



**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E DE CIÊNCIAS
SOCIAIS - FAJS**

VITOR DA SILVA FERREIRA

**POSSIBILIDADE DE UMA RELAÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL PELA
DEVOLUÇÃO DO ADOTADO À ADOÇÃO**

Brasília
2016

VITOR DA SILVA FERREIRA

**POSSIBILIDADE DE UMA RELAÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL PELA
DEVOLUÇÃO DO ADOTADO À ADOÇÃO**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do UniCEUB - Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Eleonora Mosqueira Medeiros Saraiva

Brasília
2016

VITOR DA SILVA FERREIRA

**POSSIBILIDADE DE UMA RELAÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL PELA
DEVOLUÇÃO DO ADOTADO À ADOÇÃO**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito do UniCEUB - Centro
Universitário de Brasília.

Orientador: Eleonora Mosqueira Medeiros
Saraiva

Brasília, _____ de _____ 2016

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Prof. Dra. Eleonora Mosqueira Medeiros Saraiva

Examinador: Prof. M.e Luciano de Medeiros Alves

Examinadora: Prof. M.a Dulce Donaire de Mello e Oliveira

AGRADECIMENTOS

Dedico esse trabalho aos meus pais, Elzane Pereira da Silva e Gutemberg Ferreira Junior, familiares e amigos pelo apoio incondicional durante meu período de formação.

Agradeço também a José da Silva Moura Filho e meu avô Erlandsen Pereira da Silva, pela contribuição na elaboração desse trabalho acadêmico.

A minha orientadora, professora Eleonora Saraiva, por sua disposição, paciência e apoio.

RESUMO

O presente trabalho acadêmico tem por finalidade apreciar os institutos legais que se debruçam sobre a adoção e todo o seu processo, bem como a responsabilidade civil. Assim, terá como fontes a Constituição Federal, Estatuto da Criança e do Adolescente, Código Civil de 2002 e a Lei 12.010 de 2009 (Lei de Adoção). A finalidade precípua recai em pesquisa objetiva, visando aprofundar analiticamente os institutos antes definidos. O trabalho em voga refere-se, ainda, a debates jurídicos e doutrinários, acerca do assunto no que se relaciona a possibilidade ou não de responsabilidade civil pela devolução do adotado à adoção durante o estágio de convivência e após o encerramento dos atos processuais que envolvem o instituto. De outra parte inserimos pontos atinentes a perspectiva filosófica de Herbert Hart e Ronald Dworkin no que tange à análise de magistrados com relação à temática apresentada. E diante da indiscutível omissão do legislador, a presente pesquisa visa atribuir um equilíbrio entre os princípios da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal, para que haja compensação aos danos causados aos menores, notadamente os de cunho psicológico.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Adoção. Princípio da dignidade da pessoa humana. Princípio do devido processo legal. Dano moral.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 ADOÇÃO	10
1.1 Conceito	12
1.2 Princípios	13
1.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	13
1.2.2 Princípio da proteção integral.....	15
1.2.3 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente	16
1.2.4 Prioridade absoluta	17
1.2.5 Princípio da convivência familiar	19
1.2.6 Princípio da igualdade entre filhos	21
1.3 Processo de adoção	22
1.3.1 Legitimidade	23
1.3.2 Consentimento das partes.....	24
1.3.3 Habilitação e cadastro	25
1.3.4 Estágio de convivência.....	26
1.3.5 Procedimento	27
1.3.6 Sentença	29
1.4 Efeitos	30
1.5 Direitos e deveres	31
2 RESPONSABILIDADE CIVIL	32
2.1 Perspectiva Histórica do Instituto	32
2.2. Conceito e Função	34
2.3 Elementos da Responsabilidade Civil	35
2.3.1 Conduta Culposa.....	36
2.3.2 Nexo causal.....	39
2.3.2.1 <i>Teorias do nexo de causalidade</i>	40
2.3.2.2 <i>Concorrência de causa</i>	41
2.3.2.3 <i>Concausa</i>	42
2.3.3 Dano.....	43
2.3.3.1 <i>Dano material</i>	44
2.3.3.2 <i>Dano moral</i>	45
2.4 Espécies da Responsabilidade Civil	46
2.4.1 Responsabilidade contratual e extracontratual.....	47

