase de uma forma um pouco mais leve.

Agradeço minha psicóloga e meu psiquiatra já que foi em razão do meu acompanhamento psicológico que consegui controlar, na medida do possível, minhas crises de ansiedade e pânico durante esse processo.

Por fim, agradeço meus professores de direito civil, em especial, de direito de família por terem aberto meus olhos para a quão interessante e magnífica é essa área.

É necessário ter uma visão pluralista da vida, abrindo caminho aos mais diversos arranjos familiares. Deve-se buscar o elemento que permite enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação.

– Maria Berenice Dias

RESUMO

Este trabalho discute o instituto da adoção pela evolução do princípio da proteção integral e melhor interesse da criança e do adolescente que cada vez mais tem sido utilizado como argumento principal para a tomada de decisões. Concomitante ao desenvolvimento dos direitos das crianças e dos adolescentes, a pauta LGBTQIAP+ passou a ganhar mais destaque devido às suas reivindicações por um tratamento idêntico a qualquer outro cidadão brasileiro, como por exemplo, a demanda pela aceitação da união homoafetiva como válida e a possibilidade de casais homossexuais poderem adotar em conjunto. A premissa utilizada aqui foi a de que haveria possibilidade do casal homoafetivo propor uma ação de indenização em face do Estado quando a solicitação de adoção tiver sido indeferida em razão da orientação sexual dos pleiteantes. Ao final do trabalho, observou-se que a legislação em si é omissa no que tange à ampliação dos direitos do homossexual, mas, em contrapartida, o Judiciário vem apresentando decisões favoráveis tanto ao entendimento de um novo tipo de família, como na expansão da ideia de que crianças e adolescentes sejam sujeito de direitos tanto quanto um adulto.

Palavras-chave: adoção homoafetiva; LGBTQIAP+; melhor interesse do menor; responsabilidade civil do Estado.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CNA	Cadastro Nacional de Adoção
CNCA	Cadastro Nacional de Crianças e Adolescente Acolhidos
CID	Classificação Internacional de Doenças
CC/16	Código Civil de 1916
CC	Código Civil de 2002
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CF	Constituição Federal de 1988
DNV	Declaração de Nascido Vivo
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
FONAJUP	Fórum Nacional da Justiça Protetiva
FDD	Fundo de Defesa de Direitos Difusos
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
SNA	Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento

SUMÁRIO

1.INTRODUÇÃO	9
2.ADOÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	12
2.1.A EVOLUÇÃO DA ADOÇÃO	12
2.2.CONCEITOS	13
2.3.REQUISITOS E IMPEDIMENTOS.....	15
2.4.PROCEDIMENTO	15
2.5.EFEITOS	17
2.6.O DIREITO À FILIAÇÃO E A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL	19
3.PRINCÍPIOS INERENTES À ADOÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	20
3.1.OS PRINCÍPIOS NA CF DE 1988	20
3.2.DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS.....	21
3.3.PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR	22
3.4.PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA FAMÍLIA NATURAL	23
3.5.PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA FAMÍLIA EXTENSA	23
3.6.PRINCÍPIO DA RELEVÂNCIA DA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE INFORMADA	25
3.7.PRINCÍPIO DO ACOLHIMENTO FAMILIAR EM DETRIMENTO DO ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL.....	26
3.8.PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA ADOÇÃO CADASTRAL	27
4.ADOÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO POR MEMBROS DA COMUNIDADE LGBTQIAP+.....	28
4.1.O SER LGBTQIAP+ E A PATOLOGIZAÇÃO:	28
4.2.ESCOLHA DO PERFIL DO ADOTADO.....	30
4.3.NECESSIDADE DE PREVISÃO LEGAL?	32
5.RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	35
5.1.ASPECTOS GERAIS E CONCEITUAIS	35
5.2.PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA	37

5.3.PRINCÍPIOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	40
5.4.RESPONSABILIDADE ESTATAL.....	41
5.5.POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO	43
6.CONCLUSÃO.....	48
REFERÊNCIAS	50

1.INTRODUÇÃO

O instituto da adoção é um dos mais complexos dentro do sistema legal brasileiro tendo em vista que compreende esferas como a legislativa, a biológica, a familiar, a afetiva, etc. Tudo fica ainda mais intrincado quando alguém fora do “padrão de família tradicional” passa a figurar na situação, a exemplo da reivindicação do direito de adoção por parte de casais homossexuais, uma vez que grupos conservadores recorrentemente pressionam as autoridades na tentativa de impedir a ânsia do outro em adotar uma criança para a qual se pretende dar um lar e inseri-la em uma família “de verdade”.

Em um país como o Brasil, onde cerca de 32% da população, de acordo com pesquisa do Datafolha, ainda defende a restrição total do direito ao aborto, é contraditório que existam quase 30 mil crianças e adolescentes abrigadas em casas de acolhimento institucional, sendo que somente 4 mil delas estão prontas para serem adotadas, conforme dados do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA)¹. Além disso, o texto legislativo indica a tentativa quase exaustiva de reintegração da criança ou do adolescente em sua organização familiar biológica, muitas vezes disfuncional e danosa para o melhor desenvolvimento do menor.

A problemática sociocultural da adoção por casais homoafetivos é tema de suma importância pois, quando um membro da comunidade LGBTQIAP+² entra com processo de adoção, esta mesma parte da sociedade alega que a criança ou o adolescente será influenciado a se tornar LGBTQIAP+, afirmando que uma família sem pai e mãe é disfuncional. Ao mesmo tempo, ignora-se que família não é feita somente do sangue, que orientação sexual e identidade de gênero não é escolha de ninguém e tampouco é o que define essa pessoa.

Tal situação corroborou para que o primeiro caso de adoção oficial por um casal homossexual no Brasil tenha ocorrido em 2010 e só em maio de 2013 proibiu-se que cartórios se recusassem a registrar casamentos entre pessoas do mesmo sexo. Em suma, o preconceito social sofrido por membros da comunidade LGBTQIAP+ existe na medida em que diferentes grupos sociais são colocados numa hierarquia, dentro da qual as práticas de exclusão e desigualdade são legitimadas como meio de manter esse grupo num patamar taxado de

¹ <https://paineisanalytics.enj.jus.br/single/?appid=ccd72056-8999-4434-b913-f74b5b5b31a2&sheet=4f1d9435-00b1-4c8c-beb7-8ed9dba4e45a&opt=currsel&select=clearall> . Acesso em: 20 jul 2021.

² Cada uma das letras da sigla refere-se a uma orientação sexual, identidade de gênero e/ou sexualidade: L = lésbicas; G = gays; B = bissexuais; T = transgêneros e travestis; Q = *queer*; I = intersexos; A = assexuais, aromânticos e agêneros; P = pansexuais e polisssexuais; + = todas as outras orientações não hetero.

socialmente inferior, em contextos específicos para que o grupo “superior” continue possuindo a maior hegemonia possível em suas opiniões.

Dessa forma, a ideia central é conseguir entender como vem se dando o movimento da adoção por parte de casais LGBTQIAP+, tendo em vista sua estigmatização dentro de uma sociedade homofóbica e machista como a brasileira, a qual condena a partir de um mínimo que saia do padrão esperado.

Partindo da hipótese de que membros da comunidade LGBTQIAP+, com foco em casais homossexuais, encontrariam maiores entraves ao darem início ao pedido de adoção, tendo em vista o latente preconceito por parte dos setores conservadores que, ainda fazem muita pressão dentro dos poderes constituintes do Estado. Espera-se chegar, às lacunas e aos entraves da legislação que contribuem para a falta de celeridade existente no processo de adoção e mesmo da consideração de casal homoafetivo como família.

“As dificuldades legais para o reconhecimento dessas famílias, bem como a discriminação e o preconceito que envolvem não apenas o casal homoafetivo, como também a criança adotada, acabam por repercutir no modo como essas famílias têm se estruturado e se reconhecido em termos de sua identidade. Essa identidade não passaria apenas pelo reconhecimento do pacto conjugal, mas pela aceitação de um arranjo familiar não convencional, que vem fomentando uma revisão das próprias noções consagradas de família e parentesco (Grossi, 2003).” (CECÍLIO; SCORSOLINI-COMIN; SANTOS, 2013. P. 511)

A partir disso desenvolver-se-á a discussão, objetivando descobrir se o Estado brasileiro pode ser responsabilizado por eventuais danos causados a uma família cujos pais são homossexuais e na qual somente um deles pode entrar com o pedido de adoção, deixando o adotado sem direito sobre, por exemplo, questões sucessórias daquele que não adotou.

Outrossim, os marcadores sociais da diferença (gênero e raça) interferem diretamente na construção de um perfil de “mais adotáveis” e “menos adotáveis”, pois a constatação na pesquisa realizada, foi de que a busca por adotar tem certas características diretamente correlacionadas a “padrões de normalidade social”. É nesta situação em que se dá a importância dos profissionais que trabalham com adoção, de modo a suavizar os encontros entre adotantes e adotados e por conseguinte, evitando a inadaptação das partes.

Além disso, as reivindicações feitas por homossexuais tanto no campo conjugal, quanto parental (CECÍLIO; SCORSOLINI-COMIN. 2018. Pp. 505) se dão porque ainda existe demasiado preconceito contra quem não se enquadra nos dogmas da heterossexualidade. E mais, a discussão sobre orientação sexual e gênero se desenvolve mais lentamente no mundo inteiro quando comparada às conquistas alcançadas por outras minorias sociais.

A partir dessas reivindicações, vale ressaltar a questão das desigualdades de tratamento dentro do sistema judiciário para com os casais homossexuais que pretendem adotar, ou seja, é o Estado Democrático de Direito que deliberadamente escolhe tratar de maneira diferente seus cidadãos somente porque esses são membros da comunidade LGBTQIAP+, isto é, está longe de seguir a visão de Rui Barbosa quando ele afirma que se deve tratar os desiguais na medida de suas diferenças. A reflexão de Luís Roberto Cardoso de Oliveira aponta:

“[...] se no Brasil podemos identificar uma tensão entre a visão de igualdade expressa por Rui Barbosa, segundo a qual deve-se tratar desigualmente os desiguais na medida em que se desigalam (tratamento diferenciado) (Teixeira Mendes 2005), e aquela que prega tratamento uniforme mais em acordo com os princípios modernos da cidadania, nos EUA e no Canadá o princípio do tratamento uniforme tem sido questionado por movimentos sociais, na defesa de direitos multiculturais (EUA) ou nacionais (Quebec), que identificam no tratamento uniforme uma dimensão importante de desigualdade.” (OLIVEIRA, L R Cardoso; 2009; p. 7)

O Capítulo 1 do presente trabalho apresentará um panorama geral de como se constituiu o instituto da adoção dentro do direito brasileiro ao longo dos anos, bem como os requisitos específicos que caracterizam o processo. No Capítulo 2, o enfoque se dá nos princípios que regem a adoção e a proteção da criança e do adolescente dentro da sociedade. O Capítulo 3 foca nas questões relativas à construção da identidade LGBTQIAP+ como pessoa dotada de direitos como quaisquer outras; também são tecidas as necessárias considerações sobre a problemática da possibilidade escolha do perfil do adotando por parte do adotante. Por fim, no Capítulo 4, são tratadas as questões referentes acerca de como a responsabilidade civil opera no contexto de danos causados pelo Estado, mais especificamente, pelo Judiciário, ao passar tantos anos sem deferir pedidos de adoção conjunta a casais homoafetivos por ausência de previsão legal.

2.ADOÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

2.1.A EVOLUÇÃO DA ADOÇÃO

A discussão começa pela evolução da cultura da adoção no sentido de que o ato de adotar foi mudando com o passar do tempo. Desta maneira, ressalta-se três períodos principais, nas quais o significado de “adoção” recebeu conotações distintas.

Primeiramente, quem adotava era visto como alguém caridoso e, um lado ainda pior, adotar significava ter mão de obra barata, a qual bastava ser alimentada e cuidada de maneira a sobreviver. A segunda fase diz respeito à ideia de que adotar resolveria alguns dos problemas sociais do país, uma vez que o menor não estaria mais abandonado e os casais inférteis poderiam agora ter um filho(a). Já na terceira fase, o menor que era adotado, aos olhos da sociedade, era inferior aos filhos biológicos (CECILIO; SCORSOLINI-COMIN, 2018. Pp. 504).

O fato é que, quando se fala em adoção, muitos aspectos emocionais e subjetivos se manifestam como uma espécie de alerta diante do novo e do desconhecido, invadindo os futuros pais adotivos de sentimentos ambivalentes, sendo imprescindível que se reserve um espaço para se pensar, refletir, falar e elaborar: motivações, fantasias, angústias, traumas, a ansiedade de espera, a necessidade de adaptação na convivência e às expectativas mútuas geradas. (GONDIM *et al.*, 2008; HUEB & CECÍLIO, 2015; MERÇON-VARGAS, ROSA & DELL’AGLIO, 2015 *apud* CECILIO; SCORSOLINI-COMIN, 2018. p.498.)

Traçando a linha temporal da regulamentação desse instituto no Brasil, no Código Civil de 1916 só poderia requerer a adoção quem não tivesse filho e o processo era validado por meio de uma escritura pública que conferia o vínculo de parentesco entre adotante e adotado. Em outras palavras, os pais do adotante, legalmente, não eram considerados parentes do adotando, além de que não era feita distinção entre adotar um maior ou menor de idade, ambas eram chamadas de adoção simples (DIAS, 2021).

A próxima legislação que tratou sobre o tema foi a Lei 4.655/65, surgida quase 50 anos depois do CC/1916, e dispunha sobre a legitimidade adotiva. A novidade aqui foi o caráter irrevogável da adoção assim que concedida em decisão judicial (art. 7º), a cessação do vínculo do adotado para com sua família natural (art. 6º, § 3º) e a vedação a qualquer observação no registro civil sobre a origem da relação de parentesco (arts. 6º, § 1º e 8º). (BRASIL, 1965).

Em 1979, surgiu o Código de Menores (Lei 6.697/1979) apresentando o instituto da adoção plena em substituição à legitimação adotiva. Aqui não houve grandes modificações,

mas vale menção à equiparação dos direitos e deveres dos filhos quando, após conferida a adoção, os adotantes tenham filhos biológicos (art. 37) (BRASIL 1979).

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, os filhos, independentemente se biológicos ou não, passaram a gozar dos mesmos direitos e deveres de modo que, publicada sentença que transfere a guarda definitiva de uma criança ou de um adolescente para o adotante e modificado o sobrenome no registro civil, filho é filho, sem distinção de como se originou o vínculo afetivo (DIAS, 2021. p. 340).

Dois anos para frente, foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (Lei 8.069/1990) que passou a regulamentar o instituto trazendo o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente como ponto norteador das decisões que envolvessem os menores. Além disso, também voltou seu olhar para aqueles que, mesmo estando sob a guarda da família biológica, não deveriam assim permanecer porque o ambiente fornece algum tipo de risco ao bem-estar e/ou desenvolvimento do menor (PEREIRA, 2020).

A “Nova Lei de Adoção” (Lei 12.010/09) alterou diversos dispositivos do ECA, no que se refere à colocação da criança ou do adolescente em família substituta e ao tempo máximo que se pode ficar no acolhimento institucional, priorizado a reintegração com a família natural ou colocação em família substituta. A última atualização legislativa significativa que se teve em matéria de modificação do ECA foi a Lei 13.509/2017 que passou para 18 (dezoito) meses o tempo máximo que se pode permanecer no acolhimento institucional (PEREIRA, 2020).

Assim sendo, atualmente, o Brasil vive uma fase relativamente boa em se falando de adoção, tendo em vista que lacunas existentes na legislação vêm sendo preenchidas por decisões do judiciário norteador, principalmente, pelo princípio do melhor interesse da criança e da doutrina da proteção integral, a exemplo do aumento de jurisprudência que autoriza a adoção por casais do mesmo sexo.

2.2.CONCEITOS

O instituto da adoção é um dos mais complexos do direito brasileiro, uma vez que visa atender ao melhor interesse de crianças e adolescentes, os quais necessitam ser tratados com zelo, tendo em vista que esses estão em desenvolvimento e, portanto, são considerados

prioridades na política nacional, sendo de competência da família, da sociedade e do Estado assegurar o respeito aos seus direitos.

Tendo isso em mente, conceituar a adoção é tarefa árdua, de modo que não existe consenso absoluto na doutrina. Inicialmente, aquele que é adotado adentra ao que o direito chama de estado de filiação, o qual “decorre de um fato (nascimento) ou de um ato jurídico” (DIAS, 2021, p. 328) estando a adoção situada no segundo, ou seja, numa conceituação mais impessoal do instituto, a eficácia da adoção é condicionada à autorização judicial já que se trata de ato jurídico em sentido estrito (PEREIRA, 2016).

Caio Mário segue nessa mesma linha de abordagem impessoal da legislação ao reconhecer o caráter *fictio iuris* do instituto e defini-lo como “ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir relação de parentesco consanguíneo ou afim” (PEREIRA, 2020, p. 468). Outro doutrinador que acompanha é Pontes de Miranda ao dizer que, a partir do ato solene nomeado adoção, é criada uma relação fictícia de paternidade/maternidade e filiação entre adotante e adotado (PONTES DE MIRANDA, 1947).

Todavia, as doutrinas mais recentes transmitem uma visão mais humanizada do instituto. Luiz Edson Fachin, por exemplo, entende que, antes de tudo, o ato de adotar é constituído pelo amor porque o vínculo de parentesco criado entre adotante e adotado ocorre pelo simples desejo de amar e de ser amado (DIAS, 2021).

Dessa forma, não cabe mais dizer que a filiação advinda da adoção cria somente um vínculo fictício, ela é muito mais do que isso. A relação de parentesco aqui criada é eletiva, ela teve sua origem num ato de vontade que diversas vezes é mais significativa para as partes envolvidas do que aquele resultante da biologia. Foi através dessa significação que Maria Berenice Dias apresenta sua colocação.

A verdadeira paternidade funda-se no desejo de amar e ser amado. É nesse sentido que o instituto da adoção se apropria da palavra afeto. É no amor paterno-filial entre pessoas mais velhas e mais novas, que imita a vida, que a adoção se baseia. São Filhos que resultam de uma opção, e não do acaso, que são adotivos. (DIAS, 2021, p, 329)

É importante, portanto, para além do entendimento seco da legislação, pensar no caráter humano da adoção, uma vez que se está lidando com uma pessoa e mais especificamente, com uma criança e/ou um adolescente, os quais devem gozar de atenção especial de acordo com o que está posto no art. 227 da Constituição Federal. Assim sendo, a adoção deve ser vista através do princípio do melhor interesse do menor, de modo que a família adotante é encontrada para a criança, ou seja, quem deve preencher os requisitos (necessidades) do adotando é o adotante e não o contrário (DIAS, 2021).

2.3.REQUISITOS E IMPEDIMENTOS

O Estatuto da Criança e do Adolescente traz os seis principais requisitos a serem preenchidos por alguém que deseja se habilitar no Cadastro Nacional de Adoção.

Dessa forma, o art. 42, ECA, traz os dois primeiros requisitos. Como adoção é ato jurídico para que seja concretizada, o postulante deve ter capacidade jurídica, o que significa ser maior de 18 anos. O segundo ponto é que a diferença de idade entre adotante e adotando tem de ser maior que 16 anos, a fim de que os papéis de pai/mãe e filho não acabem se confundindo e o ambiente do lar se configure da maneira mais natural possível em se falando das relações de ascendência/descendência (GONÇALVES, 2021).

Os requisitos três e quatro se referem ao consentimento para adoção. Quando aquele que se deseja adotar tiver pais cujo poder familiar não tiver sido destituído ou representantes legais, estes devem autorizar que o procedimento ocorra. Além disso, caso o adotando seja maior de 12 anos, sua vontade deve ser ouvida (art. 28, § 2º, ECA).

Outrossim, o procedimento da adoção só ocorre através de processo judicial, nos termos do art. 47, ECA, bem como a adoção por procuração é vedada, tendo em vista que o ato de adotar é personalíssimo e exclusivo daquele que o deseja fazer.

Para terminar o rol, o art. 43, ECA, traz que o mais importante é o benefício do adotando. Em outras palavras, para além das determinações legais, o entendimento atual sobre adoção tem se inclinado a dar mais poder ao melhor interesse da criança e do adolescente.

Apona-se, por fim, que as pessoas que não tiverem condições físicas, psicológicas e socioeconômicas estarão eliminadas da possibilidade da adoção. Lê-se, com isso, que aqueles que são viciados em bebidas alcoólicas e/ou outros tóxicos, bem como os que não conseguirem exprimir suas vontades não teriam capacidade de proporcionar um ambiente familiar saudável que vise o melhor desenvolvimento da criança e do adolescente (BRASIL, 1990).

2.4.PROCEDIMENTO

A pessoa que tiver completado os requisitos anteriormente abordados pode dar início ao processo de adoção, o qual está, em sua maior parte, escrito no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Importante lembrar que a adoção corre através da proposição e uma Ação de Adoção de competência dos juizados da Infância e da Juventude do local em que o adotando se encontra, tendo em vista o princípio do juízo imediato que visa a celeridade da prestação jurisdicional.

A primeira coisa a ser feita é juntar todos os documentos do rol do art. 197-A, ECA, e dirigir-se ao Fórum ou à Vara da Infância e da Juventude mais próxima. Com os documentos em mãos, a autoridade judiciária deve notificar o Ministério Público para que o último analise e dê o veredicto inicial de que o pretendente está apto a seguir para as próximas fases do processo. Também está prevista no art. 197-B, ECA, que o Ministério Público, antes de autorizar o candidato, pode pedir audiência com oitiva do pretendente e de testemunhas.

Se a documentação for aprovada, começará a fase de entrevistas, na qual uma equipe interprofissional (art. 197-C, ECA) realizará estudo psicossocial com os candidatos no intuito de aferir o que os levou a querer adotar, os prepara para possíveis dificuldades no período de convivência, incentiva a adoção de crianças e adolescentes que não costumam estar nos grupos mais procurados, colhe informações suficientes dos candidatos para se ter certeza de que eles querem mesmo adotar e tem condições psicológicas, sociais e econômicas, uma vez que é a vida e o bem-estar de uma criança ou um adolescente de quem se está falando.

Em seguida, todas as informações colhidas sobre os candidatos são passadas ao juiz da respectiva vara da Infância e da Juventude, que decidirá se o pedido de habilitação à adoção será ou não deferido. Essa habilitação concedida pelo juiz tem validade de três anos e, quando findos, deve-se passar novamente pela avaliação da equipe profissional para que seja renovada (art. 197, § 2º, ECA) por igual período até que a família certa seja encontrada para a criança. Quem já adotou e deseja fazê-lo novamente tem de passar pela mesma reavaliação (art. 197, § 2º, ECA).

No caso da habilitação ter sido deferida, a família postulante tem seus dados inseridos no Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA) e será chamada por ordem cronológica quando chegar sua vez nos termos dos arts. 50 e 197-E, § 1º, ECA. É a partir desse momento que se passa a buscar uma família para aquela criança ou adolescente dentro do perfil previamente definido pelos postulantes.

Ao encontrar a criança ou adolescente que corresponda ao perfil, o Judiciário contacta a família interessada e, a partir daí, é iniciado o estágio de convivência a ser acompanhado de perto pela equipe técnica e pela própria Justiça brasileira. Nesse período, serão realizadas várias atividades entre as partes para que seja observada uma adaptação ou não da criança ou do adolescente àquele ambiente familiar em questão.

“O estágio de convivência tem como fundamentos permitir a adaptação da criança em seu novo entorno familiar e também favorecer o estabelecimento das bases afetivas entre a criança e o adulto. Por ser o momento inaugural da relação afetiva entre os adotantes e a criança, é acompanhado pela equipe psicossocial por meio de encontros periódicos. A sentença judicial de adoção será lavrada somente após o término do prazo estabelecido pelo juiz, prazo necessário para que os laços afetivos entre adotantes e adotados possam se formar.

Repentinos desacolhimentos, quando os fortes vínculos estabelecidos entre criança e abrigo ou família guardiã são drasticamente quebrados, comprometem novos investimentos amorosos da criança/adolescente, além de causar muito sofrimento para os que ficam: colegas e cuidadores.” (CARTILHA PASSO A PASSO)

Todo o procedimento do estágio de convivência está descrito no art. 46, ECA, e tem como regra, prazo máximo de 90 dias mas, a depender da peculiaridade do caso e da idade da criança ou do adolescente, pode ser modificado. Esse procedimento poderá ser dispensado quando o adotando já estiver a tempo suficiente com aquele que possui sua tutela ou guarda legal para que tenha sido constituído vínculo afetivo, objetivo do procedimento (art. 46, § 1º, ECA).

Passados todos esses estágios e iniciada a Ação de Adoção propriamente dita, o juizado tem no máximo 120 dias, prorrogável por igual período (art. 47, § 10, ECA), para proferir sentença com trânsito em julgado, sob pena de investigação disciplinar sempre visando o melhor interesse do adotando e evitar problemas psicológicos que um processo de adoção demorado possa gerar. (DIAS, 2021)

Salienta-se, por fim, que todo adotando acima de 12 anos completos deve ser obrigatoriamente ouvido e antes dessa idade também é relevante que ele seja ouvido (art. 28, ECA), de modo que sua opinião possa ser considerada. Em ambas as situações, ele será ouvido por meio depoimento especial conduzido por pessoas devidamente qualificadas a entender e fazer valer o melhor interesse da criança.

2.5.EFEITOS

A adoção é irrevogável, salvo se o melhor interesse do menor estiver no sentido contrário, e começa a ter efeito a partir de sentença transitada. É a partir da sentença que as

relações de parentesco se iniciam, bem como seus efeitos sobre a pessoa e sobre o patrimônio. Em se tratando dos efeitos sobre a pessoa, destacam-se o parentesco, o poder familiar e o nome; já os efeitos sobre o patrimônio concentram-se na prestação de alimentos e direito sucessório. (GONÇALVES, 2021)

O entendimento atual sobre a adoção é de que, proferida a sentença, o adotado é completamente integrado à família do adotante de modo que, ao passar a figurar na condição de filho, tem os mesmos direitos e deveres dos consanguíneos, isto é, as relações de parentesco são idênticas às relações dos parentes consanguíneos do adotante nos termos do art. 227, §§ 5º e 6º, CF.

O segundo efeito sobre a pessoa deriva do primeiro, no sentido de que, o adotando, passando a figurar na família com os mesmos direitos e deveres dos demais, o poder familiar é transferido dos pais biológicos para os pais adotivos, de modo que todo e qualquer vínculo que ele tinha com os pais biológicos deixa de existir, salvo em se tratando de questões matrimoniais, como coloca o art. 41, ECA.

O terceiro e último efeito sobre a pessoa do adotado diz respeito ao nome. Segundo o art. 47, § 5º, ECA, proferida sentença, a certidão de nascimento do adotado passará a figurar com nome de seus pais adotivos no lugar dos pais biológicos. Além disso, também é direito do adotado receber o nome de seus pais adotivos já que ele é um membro da família igual a qualquer outro. Além disso, no caso de um bebê ou criança pequena estar sendo adotado, é facultado aos pais o pedido de mudança de prenome sob a justificativa de que a adoção se equipara a “dar à luz” e, por isso, os pais têm direito de escolher o nome do filho. (GONÇALVES, 2021)

Já na ordem dos efeitos patrimoniais, ao serem estabelecidas relações de parentesco, nasce também dever recíproco de prestação de alimentos previstos no Código Civil e na Lei de Alimentos (Lei 5.478/68). Isto é, caso o adotado necessite de alimentos, é dever dos pais proverem e se, já na maioridade do adotado, os pais necessitarem de alimentos, é dever do filho prover para os pais.