2.4.2 Responsabilidade objetiva e subjetiva	48
2.5 Excludentes de Responsabilidade civil.....	50
2.5.1 Legítima defesa e exercício regular do direito.....	50
2.5.2 Estado de necessidade	52
2.5.3 Caso fortuito e força maior	53
2.5.4 Culpa exclusiva, concorrente e fato de terceiro.....	54
3 RESPONSABILIDADE CIVIL NA ADOÇÃO	57
3.1 Eventual relação de responsabilidade civil pela devolução do adotado durante o estágio de convivência.....	57
3.2 Possibilidade de responsabilidade civil pelo ato de devolução à adoção diante da formação do vínculo familiar – Análise Legal, Doutrinária e Jurisprudencial.....	62
3.3 Perspectiva filosófica com relação responsabilidade civil	67
CONCLUSÃO	70
REFERÊNCIAS.....	72

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por desiderato a análise dos institutos da adoção e da responsabilidade civil, previstos na Constituição Federal, Estatuto da Criança e do Adolescente, Código Civil de 2002 e a Lei 12.010 de 2009 (Lei de Adoção).

A escolha do tema foi decidida a partir da verificação de que a responsabilidade civil na adoção é, ainda uma área jurídico-legal que carece de maior aprofundamento e mais clareza, principalmente no que se refere a legislação.

Pelo o que atualmente é disposto no nosso Diploma Maior, a Constituição Federal, a adoção garante legalmente ao adotado a oportunidade de estabelecer a convivência familiar e a conquista de direitos a partir do momento de conclusão do processo quando adquire, constitucionalmente, a condição de filho, contudo o insucesso da medida decorrente do arrependimento e da devida devolução, pode trazer ao menor danos psicológicos irreparáveis, em virtude do segundo abandono.

A presente pesquisa objetiva demonstrar o entendimento legal, jurisprudencial e doutrinário sobre a adoção e responsabilidade civil, buscando o aprofundamento analítico dos institutos, e ainda abordar a problemática em relação a devolução do adotado durante o estágio de convivência e após o encerramento do processo de adoção.

Inicialmente, o presente trabalho apresentado em seu primeiro capítulo visa um estudo aprofundado sobre o processo evolutivo da adoção que vai desde a antiguidade aos tempos atuais. Inclui no capítulo em apreço conceitos que elencamos de doutrinadores reconhecidos do direito civil.

Obviamente também faz parte os princípios constantes em nossa lei maior e do diploma legal que versa sobre o tema, o Estatuto da Criança e do Adolescente. Serão estudadas ainda as principais etapas do processo que envolve o instituto, sua repercussão e seus devidos efeitos jurídicos após sentença judicial transitada em julgado.

No segundo capítulo, será analisada a responsabilidade civil a partir de uma perspectiva evolutiva que vai até a estabilidade do instituto por meio do Código Civil

de 2002. Inserimos também no capítulo os principais conceitos defendidos por doutrinadores civilistas.

Demonstraremos também os pressupostos que englobem o instituto e a separação entre responsabilidade civil subjetiva e objetiva, com a verificação e incidência do primeiro no ato de devolução de adotado à adoção. O estudo, por fim, buscará analisar aspectos mencionados, baseando-se principalmente na seara legal, jurisprudencial e doutrinária.

O terceiro e último capítulo, versará sobre um dos pontos mais polêmicos no trabalho sobre o qual ora nos debruçamos, onde pesquisaremos as diferentes posições da doutrina, e decisões jurisprudenciais relativas à possibilidade ou não da reparação do menor, em decorrência do abandono perpetrado pelo adotante durante o procedimento da adoção, bem como após verificados todos os procedimentos legais exigidos a partir dos quais o adotado garante legalmente a condição de filho legítimo.