Por fim, o adotado entra na linha sucessória da família como herdeiro necessário nos termos dos arts. 229, CF e 41, § 2º, ECA. Ao passar a figurar na linha sucessória da família adotiva, seus laços de parentesco com a família biológica são extintos e ele não tem mais direito à sucessão com relação a ela.

Percebe-se, portanto, que o parentesco criado pela adoção em nada deve diferir-se do parentesco consanguíneo.

2.6.O DIREITO À FILIAÇÃO E A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

A Constituição Federal de 1988 estabelece, utilizando-se da doutrina da proteção integral, que a convivência familiar é direito de toda criança e todo adolescente o que, por conseguinte, implica a existência de um poder familiar exercido pelos pais ou responsáveis, da posse do estado de filho e da atribuição de nome ao filho inscrita no registro civil.

Destarte, a doutrina da proteção integral, como o próprio nome sugere, diz respeito ao dever que família, sociedade e Estado compartilham de assegurar que cada criança e cada adolescente possa aproveitar ao máximo essa fase da vida sem ter que se preocupar com questões inerentes aos adultos (BRASIL, 1988).

Assim sendo, tem-se como filiação “a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas e que atribui reciprocamente direitos e deveres” (DIAS, 2021. p. 217) e o direito a ela existe por fazer parte do rol dos direitos a personalidade, tendo em vista que o art. 16, CC, prevê que toda pessoa tem direito a prenome e sobrenome, sendo o último conferido seguindo os critérios de parentesco, normalmente, pai e/ou mãe.

Uma das características do direito à filiação é que, mesmo se tratando de criança ou adolescente adotado, a ele é assegurado, nos termos do art. 48, ECA, o direito de conhecer sua origem biológica (DIAS, 2021), isto é ainda que inserido num novo núcleo familiar com o qual já criou vínculo afetivo, se quiser, o adotado tem a faculdade de procurar quem são seus parentes de sangue.

Um contraponto ao direito à filiação, também garantido no ECA, é o direito assegurado à genitora do bebê de entregá-lo para a adoção em sigilo numa tentativa de evitar o abandono de recém-nascidos em lugares inóspitos, já que as políticas de planejamento familiar brasileiras são insuficientes e a prática do aborto é considerada crime (DIAS, 2021). Para resolver essa situação, o FONAJUP, no seu enunciado 14, sugeriu o registro do recém-nascido entregue para a adoção no banco de dados da Declaração de Nascido Vivo (DNV).³

³ ENUNCIADO 14: A Lei 13.509/2017 não instituiu o denominado “parto anônimo”, e sim o direito ao sigilo quanto à entrega à adoção, manifestado em audiência, na forma prevista no artigo 166 do ECA, hipótese em que o registro civil da criança será lavrado com os dados constantes da Declaração de Nascido Vivo, respeitado assim o direito previsto no artigo 48 do ECA.

3.PRINCÍPIOS INERENTES À ADOÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

3.1.OS PRINCÍPIOS NA CF DE 1988

A Constituição Federal de 1988 é uma carta cheia de princípios, os quais servem como estrutura básica e norte para a interpretação das demais legislações, ou seja, os princípios constitucionais são o meio a partir do qual todo o sistema jurídico brasileiro se organiza (DIAS, 2021), são os conformadores da lei (LÔBO, 2006).

Avançando, é notável que a Constituição Federal traz grande protagonismo ao Direito de Família, tendo em vista que a família é a base de uma sociedade, tornando-se sujeito/beneficiária de muitos dos princípios fundamentais contidos na Carta Magna (DIAS, 2021). A partir dessa afirmação, ressalta-se a corresponsabilidade da família, da sociedade e do Estado de zelar pela proteção dos menores de idade, trazida pelo art. 19 do Pacto de São José da Costa Rica.⁴

O primeiro princípio sobre o qual será discorrido é o mais abrangente de todos. Trata-se da dignidade da pessoa humana, exarado logo no art. 1º, III, CF. É por meio dele que a pessoa humana passou a figurar no centro do direito brasileiro sendo por todo ele protegida. Houve aqui a personalização dos institutos jurídicos, fato esse que fez com que fossem delineados os caminhos da atuação estatal, uma vez que o objetivo é garantir e promover a dignidade humana (DIAS, 2021).

Em seguida, destaca-se o princípio da função do social da família, retirado do art. 226, *caput*, CF, que retifica a família como base da sociedade, já que o indivíduo tem na família o primeiro contato com o mundo, o que dá a ela proteção especial por parte do Estado. Dessa forma, a não preservação da família, em suas várias formas e formatos, significaria relegar a própria sociedade (TARTUCE, 2017).

Na mesma linha de pensamento está o princípio da solidariedade familiar, presente no art. 3º, I, CF. A solidariedade diz respeito ao “ato humanitário de responder pelo outro, de preocupar-se e de cuidar de outra pessoa” (TARTUCE, 2017), ou seja, uma família é regida, dentre outros, pelos deveres que um membro tem para com o outro. Por exemplo, a assistência que os pais devem dar aos seus filhos e, quando adultos, os filhos aos seus pais, é resultado da aplicação desse princípio na legislação familiarista (DIAS, 2021).

⁴ Art. 19. Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado.

O último princípio constitucional a ser tratado é a combinação do art. 227, § 6º, CF, e do art. 1.596, CC, para configurar o princípio da igualdade entre os filhos. Esses dispositivos consagram a isonomia constitucional prevista no art. 5º, *caput*, CF, uma vez que proíbe qualquer diferenciação entre os filhos, independentemente da origem da paternidade ou da maternidade. Assim, os filhos adotivos passaram a ter os mesmos direitos que os filhos biológicos, por exemplo (TARTUCE, 2017).

3.2.DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, assinada pela Assembleia Geral da ONU em 1948, simboliza uma virada por ter atribuído, já em seu art. 1º⁵, a todo e qualquer ser humano, sem distinção alguma, a condição de pessoa dotada de direitos nas esferas doméstica e internacional (ZAPATER, 2019).

Além disso, a família, independentemente da maneira como ela é constituída, é elevada ao patamar de entidade fundamental e natural para o desenvolvimento de uma sociedade, de modo que é função do Estado zelar pela sua continuidade, nos termos do art. 16, 1, DUDH⁶. Portanto, distinções de raça, nacionalidade, sexo, gênero ou religião não são empecilhos para que uma família seja constituída e seu bem-estar deve ser assegurado pelo Estado.

Trazendo, a proposta da DUDH para o âmbito do direito de família, mais especificamente para o direito à filiação, inerente a qualquer ser humano, seu art. 25, 2⁷, dispõe que sobre o direito à assistência que a maternidade e a infância possuem, bem como veda a distinção entre filhos havidos dentro e fora do matrimônio estabelecendo condição de igualdade, de modo que eles passam a ser sujeitos do mesmo tipo de proteção. É nesse sentido que Maria Berenice Dias coloca: “é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição familiar” (DIAS, 2021, p. 66).

Percebe-se assim que foi a DUDH que abriu as portas para que a comunidade internacional viesse a promover outras declarações como a Declaração Universal dos Direitos

⁵ Art. 1, DUDH. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

⁶ Art. 16, 1, DUDH. Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução.

⁷ art. 25, 2, DUDH. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

da Criança, a qual equiparou a criança ao adulto como um sujeito dotado de direitos e deveres, e a Convenção dos Direitos da Criança (1989), ambas com suas resoluções ratificadas e incorporadas no direito brasileiro (ZAPATER, 2019).

3.3.PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR

O Princípio do Melhor Interesse do Menor ou do Interesse Superior surge a partir da Declaração de Direitos da Criança (1959) que, em seus art. 2º e 7º, define que a instituição de leis e políticas públicas direcionadas a crianças e adolescentes deverão ser norteadas visando sempre o melhor interesse delas. Ao mesmo passo, a Convenção dos Direitos da Criança (1989) traz, nos arts. 37, “c” e 40, 2, “b”, III, que os menores infratores que venham a ser privados de liberdade tem de ser separados dos adultos e seus processos devem ser julgados com celeridade de maneira a priorizar sua segurança (ZAPATER, 2019).

Na legislação brasileira, ele se materializa com o art. 227, *caput*, CF, ao explicitar a corresponsabilidade tripartite entre família, sociedade e Estado de zelar pela proteção e priorizar os interesses da criança e do adolescente, assegurando o respeito de seus direitos fundamentais (PEREIRA, 2020), sendo esses últimos firmados como aqueles “fora do catálogo, mas com *status* constitucional formal, os quais são idênticos no que tange à sua técnica de positivação e eficácia” (SARLET, 1998, p. 45).

Dentro do ECA, juntamente com o princípio da proteção integral, tal princípio está no art. 3º, reafirmando que as crianças e os adolescentes gozam de todos os direitos fundamentais na condição pessoa humana, e que, dada a sua vulnerabilidade com relação a sociedade, devem ter suas oportunidades para melhor “desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social” asseguradas pela família, pela sociedade e pelo Estado (BRASIL, 1990).

Já na legislação civil, o princípio aparece quando se fala em dissolução da sociedade conjugal e conseqüente disputa de guarda do(s) filho(s), a qual, de acordo com a redação dos arts. 1.583 e 1.584, CC, seja ela compartilhada ou unilateral, tem de ser decidida levando-se em consideração qual é a situação que melhor vai atender os interesses do menor (TARTUCE, 2017)

3.4.PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA FAMÍLIA NATURAL

A família natural, de acordo com o art. 25, *caput*, ECA, é aquela formada pelos pais ou responsáveis e seus descendentes e é tentado garantir que essa instituição perdure que a legislação de proteção à criança e ao adolescente dá prioridade aos vínculos biológicos quando se refere à família (DIAS, 2021).

Nesse sentido, quando o art. 19, ECA, traz o direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família, ele está se referindo à família natural. Todavia, o problema começa quando, por algum motivo, é necessária a intervenção estatal pois, a não ser que haja grave ameaça à segurança do menor, a manutenção da família natural continua sendo priorizada. Em suma, não é sempre a família natural que propicia um ambiente saudável para o desenvolvimento dos filhos e, insistir em manter uma relação, muitas das vezes já falida, como o disposto no art. 100, p. ún., X, ECA, é mais prejudicial para o menor do que retirá-lo daquele ambiente (DIAS, 2021).

Mesmo no caso do art. 92, § 4º, ECA, quando o poder familiar dos pais já foi destituído ou está suspenso, e a responsabilidade do cuidado da criança e do adolescente foi passada para algum programa de acolhimento familiar ou institucional, o contato com os pais e parentes não só deve ser estimulado, como a reintegração familiar deve ser promovida (BRASIL. 1990).

Por outro lado, o art. 28, § 4º, ECA⁸, acerta ao priorizar a manutenção dos vínculos fraternais quando se faz necessária a colocação da criança ou do adolescente em família substituta, procurando minimizar os efeitos de ter sido separados dos pais (BRASIL. 1990).

3.5.PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA FAMÍLIA EXTENSA

Esse princípio está disposto, principalmente, nos arts. 25, 28, § 3º, e 50, § 13, II, ECA, e evidencia mais uma tentativa do legislador de manter os vínculos biológicos às custas da violação ao melhor interesse do menor, tendo em vista que muitas das vezes não há vínculo real de afetividade ou mesmo de afinidade (DIAS, 2021).

⁸ Art. 28. § 4º Os grupos de irmãos serão colocados sob adoção, tutela ou guarda da mesma família substituta, ressalvada a comprovada existência de risco de abuso ou outra situação que justifique plenamente a excepcionalidade de solução diversa, procurando-se, em qualquer caso, evitar o rompimento definitivo dos vínculos fraternais. [\(Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009\) Vigência](#)

Continuando, dentro do Código Civil é inexistente a correlação direta do conceito de família extensa ou ampliada, pois não se encontra enquadramento em nenhum tipo de parentesco, mas o ECA, no seu papel de norma específica, define, no seu art. 25. p. ún., que seria aquela que está além do núcleo familiar principal, pais/filhos/casal, mas que ainda possui vínculo de parentesco, como, por exemplo, um tio da criança ou do adolescente⁹.

Além disso, a lacuna deixada pelo legislador faz com que outras instituições sejam obrigadas a completá-las para que a criança ou o adolescente tenham uma melhor assistência, como, por exemplo, o caso dos enunciados do Fórum Nacional de Justiça Protetiva (FONAJUP).

Outra questão importante a ser levantada é que, diferentemente do estudo psicossocial necessário para constatação ou não da existência de vínculo afetivo entre as partes, que tem sua competência atribuída à equipe técnica do juízo, do município ou da instituição de acolhimento¹⁰, não há indicação do órgão encarregado de investigar as pessoas que compõem a família extensa da criança ou do adolescente, o que acarreta em ainda mais tempo que ela ou ele permanecem no acolhimento institucional sem uma família.

Todavia, no caso do recém-nascido que não tiver nenhum parente reivindicando-o no prazo de 30 (trinta) dias, que não possua dados suficientes para a busca da família extensa ou que os pais sejam ignorados¹¹, ele será cadastrado no SNA, nos termos do art. 19-A, § 10º, ECA. Indo de encontro a isso, frisa-se que um bebê não possui vínculo com ninguém então, não haveria necessidade de esperar esse longo prazo para procurar uma nova família para ele. Mesmo assim, trata-se de uma situação específica já que, se priorizarmos a existência de vínculo afetivo, é fácil constatar que ele não existe, de maneira que não faz sentido procurar por alguém da família que queira o bebê (DIAS, 2021).

Outra trágica consequência de “empurrar” o menor para um parente parte da família extensa é que, não necessariamente a guarda da criança ou do adolescente é querida, aumentando assim o alto número de devoluções. Por conseguinte, podem gerar mais uma vez o sentimento de abandono daquele que estava à procura do sentimento de pertencimento causado por fazer parte de uma família (DIAS, 2021).

⁹ Art. 25. Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. [\(Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009\) Vigência](#)

¹⁰ ENUNCIADO 06: Os relatórios social e psicológico necessários à instrução dos feitos em trâmite nos juízos da infância e juventude poderão ser realizados pela equipe técnica do juízo e/ou pela equipe do Município e/ou pela equipe da instituição de acolhimento.

¹¹ ENUNCIADO 10: O parágrafo 10 do artigo 19-A do ECA só deve ser aplicado nos casos de pais ignorados ou órfãos com dados insuficientes que impossibilitem a busca pela família extensa.

No atual momento da evolução do pensamento da sociedade para com o instituto que vem sendo discutido, há a priorização da construção de um elo afetivo entre adotante e adotando na inserção do menor em uma família substituta, como está positivado no art. 28, § 3º, ECA. Ademais, a existência do estudo psicossocial comentado acima, tem sido uma maneira de tentar atender o melhor interesse da criança e do adolescente (DIAS, 2021).

3.6.PRINCÍPIO DA RELEVÂNCIA DA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE INFORMADA

O Princípio da Relevância da Manifestação da Vontade Informada é uma forma de dar às crianças e aos adolescentes a faculdade terem suas opiniões, anseios e desejos, consideradas determinantes na concessão ou não da guarda, adoção ou tutela (DIAS, 2021).

Sua incorporação no direito brasileiro se deu primeiramente, pelo art. 12, da Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto 99.710/90)¹², indicando a importância de se poder formular seus próprios juízos já que, ao final do processo de adoção, por exemplo, quem vai passar o resto da vida com o adotante, ou ao menos até sua maioridade, é a criança ou o adolescente.

Já em termos da legislação propriamente brasileira, o princípio foi incorporado no art. 28, §§ 1º e 2º, ECA, que, com as alterações de 2009, passou a designar uma equipe interprofissional para conduzir o depoimento do menor, sempre respeitando a idade e a maturidade de quem está sendo ouvido e assim pesando qual o melhor modo de aplicar no caso concreto. Além disso, quando maior de 12 (doze) anos, o consentimento é necessário antes que qualquer decisão seja tomada (BRASIL. 1990).

Também no ECA, o capítulo sobre medidas de proteção específicas da criança e do adolescente traz, em seu art. 100, p. ún, XI e XII, duas situações em que esse princípio é utilizado: o menor deve ser informado do que e o porquê está ocorrendo uma intervenção como, por exemplo, quando os pais perdem a guarda de um filho, mesmo que

¹² Art. 12. 1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança. 2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.

temporariamente, e; ainda zelando pela proteção do menor, ele deve ser ouvido e participar das decisões proferidas pela autoridade judiciária, uma vez que o resultado da decisão interfere diretamente no seu futuro (BRASIL. 1990).

Um terceiro exemplo da aplicação deste princípio ocorre quando proferida a sentença que constituiu o vínculo de adoção e há modificação no nome do adotando, que agora passa a portar o de quem o adotou mas, quando se fala em prenome, a mudança somente pode ocorrer, no caso de maior de 12 (doze) anos, se houver o consentimento do adotando, nos termos do art. 47, §§ 5º e 6º, ECA (BRASIL. 1990).

3.7.PRINCÍPIO DO ACOLHIMENTO FAMILIAR EM DETRIMENTO DO ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL

Em primeiro lugar, deve ficar claro que o encaminhamento de crianças e adolescentes tanto para o acolhimento institucional (art. 101, VII, ECA), quanto para o acolhimento familiar (art. 101, VIII, ECA), é medida temporária, e só ocorre quando a criança ou o adolescente está afastado do convívio familiar.

O acolhimento institucional tem previsão de duração máxima de 18 (dezoito) meses, nos termos do art. 19, § 2º, ECA, devendo ser avaliado semestralmente, e corresponde ao atendimento dado a crianças e adolescentes por uma entidade governamental ou não (ZAPATER, 2019). Ainda sobre isso, quando se tratar de criança ou adolescente trans, o enunciado 19 do FONAJUP diz que a identidade de gênero deve ser respeitada, garantindo a integridade física do indivíduo.¹³

Por sua vez, o acolhimento familiar consiste na cessão da guarda provisória da criança ou do adolescente a uma família cadastrada no programa, conforme prevê o art. 34, § 2º, ECA.

Dessa forma, a Justiça, de acordo com o art. 34, § 1º, ECA, tem privilegiado o acolhimento familiar porque nele é possível manter uma órbita de família em volta da criança e do adolescente até que seja encontrada uma família que se encaixe nas necessidades do menor. Além disso, o art. 227, § 3º, VI, CF, e o art. 34, *caput*, §§ 3º e 4º, ECA, preveem a promoção de políticas públicas incentivando mais famílias a se cadastrarem, através de incentivos fiscais, subsídios e assistência jurídica.

¹³ ENUNCIADO 19: Crianças e adolescentes transgêneros, em situação de acolhimento, serão mantidos em instituições e/ou quartos de sua respectiva identidade de gênero, independentemente do sexo biológico ou registral, garantida sua integridade e escuta prévia.

3.8.PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA ADOÇÃO CADASTRAL

A legislação brasileira não permite a adoção dirigida ou *intuitu personae* porque deseja-se evitar a ocorrência da comercialização de crianças e tráfico de pessoas (AMORIM, 2017). Portanto não existe aparato estatal suficiente para fazer com que essa modalidade de adoção seja segura para quem está adotando e, principalmente, para a criança ou adolescente que está sendo adotado, o que vai diretamente contra o princípio da proteção integral da criança e do adolescente.

Assim sendo, a regra dentro do ordenamento jurídico brasileiro é que, aquele que deseja adotar, deve se inscrever no Cadastro Nacional de Adoção (CNA) e passar por todo o processo que fora explicado passo a passo no capítulo 1 desse trabalho, ou seja, não se pode pedir por uma criança ou adolescente específico quando você toma a decisão de entrar na fila da adoção.

É impositivo que, tanto as crianças e adolescentes que podem ser adotados, quanto aqueles que desejam adotar estejam inscritos no cadastro local, como o próprio art. 50, § 8º, ECA¹⁴, dispõe. Inclusive, o descumprimento do disposto no referido parágrafo gera responsabilização para quem não seguiu o comando.

Entende-se, por conseguinte, que primar pela adoção cadastral é uma forma de proteger crianças e adolescentes que estão no SNA, de possíveis problemas advindos de uma adoção irregular.

¹⁴ Art. 50. A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção. [\(Vide Lei nº 12.010, de 2009\) Vigência](#)

§ 8 º-A autoridade judiciária providenciará, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, a inscrição das crianças e adolescentes em condições de serem adotados que não tiveram colocação familiar na comarca de origem, e das pessoas ou casais que tiveram deferida sua habilitação à adoção nos cadastros estadual e nacional referidos no § 5 º-deste artigo, sob pena de responsabilidade. [\(Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009\) Vigência](#)

4.ADOÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO POR MEMBROS DA COMUNIDADE LGBTQIAP+

4.1.O SER LGBTQIAP+ E A PATOLOGIZAÇÃO:

O preconceito com quem não se enquadra nos dogmas da heterossexualidade ainda é proeminente em diversas partes do mundo, pois observa-se que discussões sobre orientação sexual e de gênero permanecem atrasadas quando comparadas a outras discussões no campo das minorias sociais, mesmo se utilizarmos o exemplo de países com fama de serem os primeiros a trazer discussões “progressistas” como os Estados Unidos.

Um, dentre tantos outros exemplos dessa problemática, diz respeito ao fato de que a homossexualidade só foi retirada da CID (Classificação Internacional de Doenças), lista elaborada pela Organização Mundial da Saúde (OMS), em 1990, sendo que a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) já havia positivado que todos são iguais e não devem sofrer discriminação por ser quem são. Na mesma seara, em 1966, foram editados o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais (PIDESC) e o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (PIDCO), e ambos também asseguravam o direito de não discriminação, independentemente de qualquer coisa, ou seja, a orientação sexual de alguém não deveria interferir na forma como esse alguém recebe um direito.

Em 2008, ocorreu o 60º aniversário da DUDH, o que gerou um caminho fértil para que França e Holanda apresentassem a proposta de uma Declaração sobre Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero e o Brasil, no âmbito da Organização dos Estados Americanos, conseguiu aprovar a Resolução 2435 sobre direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero (NAGAMINE. 2019. Pp. 35 e 37). Em 2013, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou a Resolução no 175/2013, a qual proibia que cartórios se recusassem a celebrar casamento civil de homossexuais ou converter sua união estável em casamento, o que deu o direito de adotarem conjuntamente a muitos casais, porque a lei brasileira tem como um dos requisitos para adoção que o casal seja casado no civil. Em 2015, Zeid Ra’ad al-Husseini, alto comissário da ONU para direitos humanos da época, encaminhou um relatório cujo conteúdo era sobre discriminação e violência contra indivíduos baseada na orientação sexual e identidade de gênero, o que trouxe mais uma vez à baila a questão dos direitos dos LGBTQIAP+, já que fazer parte dessa sigla não torna alguém mais ou menos que outro à luz da DUDH.

Boa parte do preconceito que persiste contra a comunidade LGBTQIAP+ se dá por conta de religião e da crença de que existe e deve existir apenas um tipo de família, aquela do modelo nuclear. Dessa forma, qualquer avanço que se tenta fazer, em especial no âmbito internacional, dentro da ONU, é barrado por cerca de metade dos países membros ou mesmo observadores (dentre eles, o Vaticano, por exemplo) os quais, ou tem leis específicas de combate à homossexualidade, ou se utilizam arbitrariamente de outras leis para prejudicar os direitos dos LGBTQIAP+, mesmo que eles estejam assegurados pela DUDH. Renata Nagamine (NAGAMINE. 2019) que o conservadorismo tem medo de perder seu poder quando as pessoas perceberem que a “ideologia de gênero” que eles tanto pregam não existe de verdade.

“Na Assembleia Geral da ONU, a Santa Sé argumenta que elas não são categorias com as quais o direito internacional opera, nem são definidas por ele, o que tornaria a aplicação das normas internacionais desnecessariamente incerta e prejudicaria a capacidade estatal de efetivar diplomas legais de direitos humanos (The Holy See, 2008).

Seu incômodo era com o que se tem chamado de ‘ideologia de gênero’, isto é, com o uso político de teorias feministas para afirmar a não naturalidade do gênero – um ponto problemático para a Igreja Católica e a Direita Cristã – no intuito de sustentar que a heterossexualidade é uma construção social e que a afirmação da sua naturalidade tem contribuído para a inferioridade da mulher ao longo dos séculos.” (NAGAMINE. 2019. Pp. 38)

Não obstante, em 2011, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos conseguiu aprovar a realização e entrega do relatório A/HRC/19/41, cujo teor fala sobre leis e práticas discriminatórias e atos de violência contra indivíduos baseados na orientação sexual e identidade de gênero, objetivando criar um “guia” de “o que não se deve fazer” e dando recomendações de aspectos que podem e devem ser melhorados em todos os países. Especial atenção, em se falando de família, deve ser dada ao dispositivo V.F, porque ele fala expressamente que casais hetero e homossexuais devem ter os mesmos direitos em todas as instâncias, colocação essa que, trazida para o Brasil, assegura o direito aos casais homoafetivos de poderem adotar, uma vez que a legislação pátria já tinha concedido o direito de casamento e um dos requisitos para adoção é o casal estar casado no civil.

“The Human Rights Committee has held that States are not required, under international law, to allow same-sex couples to marry. Yet, the obligation to protect individuals from discrimination on the basis of sexual orientation extends to ensuring that unmarried same-sex couples are treated in the same way and entitled to the same benefits as unmarried opposite-sex couples. In some countries, the State provides benefits for married and unmarried heterosexual couples but denies these benefits to unmarried homosexual couples. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. 2011. Pp. 22)”

Constata-se, portanto, que o LGBTQIAP+ sempre integrou a sociedade, porém, em alguns momentos históricos a sociedade os condena e em outros não. Dessa forma, não há embasamento para que essa minoria seja tratada com preconceito e/ou excluída.

“A homossexualidade sempre existiu. Não é crime nem pecado; não é uma doença nem um vício. Também não é um mal contagioso, nada justificando a dificuldade que as pessoas têm de conviver com lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e intersexuais, buscam causas, parece que se está atrás de um remédio, de um tratamento para encontrar cura para algum mal identificado pela sigla LGBTI. É simplesmente, nada mais, nada menos, uma outra forma de viver, diferente do padrão majoritário. Mas nem tudo o que é diferente merece ser discriminado. Muito menos ser alvo de exclusão social. A origem da homossexualidade, não se conhece. Aliás, nem interessa, pois, quando se buscam causas, parece que se está atrás de um remédio, de um tratamento para encontrar cura para algum mal.” (DIAS, Maria Berenice; 2016, pp. 459-460)

4.2.ESCOLHA DO PERFIL DO ADOTADO

Adotar deveria ser um ato praticado por amor ao próximo, pelo desejo de se ter um filho, pela vontade de ajudar uma criança e/ou um adolescente a encontrar conforto em uma família ligada a ele por um laço de afetividade, independentemente das características físicas do menor. Mas, na realidade, não é necessariamente assim que funciona, pois, ao ser cadastrada e entrar na fila para adotar, a família pode escolher qual o perfil de quem deseja adotar.

O CNJ, órgão que administra o Cadastro Nacional de Adoção (CNA) e o Cadastro Nacional de Crianças e Adolescente Acolhidos (CNCA), constata que a maior parte dos pretendentes deseja adotar uma menina, branca, de até dois anos, sem doenças ou deficiência e sem irmãos, características as quais grande porcentagem das crianças aptas à adoção não preenche.

Segundo dados atualizados do CNJ¹⁵, no dia 08/04/2022, existem 3.788 crianças disponíveis ou vinculadas para adoção, assim subdivididas: 2.050 são meninos; 2.765 são pretas ou pardas; 3.509 são maiores de 2 anos; 37 tem doenças infectocontagiosas; 649 possuem deficiência física ou intelectual; e 2.045 tem um ou mais irmãos.

Em contrapartida, existem 33.011 pretendentes disponíveis¹⁶, os quais: 8.196 só aceitam meninas; 11.694 só aceitam crianças brancas; 6.170 só aceitam crianças com até 2 anos de idade; 2.450 só aceitam crianças sem doenças infectocontagiosas; 19.620 só aceitam crianças sem doenças; 30.920 só aceitam crianças sem deficiência física ou mental; e 20.720 só aceitam crianças sem irmãos.

¹⁵ <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ccd72056-8999-4434-b913-f74b5b5b31a2&sheet=4f1d9435-00b1-4c8c-beb7-8ed9dba4e45a&opt=currsel&select=clearall> Acesso em: 4 abr 2022

¹⁶ <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ccd72056-8999-4434-b913-f74b5b5b31a2&sheet=f6217f68-c638-49eb-9d00-ca8591a16175&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,currsel&select=clearall> Acesso em: 4 abr 2022

Quando aplicados todos os critérios acima citados, em todo o território nacional, somente 39 crianças são consideradas adequadas para quem deseja adotar, o que corresponde, apenas 1% das crianças disponíveis para adoção.

Nesse cenário de escolha do perfil do adotado, é importante voltar no tempo para o ano de 2011 para falar como era a relação entre adotante e adotado. Na época, não havia legislação ou mesmo jurisprudência consolidada sobre a possibilidade de adoção por casais homossexuais (ou mesmo reconhecimento da união homoafetiva como unidade familiar), de maneira que os poucos casos em que era concedida, tinham em comum que a criança preenchia ao menos algum requisito que a retirava do perfil procurado pela maioria dos candidatos a adotar (SPENGLER, 2011).

O debate trazido por Spengler diz respeito a decisões do Judiciário que começaram a priorizar a questão socioafetiva visando o melhor interesse da criança e do adolescente, apesar do postulante ser homossexual¹⁷. Além disso, outra problemática que vale menção é que a aprovação da adoção para um homossexual era “garantida” se o futuro adotado tivesse algum problema de saúde, física ou mental, o que levantou uma discussão no sentido de que se os homossexuais só podem adotar os indesejados pelos casais heterossexuais e isso não seria uma maneira de discriminação, ainda mais porque, na ocorrência de percalços no desenvolvimento do criança, a culpa do problema seria da sexualidade da figura materna/paterna (SPENGLER, 2011).

“Assim, definir a adoção por pares homossexuais como o melhor caminho para colocação em família substituta de crianças que ninguém quer é discriminar duas vezes. Primeiro, discrimina-se a criança, por sua doença, por sua origem, por marginalidade e, depois, discrimina-se o homossexual, por sua orientação sexual, por sua forma de ser e de viver. Esta discriminação vem estampada quando se entende (e os interlocutores fazem tais informações de uma forma séria e condoída, como se estivessem resolvendo dois problemas de uma vez só) que crianças marginalizadas devem, ou podem, ser adotadas por casais homossexuais, porque os demais cidadãos procuram bebês saudáveis, rechochudos, louros e de olhos azuis (os conhecidos “bebês Johnson’s) e, conseqüentemente, não as querem.” (SPENGLER, 2011. p. 361)

Outra questão importante no tópico é se a possibilidade para escolha do adotado iria de encontro aos princípios de proteção à criança porque seria priorizada aqui a vontade dos futuros pais e não o melhor interesse do adotado (GUILHERME, 2018). Talvez o problema não seja exatamente viabilizar ao adulto a escolha de um perfil ideal, mas sim o sistema de adoção brasileiro que distancia o adotante do adotando até o momento da vinculação oficial entre os dois, isto é, quem deseja adotar não tem acesso às instituições onde estão as crianças,

¹⁷ Acórdão na AP 70013801592 de abril de 2006 no TJRS. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20004490/apelacao-civel-ac-70039044698-rs/inteiro-teor-20004491>

de forma que o vínculo afetivo entre os dois só passa a ocorrer quando já se tem uma criança específica que se enquadra nos moldes idealizados, minando a chance de um menor fora do padrão pretendido cativar o adotante (DIAS, 2017).

4.3.NECESSIDADE DE PREVISÃO LEGAL?

A família é considerada a base social, desfrutando assim, de proteção especial do Estado e é a partir daí que a Constituição Federal, em seu art. 226, § 3º, define entidade familiar como a “*união estável entre o homem e a mulher*”. Tal redação, se interpretada literalmente, excluiria a maior parte dos núcleos familiares, já que famílias compostas por mãe solo, neto e avó, etc., não estão dentro do requisito.

Essa problemática se complica ainda mais quando se fala de pessoas LGBTQIAP+ querendo o reconhecimento de que aquilo que elas possuem é uma família e que elas também têm o direito de ter filhos registrados com o nome dos dois pais ou das duas mães, no caso de casais homoafetivos. Até porque não há outra legislação admitindo este arranjo familiar, cabendo à doutrina e, principalmente, para a jurisprudência decidir sobre o assunto. (SPENGLER, 2011)

Até pouco tempo atrás, para adoção conjunta, era necessário que os adotantes fossem casados civilmente para poder fazer o pedido, sendo que a união estável de homossexuais sequer era reconhecida e, caso decidissem pela adoção, ela teria que ser feita na modalidade unilateral, não vinculando assim o parceiro ou a parceira. Consequentemente, os direitos e deveres advindos da condição de pais e filhos não se aplicavam ao parceiro(a). Assim, o infante ficava sem segurança jurídica porque não tinha direito à sucessão, à previdência, a alimentos e mesmo à convivência com pai/mãe que não o adotou legalmente, em caso de separação ou morte. (SPENGLER, 2011)

Em 2011, o STJ julgou emblemático o REsp 889.852/RS que tratava do pedido de adoção pela companheira da mulher que constava na certidão de nascimento das duas crianças. Em resumo, os irmãos foram legalmente adotados por apenas uma das mulheres da relação, mas, desde o momento que eles chegaram, foram tratados como filhos pelas duas e assim eles as conhecem, ambas sendo mães deles. Na ocasião, o ministro João Otávio de Noronha colocou em seu voto que ambas são mães das crianças e não reconhecer isso legalmente é preconceito.

“Aproveito a oportunidade para dizer que o fato de ser uma relação homoafetiva não traz nenhuma influência na opção sexual dessas crianças ou na futura opção sexual desses meninos adotados. A experiência nos mostra que isso não tem nada a ver.

Segundo ponto: não vamos permitir a adoção e impedir que essas crianças tenham uma melhor assistência médica, melhor assistência social, que usufruam das rendas ou de uma eventual pensão dessa segunda pretensa adotante? Vamos deixar as crianças em abrigos públicos? Porque agora está assim, vêm com todo esse formalismo e apelo moral mas deixam a criança no abrigo, onde sofre violência. Aliás, ressalto importante aspecto que ouvi no voto segundo o qual as crianças chegam desses abrigos maltratadas, sempre com lesões e marcas. Que são reduzidas as chances de uma criança ser adotada após os quatro anos de idade..., porque, depois dos quatro anos, geralmente, não se encontra quem as adote, ficando fadadas a serem mantidas em patronatos até os dezoito anos, e o que é pior, com as consequências de convivências no mais das vezes negativas.

Terceiro, **precisamos parar com essa falsidade, quiçá hipocrisia, de que elas podem fazer mal aos meninos**. As famílias de pais heteros têm nos dado seguidos exemplos de maus tratos às crianças. As periferias nos mostram pais maltratando e estuprando as próprias filhas. Então, **não se pode supor que o fato de as adotantes serem duas mulheres ou que vivam uma relação homoafetiva possa causar algum dano**. Dano causa a manutenção do menor no abrigo ou dano causará ao interesse das crianças a não adoção. A adoção melhora, e muito, as condições de assistência médica e social; isso está positivado no acórdão recorrido.” (grifo nosso)

No mesmo ano, por unanimidade, o STF decidiu, na ADI 4.277 e ADPF 132, que a união de pessoa do mesmo sexo também constitui um núcleo familiar e equiparou esse tipo de união a qualquer outro tipo de união estável, pontuando que a CF/88 é muito clara em destacar a igualdade entre as pessoas quando, por exemplo, em seu art. 5º, XLI, diz que a lei deve punir atos que atentem contra os direitos fundamentais, sendo o direito de constituir família considerado fundamental (BRASIL, 1988).

O ministro Luiz Fux, em seu voto na ADI 4277, fez uma observação sobre o que deveria ser analisado quando se fala do assunto:

“Impende estabelecer algumas premissas fundamentais para a apreciação da causa. A primeira delas, bem retratada nas petições iniciais e nas diversas manifestações dos amici curiae, é a seguinte: **a homossexualidade é um fato da vida**. Há indivíduos que são homossexuais e, na formulação e na realização de seus modos e projetos de vida, constituem relações afetivas e de assistência recíproca, em convívio contínuo e duradouro – mas, por questões de foro pessoal ou para evitar a discriminação, nem sempre público – com pessoas do mesmo sexo, vivendo, pois, em orientação sexual diversa daquela em que vive a maioria da população.

A segunda premissa importante é a de que **a homossexualidade é uma orientação e não uma opção sexual**. Já é de curso corrente na comunidade científica a percepção – também relatada pelos diversos amici curiae – de que a homossexualidade não constitui doença, desvio ou distúrbio mental, mas **uma característica da personalidade do indivíduo**. Sendo assim, não parece razoável imaginar que, mesmo no seio de uma sociedade ainda encharcada de preconceitos, tantas pessoas escolhessem voluntariamente um modo de vida descompassado das concepções morais da maior parte da coletividade, sujeitando-se, sponte propria, à discriminação e, por vezes, ao ódio e à violência.

[...]

A quarta das premissas: **os homossexuais constituem entre si relações contínuas e duradouras de afeto e assistência recíprocos, com o propósito de compartilhar meios e projetos de vida**. Isso simplesmente ocorre, como sempre ocorreu (ainda que, em muitos casos, secretamente) e decerto continuará a ocorrer. De acordo com os primeiros resultados definitivos do Censo 2010 do IBGE (disponíveis em ; consulta em 30.04.2011), atualmente há mais de 60.000 (sessenta mil) uniões

homoafetivas declaradas no Brasil, sendo perfeitamente presumível que muitas outras não tenham sido declaradas no último recenseamento populacional do país.”

Todavia, ainda restava a barreira do casamento como requisito para pleitear a adoção e foi justamente nesse ponto que o STF, em 2017, no julgamento do RE 878694 e RE 646721, equiparou, para os efeitos sucessórios e patrimoniais a união estável ao casamento, dispondo que não há argumento legal que justifique a diferenciação entre cônjuge e companheiro, mesmo que se tratasse de casais do mesmo sexo.

Percebe-se, portanto, que apesar de não haver legislação específica que permita a adoção por casais homoafetivos, sempre que seguir o melhor interesse do menor (DIAS, 2021), a jurisprudência tem ido na direção inclusiva ao equiparar os direitos e deveres dos casais homoafetivos aos de casais heterossexuais.

5.RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

5.1.ASPECTOS GERAIS E CONCEITUAIS

A palavra “responsabilidade” tem sua origem no latim e remete à percepção de que algo foi prometido e/ou garantido a outrem por meio de contratos verbais. Em outras palavras, inicialmente, trazia consigo a noção de que um contrato foi firmado e as partes acordaram contraprestação uma para com a outra a partir da qual, no caso de descumprimento de uma das partes, a que quebrou o contrato deveria ressarcir a que o respeitou (VOGETTA, 2008).

Para Sérgio Cavalieri Filho (2011), a ideia de responsabilidade relaciona-se com a inexecução ou execução falha de um ato que passa a ser ilícito e, portanto, quem o cometeu, deve reparar o prejuízo que causou.

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, 2011, p. 37)

Dessa forma, primeiro é necessário falar em dever jurídico como “a conduta externa de uma pessoa imposta pelo Direito Positivo por exigência da convivência social” (CAVALIERI, 2011, pp. 37), por meio do qual são criadas obrigações (dever originário) e cujo descumprimento resulta na responsabilidade (dever sucessivo) de reparação do dano causado. Por exemplo, o art. 927, CC, dispõe sobre a obrigação de indenizar, gerada pela prática de ato ilícito por parte de um ou mais indivíduos, o que, dentro do Direito Obrigacional, acarreta a responsabilidade civil deste(s).

Assim, enquanto atos lícitos decorrem de uma obrigação (dever originário), a prática de atos ilícitos enseja responsabilização por parte de quem os cometeu (obrigação sucessiva), ou seja, a prática de ato ilícito (lesão antijurídica e culposa de normas de conhecimento geral) tem de estar relacionada ao descumprimento de uma obrigação originária (CAVALIERI, 2011, pp. 47).

Além disso, existem três principais maneiras de se classificar, iniciando-se pelo fato que gerou o dever de responsabilizar (ato ilícito), também pelo fundamento do fato e depois com relação ao agente que praticou a ação ou omissão que lesou o outro (VOGETTA, 2008).

Quando se fala em fato gerador, a responsabilidade se origina de um contrato por meio do qual as partes assumem entre si obrigações que, caso descumpridas, geram o dever de

indenizar ou também, pode ser extracontratual, caracterizada pela ausência de vínculo prévio entre as partes, mas que, por meio de uma conduta, a moral ou o patrimônio alheio foi prejudicado (VOGETTA, 2008).

Quanto ao fundamento, a responsabilidade por ser dividida entre subjetiva e objetiva. Na primeira, a análise será feita a partir de elementos subjetivos, os quais, normalmente, acabam por reduzir a culpa do lesante (VOGETTA, 2008). Já, na segunda, a base se dá pela ideia de risco da atividade que está sendo desenvolvida ou no dano do lesado, desconsiderando-se a conduta ou o risco da atividade desenvolvida por quem lesou.

Quanto ao agente que praticou ou se omitiu de praticar uma ação, tem a responsabilidade direta na qual quem realizou a conduta lesiva é quem terá o direito de indenizar e, tem a responsabilidade indireta ou complexa em que a conduta lesiva foi praticada por terceiro, com que se tem algum tipo de vínculo jurídico por meio do qual um é responsável pelo outro, como, por exemplo, pais são responsáveis pelas condutas realizadas por seus filhos menores (VOGETTA, 2008).

O último ponto importante a ser debatido nesse segmento é a multifuncionalidade da responsabilidade civil que pode ser dividida em três diferentes funções complementares entre si: a reparatória; a punitiva; e a precaucional.

A função reparatória visa uma compensação por meio da transferência de patrimônio do que lesou para quem foi lesado (ROSENVALD; FARIAS; NETTO, 2019). Aqui se pode falar sobre os tipos de tutelas que compõem, em parte, essa função: a mais comumente encontrada é a tutela restitutória que se materializa na satisfação *in natura* do prejuízo causado; em seguida, há a tutela ressarcitória, a qual visa a compensação do prejuízo econômico e “opera numa parcial compensação de caráter intersubjetivo”; o terceiro tipo de tutela é a satisfativa, por meio da qual se pretende restaurar uma estrutura de interesses prévia ao dano (MAZZAMUTO, 2009).

Todavia, chama-se atenção para a questão de que a restituição daquele que sofreu dano opera apenas na satisfação a nível individual, isto é, mesmo que o dano tenha sido direcionado a uma pessoa, a sociedade também é atingida, mas esta não obtém indenização (ROSENVALD; FARIAS; NETTO, 2019).

Já a função punitiva existe para garantir que uma sanção correspondente ao dano seja aplicada a quem o causou e que isso desestimule demais atos que possam causar danos a outrem. Isto é, o Estado encontrou na admissão de sanções punitivas civis uma maneira de agir preventivamente na conciliação de embates os quais uma das partes detinha

“superioridade” perante a outra, como numa relação de consumo, por exemplo (ROSENVALD; FARIAS; NETTO, 2019).

Por fim, a função precaucional serve como um véu condutor do desestímulo a práticas de atividades que possuem o potencial de causar danos a outrem, isto é, produz efeitos inibitórios para com o ato danoso. Nesse sentido, resta ainda a diferenciação entre risco e ameaça, sendo a segunda definida pelo potencial isolado de causar dano e o primeiro como o resultado da multiplicação das probabilidades de ocorrência de dano com a ameaça de causá-lo (ROSENVALD; FARIAS; NETTO, 2019).

5.2.PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA

A doutrina francesa serviu de inspiração para a postulação do art. 186, CC, com os três pressupostos geradores da responsabilidade civil subjetiva: conduta culposa (ou dolosa) do agente; nexo causal; e dano real. Seguindo, a conduta do agente tem de, necessariamente, envolver vontade de agir/de não agir com negligência, imprudência ou imperícia que se traduza na violação de direito ou seja causa de dano a outrem (CAVALIERI, 2011, pp. 53). Só assim a capacidade de responsabilização da pessoa cria corpo e o dever de indenizar é gerado.

O primeiro pressuposto para que seja criada a obrigação de indenizar é a realização de uma conduta culpável aferida a partir da expectativa de como uma pessoa média deveria agir no mundo ideal. Dentro dessa conduta culposa, diferencia-se o dolo, que é quando a pessoa deliberadamente pretende lesar o outro, da culpa, que ocorre quando se age de maneira negligente e/ou imprudente (GONÇALVES, 2021).

Ainda se falando de culpa, ela pode ser dividida em graus, a depender justamente do quanto a conduta culposa desviou da esperada, mesmo que o CC não faça distinção entre dolo e culpa. Em primeiro lugar, vem a culpa levíssima, caracterizada por uma situação que só teria sido evitada se o lesante tivesse atenção extrema, não estando então no rol de condutas tão esperadas pelo homem médio. Em segundo lugar, está a culpa leve, que diz respeito a uma conduta que poderia ter sido evitada se o agente tivesse um pouco mais de atenção. Por fim, está a culpa grave, que se aproxima da ideia de dolo, tendo em vista que a pessoa pratica uma conduta que se afasta bastante do que se espera do tal homem médio (GONÇALVES, 2021).

Enfatiza-se que o valor a ser pago para a reparação não pode exceder o valor do dano causado, todavia, de acordo com o art. 944, CC, essa indenização também não pode ser inferior à lesão. Além disso, o parágrafo único desse mesmo dispositivo coloca como função do juiz corrigir desproporções que possam vir a ser peticionadas numa ação indenizatória (GONÇALVES, 2021).

O nexo causal aparece como o segundo pressuposto da responsabilidade civil, uma vez que é a partir dele que se comprova a relação causal entre conduta e dano. Assim, o que importa é o resultado do ato (elemento objetivo), somente após essa análise o elemento subjetivo da conduta será observado (CAVALIERI, 2021).

Em suma, o nexo causal é um elemento referencial entre a conduta e o resultado. É um conceito jurídico-normativo através do qual poderemos concluir quem foi o causador do dano. Nesse sentido, a jurisprudência: “A imputação de responsabilidade civil, objetiva ou subjetiva, supõe a presença de dois elementos de fato (a conduta do agente e o resultado danoso) e um elemento lógico-normativo, o nexo causal (que é lógico, porque consiste num elo referencial, numa relação de pertencibilidade entre os elementos de fato; e é normativo, porque tem contornos e limites impostos pelo sistema de direito”).

Pode-se ainda afirmar que o nexo de causalidade é elemento indispensável em qualquer espécie de responsabilidade civil. Pode haver responsabilidade sem culpa, como teremos oportunidade de ver quando estudarmos a responsabilidade objetiva, mas não pode haver responsabilidade sem nexo causal. (CAVALIERI, 2021, pp, 83-84)

Como todos tipo de conceitos, são utilizadas diferentes teorias na tentativa de explicá-los da melhor maneira. É aí que surge a teoria da equivalência de antecedentes que, como o próprio nome sugere, diz respeito à ideia de que existe uma condição (todo os antecedentes de um fato) por meio da qual chegou-se ao fato e, para saber se a origem da lesão se deu nessa condição, são verificados com o mesmo peso todos os atos que vieram antes. No entanto, a crítica que se tem a essa teoria é que ela indica uma regressão infinita do nexo causal, o que acabaria por trazer à ação de indenização mais agentes do que o necessário (CAVALIERI, 2021).

A segunda teoria e a mais aceita no Brasil foi positivada pelo art. 403, CC, e se chama teoria da causalidade adequada ou da regularidade causal cujo cerne é a ideia de um provável acontecimento do resultado o que torna necessária a análise de cada caso. Entretanto, não é porque só se fala em inexecução que não se pode aplicar à responsabilidade delitual da mesma forma se se aplica a responsabilidade contratual (TARTUCE, 2022).

Deve-se lembrar também que não necessariamente a conduta mais próxima do fato é a que deu causa a ele, pode ser mera concausa. O que importa é verificar qual foi a ação específica que gerou o dano para que assim possa ser ou não caracterizado o nexo causal.

Quando se fala em “dano”, a primeira coisa que vem à cabeça é a ideia de lesão a um bem jurídico, podendo tanto ele ser patrimonial como extrapatrimonial (ALVIM, 1972), podendo o primeiro ser integrado por dano emergente (o que realmente aconteceu) e lucro cessante (o que se deixou de ganhar), e o segundo corresponder a uma ofensa que lhe foi proferida, a uma seqüela decorrente de operação médica frustrada etc. (GONÇALVES, 2021).

Outra distinção entre os tipos de dano é a de dano direto e indireto. Enquanto o primeiro é dirigido diretamente ao bem jurídico do lesado, o segundo, também chamado “reflexo” ou “em ricochete”, dirige-se ao lesado, mas afeta uma terceira pessoa como, por exemplo, situações em que é vítima de algum tipo de agressão moral e esta atinge os demais membros da família, então estes têm o direito de pedir indenização por dano moral reflexo (GONÇALVES, 2021).

Atualmente, novas categorias de danos têm sido reconhecidas pela jurisprudência, como é o caso do dano por perda de uma chance, dano social e dano moral coletivo. O dano moral coletivo decorre de comportamentos sociais reprováveis que perturbam a tranquilidade da vida coletiva, porém, diferente de outras espécies de dano, a indenização é destinada a algum fundo de proteção ou instituição de caridade, dando assim uma aplicação social para a responsabilidade civil (GONÇALVES, 2021).

Por sua vez, o dano moral coletivo diz respeito à ofensa grave e intolerável à esfera moral de valores coletivos de certa comunidade (CARLOS ALBERTO BITTAR FILHO), o que gera dever de indenizar, desde que a conduta lesiva gere sensações de indignação, de humilhação, de perda de estima e outras que ofendam a dignidade humana como ocorre, por exemplo, quando uma pessoa é proibida de doar sangue somente pelo fato de ser homossexual, mesmo que, desde a aprovação do PL 2.353/2021¹⁸, essa discriminação tenha sido proibida (GONÇALVES, 2021).

Nas palavras do próprio Cavalieri (2011), a violação de um direito gera o dever de indenizar do art. 927, CC, e diz respeito a:

“todo e qualquer direito subjetivo, não só os relativos, que se fazem mais presentes no campo da responsabilidade contratual, como também e principalmente os absolutos, reais e personalíssimos, nestes incluídos o direito à vida, à saúde, à liberdade, à honra, à intimidade, ao nome e à imagem” (CAVALIERI, 2011, pp. 53)

¹⁸ <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/11/04/aprovado-projeto-que-proibe-discriminacao-de-doadores-de-sangue-por-orientacao-sexual#:~:text=Aprovado%20projeto%20que%20pro%20discrimina%20discrimina%C3%A7%C3%A3o%20de%20doadores%20de%20sangue%20por%20orienta%C3%A7%C3%A3o%20sexual.-,Compartilhe%20este%20conte%C3%BAdo&text=O%20Senado%20aprovou%2C%20nesta%20quinta.com%20base%20na%20orienta%C3%A7%C3%A3o%20sexual>

Vale falar ainda sobre a diferença trazida por Carlos Roberto Gonçalves (2021) entre “ressarcimento”, que se refere ao pagamento de todo o prejuízo material sofrido já explicado anteriormente; “reparação”, que diz respeito a uma compensação que minore o dano moral sofrido; e “indenização”, que também é uma compensação, mas essa é decorrente de ato lícito praticado pelo Estado, mas que lesou um particular. Todavia, no art. 5º, V e X, CF, a indenização é colocada como gênero do qual o ressarcimento e a reparação são espécies. (GONÇALVES, 2021, pp. 301).

5.3.PRINCÍPIOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Nas áreas que envolvem seres humanos e a maneira como eles se relacionam entre si e com a legislação a sua volta, há de se falar no princípio da dignidade da pessoa, pois a dignidade é indissociável da condição humana cabendo ao Direito a função de protegê-la e promovê-la (ROSENVALD; FARIAS; NETTO, 2019).

Em se falando de responsabilidade civil, aplica-se a dimensão ontológica da dignidade da pessoa humana que dá ao Estado Democrático de Direito a responsabilidade de promover mecanismos de indenidade da pessoa humana como, por exemplo, alguém que pleiteia junto ao Judiciário uma indenização por dano moral e material da esfera cível após ter sido vítima de um acidente automobilístico em que a outra parte, mesmo tendo provocado o acidente, se recuse a pagar os danos gerados ao carro (ROSENVALD; FARIAS; NETTO, 2019, pp. 48).

Além disso, é a partir da interpretação do princípio da dignidade da pessoa humana, presente na Constituição Federal de 1988, que existe a responsabilidade civil objetiva, uma vez que vem sendo dada maior importância para os direitos da pessoa (e de sua personalidade). Para tanto, passou-se a focar na reparação integral das lesões (danos) sofridas o que, a depender de quem for a vítima e a agressora, independe da comprovação de culpa (VOGETTA, 2008).

Um segundo princípio importante quando se fala em responsabilização de uma pessoa é o da solidariedade, o qual baseia-se na reparação do dano causado, mesmo que aquele que foi ofendido tenha dificuldade em provar diretamente a ligação entre agente e dano. É aqui que se pode falar em coletivização da responsabilidade por algum ato no sentido de que, quando um agente pode funcionar como segurador universal dos danos causados a certos

setores da sociedade (ROSENVALD; FARIAS; NETTO, 2019, pp. 53), a exemplo da possibilidade de responsabilização do Estado em situações que o Judiciário deveria ter agido de uma forma, mas não o fez ou não o fez de maneira correta.

Em terceiro lugar, está o princípio da prevenção como cerne da responsabilidade civil contemporânea (ROSENVALD; FARIAS; NETTO, 2019), uma vez que, como o próprio nome insinua, a ideia é diminuir, na medida do possível, a quantidade de conflitos decorrentes da ação ou omissão de uma das partes envolvidas numa situação que pode resultar em lesão que necessite ser reparada. Isto é, trabalha-se aqui com a criação de estratégias que previnam a ocorrência do dano para que, no futuro, não se tenha que consertar um problema que poderia ter sido evitado (MADRUGA, 2017).

O último e não menos importante princípio da responsabilidade civil é o da reparação integral, traduzido no art. 944, CC, e que exerce as funções compensatórias, no que tange à reparação total do dano; indenitória, na vedação ao enriquecimento ilícito; e concretizadora, ao se fazer a avaliação dos prejuízos efetivamente sofridos, características da justiça corretiva, fruto da diretriz de eticidade de Miguel Reale (ROSENVALD; FARIAS; NETTO, 2019, pp. 57).

Ressalta-se ainda que o disposto no art. 944, p. ún., CC¹⁹, deve ser aplicado restritivamente e serve para “evitar que a reparação integral dos danos prive o ofensor do mínimo necessário à sua sobrevivência, em prestígio dos princípios da dignidade humana e da solidariedade” (CAVALIERI, 2011, pp. 49). Em outras palavras, dar ao juiz a função de arbitrar o valor a ser pago de indenização é uma forma de fazer valer a máxima da reparação integral a partir da régua da equidade.

5.4.RESPONSABILIDADE ESTATAL

A imputação de responsabilidade ao Estado por ação ou omissão, assim como a responsabilidade civil e penal, também passou por diferentes fases até chegar ao momento atual em que, por regra, é aplicada a responsabilidade objetiva em razão da teoria do risco

¹⁹ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

administrativo, o que não exclui a existência de responsabilização na forma subjetiva (CAVALIERI, 2011).

Iniciamos pela teoria da irresponsabilidade do Estado perante danos causados àquele que habitava em suas fronteiras, nascida por volta do final do século XV. A justificativa dada era de que, como o Estado é soberano, não há relação de igualdade para com seus súditos, além da ideia de que quem fez o ordenamento jurídico não possui a faculdade de violá-lo, de forma que não poderia ser responsabilizado (CAHALI, 2007).

No pós-Revolução Francesa, surgiu a teoria da culpa civilística, a qual equiparava o Estado às pessoas de direito privado, de modo que, se fosse provado que um funcionário, num ato de gestão, agiu de forma culposa, o Estado poderia vir a ser condenado a pagar indenização. Destaca-se aqui uma diferenciação entre “ato gestão”, como aquele praticado quando na administração de seu patrimônio e passível de indenização, e “ato de império”, como aquele praticado no exercício do poder de polícia que lhe é típico. Entretanto, essa teoria não trazia instrumentos suficientes que pudessem proteger o lesado, uma vez que era fácil haver confusão na hora de tipificar se foi um ato de gestão ou um ato de império que lesou o proponente de indenização (VOGETTA, 2008).

A terceira teoria na linha de evolução geral da responsabilidade civil do Estado é a da culpa administrativa ou culpa do serviço, advinda da doutrina francesa, que utilizava a culpa num sentido figurado, num sentido de que quem seria responsabilizada pela lesão era a instituição que falhou em assegurar/fornecer o serviço e não o agente público que deveria ter sido efetivo na realização de sua atribuição (SILVA, 1985).

Chegou-se então à responsabilização do Estado sob a ótica da teoria do risco administrativo. Nos termos de Vogetta (2008):

“A responsabilidade do Estado, considerada pela ótica da teoria do risco administrativo, conduz a pessoa jurídica de direito público à obrigação de reparar o dano sofrido pelo particular por conduta de agentes estatais, segundo o princípio da repartição equitativa do ônus e encargos públicos a todos da sociedade, num sentido claro de objetivação e socialização dos prejuízos oriundos daquela conduta.” (VOGETTA, 2008, pp. 81)

Em se falando de Brasil, desde 1946, utiliza-se a teoria do risco administrativo significando que a obrigação de indenizar do Estado só é afastada quando comprovada culpa exclusiva da vítima ou caso fortuito/força maior. Caso não seja comprovado, a responsabilidade é objetiva (ROSENVALD; FARIAS; NETTO, 2019).

Dito isso, para que se possa discutir a responsabilização do Estado, é necessário fazer a distinção entre ato jurisdicional e ato judicial. O primeiro diz respeito às manifestações do magistrado no curso de um processo cujas decisões tomadas sejam de conteúdo deliberativo,

de modo que a questão se dá em razão da matéria, não de quem pratica o ato. Já o segundo, se refere ao gênero do qual os atos jurisdicionais e não-jurisdicionais são espécies (VOGETTA, 2008).

Necessário ainda definir o que são os atos não-jurisdicionais e a que eles estão ligados. Estes dizem respeito a atos de gestão, atos materialmente administrativos que devem ter o mesmo tratamento dos atos administrativos realizados pelo Executivo, independentemente de ter como agente um juiz (VOGETTA, 2008).

Outrossim, da mesma forma que há a responsabilidade civil de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, existem requisitos para que o Estado possa ser responsabilizado por alguma conduta comissiva ou omissiva. São eles a conduta do agente, seguido do dano causado e da comprovação do nexo de causalidade entre os dois anteriores.

Com relação a isso, vale ressaltar que, para ser considerado agente, aquele que praticou a conduta que ensejou o pedido de indenização tem de ter ao menos a aparência de agente do Estado (estar como seu representante no momento), considerando-se aqui a teoria do funcionário de fato.

Além disso, em se tratando do dano causado pelo Estado (ou um de seus agentes) a um bem jurídico particular, esse dano deve referir-se a um direito existente antes da ocorrência do fato, caso contrário, a comprovação do nexo de causalidade entre conduta e dano resta prejudicada.

Por fim, quando o Estado pratica uma conduta lícita que acaba por causar dano a outrem, caso preenchidos os requisitos, a reparação se dará baseada no princípio da isonomia e, quando o Estado pratica conduta ilícita, essa mesma reparação terá o princípio da legalidade como norte.

5.5.POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO

Em um Estado Democrático de Direito, tem-se que o direito é visto como um instrumento de transformação social, a partir do qual subentende-se uma prestação jurisdicional digna para com seus cidadãos. Aqui, a função jurisdicional de um Estado passa a ser o foco das tensões, já que é para o Judiciário que as pessoas vão quando se pretende ter algum direito assegurado (STRECK).

Além disso, em se tratando de conduta omissiva do Estado, ela se divide em dois tipos: a omissão específica, que ocorre quando se tem um dever específico não realizado, ou seja, a vítima estava sob proteção/guarda do Estado, o que tem como consequência um resultado danoso direto e imediato, enseja responsabilidade objetiva; e a omissão genérica, em que há o dever legal de agir, mas deixa-se de fazê-lo, normalmente está ligado a uma espécie de fiscalização que deveria estar sendo feita, mas, como não foi, ensejou na responsabilidade subjetiva do dever de indenizar(CAVALIERI, 2011).

Outro ponto importante na discussão é a existência do dano moral coletivo, previsto no art. 1º, Lei 7.347/85 (da Ação Civil Pública)²⁰, e decorrente de atividade de risco realizada pelo Estado, de modo a ensejar responsabilidade objetiva. Conceitua-se como dano moral coletivo o:

“sentimento de despreço que afeta negativamente toda a coletividade pela perda de valores essenciais; sentimento coletivo de comoção, de intranquilidade ou **insegurança pela lesão a bens de titularidade coletiva**, como o meio ambiente, a paz pública, **a confiança coletiva**, o patrimônio (ideal) histórico, artístico, cultural, paisagístico etc.” (CAVALIERI, 2011, pp. 54. grifo nosso)

Nesse sentido, pode-se dizer que a omissão na prestação jurisdicional do direito de constituir família, utilizando-se apenas da argumentação preconceituosa de que casais assumidamente homossexuais não devem ter esse seu direito garantido, afeta não só o casal, mas toda a comunidade LGBTQUIAP+ (e o resto da sociedade em si), porque crianças e adolescentes estão sendo privados de conviver com a diferença e de normalizar a existência de famílias diferentes da tradicional, de forma que a confiança de um grupo se vê abalada, podendo assim caracterizar um dano moral coletivo.

Apesar disso, protocolar uma ação civil pública para obter indenização do Estado por ter gerado dano a toda uma comunidade não parece a melhor alternativa, porque a própria lei da ação civil pública define que o dinheiro recebido da responsabilização da Administração Pública deve ir para um Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD)²¹, a ser gerido por

²⁰ Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: [\(Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011\)](#)

I - ao meio-ambiente;

II - ao consumidor;

III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. [\(Incluído pela Lei nº 8.078 de 1990\)](#)

V - por infração da ordem econômica; [\(Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011\).](#)

VI - à ordem urbanística. [\(Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001\)](#)

VII – à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos. [\(Incluído pela Lei nº 12.966, de 2014\)](#)

VIII – ao patrimônio público e social. [\(Incluído pela Lei nº 13.004, de 2014\)](#)

²¹ Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados. [\(Regulamento\)](#) [\(Regulamento\)](#) [\(Regulamento\)](#)

Conselhos Estaduais ou Federal em que terá participação o Ministério Público e alguns representantes da comunidade ofendida.

Em suma, mesmo sendo uma boa maneira de garantir compensação pelo preconceito sofrido, essa compensação não ajudará direta e especificamente a família que foi lesada.

Passando para o cerne da questão de quando é que o Estado pode e quando não pode ser responsabilizado por seus atos que geraram danos a outrem. Primeiro, ao contrário de como a jurisprudência vem tratando o assunto da responsabilização da Administração Pública pelas condutas praticadas por seus agentes, em especial, os do Poder Judiciário, a lei deveria especificar quais são as hipóteses que não acarretam o dever de indenizar (VOGETTA, 2008).

Em segundo lugar, ressaltam-se alguns argumentos que não conseguem sustentar a tese de que, nem o Estado, nem o Judiciário têm o dever de indenizar. Quando os diferentes Poderes do Estado são convocados, sabe-se que eles são soberanos entre si, mas a soberania maior é do próprio Estado, de acordo com o art. 37, § 6º, CF²², de modo que não dá para conceder imunidade civil para qualquer dos poderes, sem prejudicar outro.

Já o argumento de que a responsabilização do judiciário ofenderia a coisa julgada, não se sustenta porque a intangibilidade e imutabilidade desta admite propositura de ação indenizatória própria. Com relação à independência dos magistrados, salienta-se que eles também não são imunes à responsabilização, uma vez que não só estão submetidos à legislação brasileira, como também devem ser competentes no exercício de suas atribuições.

A quarta alegação é de que o magistrado não seria funcionário público e, portanto, não poderia sofrer responsabilização, mas o conceito de agente do estado se aplica ao magistrado, já que ele está a serviço do Estado. Ademais, fala-se que o jurisdicionado está condicionado à falibilidade dos magistrados, visto que cometer erros é algo normal para um ser humano, porém, em caso de dano não reparado, toda a sociedade perde, pois abre-se um precedente para que outros erros na mesma linha também sigam sem a devida punição, dificultando assim a evolução de uma sociedade.

Por fim, dizer que a responsabilização da Administração Pública geraria um rombo nos cofres públicos não se sustenta, posto que a própria Carta Magna, regente do ordenamento jurídico brasileiro, diz que o Estado deve sim responder pelos danos gerados por seus agentes.

²² Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Se utilizarmos o art. 186, CC, temos que é utilizada a expressão “direito” o que, por conseguinte, admite maior possibilidade de situações que ensejam o dever de indenizar, já que podemos considerar como violação hipóteses que não estão expressas em leis ou regulamentos, mas que sejam direitos reconhecidos pelo todo social (GONÇALVES, 2021).

Seguindo esse raciocínio, como a CF prevê o princípio da igualdade para prevenir qualquer tipo de discriminação e tem a família como entidade protegida por ser a base da sociedade, mesmo que a lei não dissesse expressamente que casais homossexuais poderiam se casar e/ou adotar uma criança, esse direito era dado para os casais heterossexuais de forma que, como todos devem ser tratados da mesma forma, o direito se estenderia aos primeiros. Assim, se um juiz se recusasse a acatar o pedido de adoção de um casal baseado na orientação sexual, isso caracterizaria discriminação e geraria o dever de indenizar, mesmo que não tivesse previsto na legislação.

Entretanto, o raciocínio contrário ao do art. 186, CC²³, também é válido: não é possível responsabilizar alguém sem que haja uma obrigação correspondente, isto é, não se pode violar um direito (um dever jurídico) que não existia antes da prática do ato porque o nexo de causalidade não se caracterizaria (CAVALIERI, 2011).

Nesta situação, como não havia nem na legislação, nem no entendimento jurisprudencial algo que indicasse a possibilidade do casamento, da união estável e da adoção por casais homoafetivos, a recusa do juiz em conceder tais pedidos era mero cumprimento seco do ordenamento jurídico brasileiro, de maneira que não havia direito a ser violado, mesmo considerando a dignidade da pessoa humana e o próprio melhor interesse da criança e do adolescente, em se tratando da adoção.

Trazendo isso para os dias atuais, desde 2017, com a equiparação da união estável ao casamento, para todos os efeitos patrimoniais, um casal homoafetivo que vivia em união estável conseguiu um dos principais requisitos para pleitear a adoção o que, conseqüentemente, acarretou a aquisição de um direito básico que deve ser respeitado. Além disso, a decisão do STF que equipara a lgbtqiap+fobia ao crime de racismo, também deve ser considerada como direito adquirido pela comunidade.

Portanto, se um casal homoafetivo postular em juízo um pedido de adoção, caso ele cumpra todos os requisitos legais, e mesmo assim tiver seu pedido negado, está aberta a possibilidade de pedido de indenização para com o Estado por ato de racismo, desde que se consiga provar que a negatória ocorreu por preconceito.

²³ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar **direito** e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Finalmente, é necessário comentar que atestar a veracidade da ocorrência de uma situação dessas não é tarefa fácil, porque o sistema não facilita, ainda mais porque não há transparência com relação aos dados de quem está pleiteando adoção, ao se comparar todos os dados disponíveis no *site* do SNA. Como exemplo, só são mostrados o número total de pessoas na fila para adotar, enquanto tem todo um detalhamento de raça, idade e afins das crianças e adolescente a serem adotados.

6. CONCLUSÃO

O presente trabalho pretendeu compreender como se dá o funcionamento do processo de adoção desde sua origem até a conceituação atual, passando pela conquista de membros da comunidade LGBTQIAP+ em ter suas relações reconhecidas como legítimas e terminando na (im)possibilidade de responsabilização do Estado por não conceder a adoção para casais em função da orientação sexual destes. Para tal, o levantamento bibliográfico se concentrou, inicialmente, em artigos científicos que faziam revisão bibliográfica sobre o tema para depois recorrer a jurisprudências pacificadas, doutrina e outros trabalhos científicos.

Destarte, os estudos mais atuais e progressistas sobre adoção no Brasil trazem em si a ideia já discutida no decorrer da monografia de que o melhor interesse do adotando é o que realmente deve prevalecer, de modo que, se o adotante estiver dentro dos parâmetros exigidos pela lei, a orientação sexual e/ou identidade de gênero do adotante não deve pesar na decisão do magistrado em deferir ou não a adoção.

Em segundo lugar, percebe-se que todo o sistema que engloba as etapas do processo de adoção precisa de muitas melhorias, em especial, na falta de celeridade que os processos possuem, o que acaba por deixar uma criança ou adolescente que já poderia estar em uma família, mais tempo nas casas de acolhimento institucionais. Ademais, a insistência em reintegrar o menor à família biológica deveria ser repensada, pois pode acabar não sendo o melhor para o desenvolvimento e cuidado do menor.

Compreende-se também que um dos maiores problemas a serem enfrentados é a necessidade da desconstrução da ideia única de família e, dentro disso, de que também só existe um tipo de família homoafetiva. Assim sendo, fica claro o perigo do oferecimento de respostas únicas e automáticas para problemas sociais, uma vez que o entendimento do contexto em que aquele problema se encontra é muito mais importante do que a resposta em si.

Outra situação que pode ser depreendida a partir da pesquisa feita aqui é que, antes mesmo da possibilidade e do reconhecimento da adoção por pares do mesmo sexo, há toda uma luta que aos poucos vem sendo vencida no que diz respeito ao reconhecimento legal e social da família homoafetiva como um dos arranjos de organização familiar. Assim sendo, o que se tentou apontar aqui foram algumas das problemáticas que casais homossexuais enfrentam ao colocarem seus nomes na fila de adoção, em se tratando de preconceitos que passam ou já passaram.

Depreende-se, portanto, que a hipótese que ensejou a realização da presente monografia foi parcialmente confirmada, porque a sociedade brasileira, em termos de pensamento das massas, tem certo bloqueio para com ideais do campo progressista, mas, apesar disso, foram constatados avanços significativos no que tange os direitos de um casal não heterossexual cisgênero terem filhos.

Para mais, como o Brasil está dentro do espectro de um Estado Democrático de Direito, as pessoas têm direito à prestação jurisdicional digna a partir da qual, se o Judiciário falhar em garanti-la e isso gerar algum tipo de dano ao particular, nasce o dever de indenizar na medida da extensão do dano, independentemente de ter surgido de responsabilidade objetiva ou subjetiva.

Por derradeiro, ressalta que a discussão da adoção por casais homoafetivos ainda é incipiente não só na academia, mas sobretudo, na sociedade em si. Dessa forma, em caso de aprofundamento futuro no tema aqui tratado, é imprescindível uma coleta de dados que se aproxime mais das pessoas de quem se está tratando, para além da jurisprudência, como, por exemplo, a realização entrevistas com casais homoafetivos que passaram ou estão passando pelo processo da adoção para saber diretamente como está sendo ou foi a experiência para eles, como eles percebem que seus direitos estão sendo assegurados em todo o processo e informar que, atualmente, se você sofrer tratamento diferenciado em razão de sua orientação sexual, é sinal de preconceito e, se forem causados danos, é possível sim pedir indenização do Estado.

REFERÊNCIAS

- AMORIM, N. Uma análise sobre os princípios que norteiam o instituto da adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <https://naatlima3.jusbrasil.com.br/artigos/530496886/uma-analise-sobre-os-principios-que-norteiam-o-instituto-da-adocao-no-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente>. Acesso em: 30 nov. 2021.
- ARAÚJO, Ludgleydson Fernandes de; OLIVEIRA, Josevânia da Silva Cruz de; SOUSA, Valdiléia Carvalho de; CASTANHA, Alessandra Ramos. Adoção de crianças por casais homoafetivos: um estudo comparativo entre universitários de direito e de psicologia. *Revista Psicologia & Sociedade*. Vol. 19, no 2. Porto Alegre, may/aug., 2007. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822007000200013. Acesso em: 25 fev. 2022.
- BARANOSKI, MCR. A adoção em relações homoafetivas [online]. 2nd ed. rev. and enl. Ponta Grossa: Editora UEPG, 2016, 206 p. ISBN 978-85-7798-217-2. Disponível em: <http://books.scielo.org>. Acesso em: 23 set. 2021
- BARROSO, L. R., & Barcellos, A. P. de. (2003). O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista De Direito Administrativo*, 232, 141–176. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v232.2003.45690>. Acesso em: 20 set. 2022.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 30 maio 2022.
- BRASIL. Código Civil. Brasília, DF, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em: 30 maio 2022.
- BRASIL. Código de Menores. Brasília, DF, 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/16697.htm Acesso em: 30 maio 2022.
- BRASIL. Decreto nº 678. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm#:~:text=DECRETO%20No%20678%2C%20DE,22%20de%20novembro%20de%201969. Acesso em: 30 maio 2022.
- BRASIL. Decreto nº 99.710. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília, DF, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm Acesso em: 30 maio 2022.
- BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm Acesso em: 30 maio 2022.

BRASIL. Lei nº 4.655/65. Dispõe sobre a legitimidade adotiva. Brasília, DF, 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/14655.htm Acesso em: 30 maio 2022.

BRASIL. Lei nº 12.010/09. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. Brasília, DF, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm Acesso em: 30 maio 2022.

CARTILHA PASSO A PASSO Adoção de Crianças e Adolescentes no Brasil Campanha da AMB em favor da adoção consciente Campanha da AMB em favor da adoção consciente Felipe e Rosane adotaram os gêmeos Hélio e Maria Luiza. [s.l.] , [s.d.]. Disponível em: <https://www.defensoria.pb.def.br/criative/Documentos/Cartilha-adocaopassoapasso.pdf> Acesso em: 15 maio 2022.

CECILIO, Mariana Silva; SCORSOLINI-COMIN, Fabio. Avaliação de Candidatos Pretendentes no Processo de Habilitação para Adoção: Revisão da Literatura. *Psico-USF*, Campinas , v. 23, n. 3, p. 497-511, July 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1413-82712018230309> Acesso em: 19 maio 2021.

CECÍLIO, Mariana Silva; SCORSOLINI-COMIN, Fabio; SANTOS, Manoel Antônio dos. Produção científica sobre adoção por casais homossexuais no contexto brasileiro. *Revista Estudos de Psicologia (Natal)*. Vol. 18, no 3. Natal, july/sept., 2013. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-294X2013000300011&script=sci_arttext. Acesso em: 25 mar. 2021.

COITINHO FILHO, R. A. Sob o “melhor interesse”! O “homoafetivo” e a criança nos processos de adoção. *Revista Estudos Feministas*, v. 25, n. 2, p. 495–518, ago. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1806-9584.2017v25n2p495> Acesso em: 30 nov. 2021.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA. Disponível em: <https://crianca.mppr.mp.br/pagina-1069.html>. Acesso em 30 mar. 2022.

DIAS, Maria Berenice Crianças invisíveis: a prevalência hoje é da filiação socioafetiva. **Revista IBDFAM**. ed.31. fevereiro/ março 2017. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/6437/S%C3%A9rie+%E2%80%9CUM+olhar+sobre%20+a+ado%C3%A7%C3%A3o%E2%80%9D#:~:text=%E2%80%9CA%20preval%C3%Aancia%20hoje%20%C3%A9%20da,esquecidos%20em%20institui%C3%A7%C3%B5es%20de%20acolhimento>. Acesso em: 6 abr. 2022.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 14. Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

DIAS, Maria Berenice. Rumo a um novo ramo do direito. In: *Diversidade sexual e direito homoafetivo/ coordenação Maria Berenice Dias*. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2011. PP. 249-263

GATO, J.; FONTAINE, A. M. Homoparentalidade no masculino: uma revisão da literatura. *Psicologia & Sociedade*, v. 26, n. 2, p. 312–322, ago. 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-71822014000200008> Acesso em: 6 abr. 2022.

GUILHERME, G. Escolha do perfil do adotado e os princípios de proteção à criança - Jus.com.br | Jus Navigandi. Disponível em: <https://jus.com.br/imprimir/70847/a-escolha-do-perfil-do-adotado-em-contraposicao-aos-principios-de-protecao-a-crianca>. Acesso em: 7 abr. 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro – volume 6: direito de família*. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 148 - 162.

IBDFAM: Novos princípios do Direito de Família Brasileiro (1). Disponível em: [https://ibdfam.org.br/artigos/308/Novos+princ%C3%ADpios+do+Direito+de+Fam%C3%ADlia+Brasileiro+\(1\)](https://ibdfam.org.br/artigos/308/Novos+princ%C3%ADpios+do+Direito+de+Fam%C3%ADlia+Brasileiro+(1)) . Acesso em: 30 nov. 2021.

IBDFAM: Princípio do melhor interesse da criança: como definir a guarda dos filhos? Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1653/Princ%C3%ADpio+do+melhor+interesse+da+crian%C3%A7a+como+definir+a+guarda+dos+filhos%3F#:~:text=Considera%2Dse%20E2%80%9Cmelhor%20interesse%20da,primeira%20op%C3%A7%C3%A3o%20para%20o%20judici%C3%A1rio>. Acesso em: 30 mar. 2022.

Jornal do Senado - Especial Cidadania. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/noticias/jornal/cidadania/Ado%C3%A7%C3%A3o/not002.htm> .Acesso em: 9 set. 2021.

LÔBO, Paulo. Do poder familiar. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8371/do-poder-familiar>. Acesso em: 30 nov. 2021.

NAGAMINE, Renata Reverendo Vidal Kawano. Os direitos de pessoas LGBT na ONU (2000- 2016). *Sex., Salud Soc. (Rio J.)*, Rio de Janeiro , n. 31, p. 28-56, Apr. 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sess/a/Vrcbbtn33vpFVgr3v6stcsx/?lang=pt> Acesso em: 19 maio 2021.

OLIVEIRA, Luís Roberto Cardoso de. Concepções de igualdade e (des)igualdade no Brasil. *Série Antropologia*. Vol. 425. Brasília: DAN/UnB, 2009. Disponível em: https://www.academia.edu/3646624/Concep%C3%A7%C3%B5es_de_Igualdade_e_Des_Igualdades_no_Brasil Acesso em: 25 mar. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. A/HRC/19/41 - E - A/HRC/19/41 2011 Disponível em: <https://undocs.org/A/HRC/19/41> Acesso em: 19 fev. 2022.

Os direitos humanos na família - Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/1315/os-direitos-humanos-na-familia>. Acesso em: 30 nov. 2021.

Passo a passo da adoção - Portal CNJ. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-aco/es/adocao/passo-a-passo-da-adocao/>. Acesso em: 8 set. 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família - vol. V*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 460 - 512.

PEREIRA, Tânia da Silva. Adoção. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 377- 423.

PEREIRA, Caio Mário da S. Responsabilidade Civil. Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559644933. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559644933/>. Acesso em: 30 ago. 2022.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito de família*. 3. Ed. São Paulo: Max Limonad, 1947.

SANTOS, Y. G. DE S.; SCORSOLINI-COMIN, F.; SANTOS, M. A. DOS. Homoparentalidade masculina: revisando a produção científica. *Psicologia: Reflexão e Crítica*, v. 26, n. 3, p. 572–582, 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-79722013000300017> Acesso em: 28 abr. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre. Livraria do ado, 1998.

SILVA, Joelson Alves da; SOUSA, Aline Maria Barbosa Domício; FERNANDES-ELOI, Juliana. Homoparentalidade no contexto da adoção e das práticas parentais: uma revisão sistemática. *Pensando fam.*, Porto Alegre , v. 21, n. 2, p. 60-75, dez. 2017 . Disponível em http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-494X2017000200006&lng=pt&nrm=iso Acesso em: 28 jun 2021.

SILVA, S. DA; SILVA, M. DA L. P. DA; BIASUS, F. Adoção: uma análise assistemática da literatura científica brasileira. *Revista Perspectiva*, v. 44, n. 168, p. 21–33, 23 fev. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.31512/persp.v.44.n.168.2020.89.p.21-33> Acesso em: 24 maio 2022.

SPENGLER, Fabiana Marion. Homoparentalidade e filiação. In: *Diversidade sexual e direito homoafetivo/ coordenação Maria Berenice Dias*. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2011. PP. 347-362.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, v. 5: Direito de Família*. 12. Ed. Ver., atual. E ampl. Rio de Janeiro; Forense, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559645251. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645251/> Acesso em: 30 set. 2022.

ZAPATER, Maíra. **Direito da criança e do Adolescente**. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2019.