Buscaremos expor o pensamento baseado no positivismo puro do filósofo do Reino Unido, Herbert Hart e, contrariamente a posição do filósofo estadunidense, professor da Universidade OXFORD, Ronald Dworkin, que se posiciona favorável as regras, princípios e diretrizes para fundamentar as decisões dos juízes em casos difíceis.

Por fim, o objeto da defesa de tese, será a verificação da posição doutrinária e jurisprudencial no cenário brasileiro e verificar possíveis soluções para apaziguar as situações de menores que têm seus direitos fundamentais violados. Nossa intenção não será esgotar o assunto, mas, a de contribuir com alguns esclarecimentos que a nosso ver tornam-se necessários para melhor compreensão, onde não há um entendimento pacífico acerca das normas que regem o tema que, e reconhecidamente de largo e necessário alcance social.

1 ADOÇÃO

A adoção é instituto do ordenamento jurídico brasileiro regulado pela Constituição Federal de 1988, Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei nº 12.010, de 2009 e o Código Civil de 2002.¹

Segundo estudiosos, desde a edição dos Códigos de Manu e Hamurabi, já havia referência sobre o assunto, embora ainda incipiente. Desta forma, fica evidenciada que princípios sobre à adoção existem desde a antiguidade, tendo como nascedouro e origem, os povos orientais.²

O objetivo principal dos códigos mencionados era permitir adotados àqueles que não podiam ter descendente,³ “em virtude disso, percebeu-se que se trata de um dos institutos mais antigos que se tem notícia.”⁴ Naquele período a adoção era imutável, porém, embora o adotante não pudesse retratar-se, aceitava-se socialmente o retorno da criança e adolescente ao seio familiar de origem.⁵

Dentro do cenário legal greco-romano a adoção adquiriu um cunho social e político.⁶ O objetivo era propiciar aos que não podiam ter descendentes a oportunidade de garantir a convivência familiar.⁷

Na Idade Média a adoção perdeu sua importância, tendo em vista que o Direito Canônico privilegiava o sacramento do matrimônio, o qual visava garantir a indisponibilidade do casamento, da herança e da propriedade privada.⁸ A partir do período moderno, desde a chegada das Ordenações Filipinas no Brasil, no século

¹ LÔBO, Paulo. **Famílias**: direito civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 272.

² LUDOVIC BEAUCHET, p.5, apud Pereira, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: direito de família. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. v. 5. p. 447

³ Pereira, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: direito de família. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. v. 5. p. 447

⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 480.

⁵ NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: direito de família. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 5. p. 328.

⁶ LUDOVIC BEAUCHET, p.5, apud Pereira, 2014

⁷ NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: direito de família. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 5. p. 328.

⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: direito de família. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. v. 5. p. 448

XVI, o instituto da adoção voltou a ser aplicado, porém sem sistematização e utilizando-se de numerosos conceitos e referências.⁹

A regulamentação da adoção em nosso país somente ocorreu com o advento do Código Civil de 1916, sob a influência romana, na qual essa instituição destinava a proporcionar a continuidade da família, dando aos casais estéreis os filhos que a natureza lhes negara.¹⁰

Contudo, segundo Caio Mário as exigências expostas no Código citado entre as quais a continuação dos vínculos do adotado com sua família de origem e o requisito do adotante ter pelo menos 50 anos para exercer o direito de adotar acabaram desestimulando sua prática.¹¹

Ao entrar em vigor a Lei nº 3.133 de 1957 passou para 30 anos a legitimidade para adotar e isso trouxe algumas alterações significativa.¹² Mas foi a Constituição Federal de 1988 que inovou dentro do cenário jurídico brasileiro, assim observado por Paulo Lôbo:

“No Brasil, após a Constituição de 1988, não há mais filhos adotivos, mas adoção, entendido como meio para filiação, que é único. As normas do Código Civil de 2002 e o ECA, com as redações introduzidas pela lei nº 12.010/2009, hão de ser interpretadas sob inspiração e em conformidade com as normas constitucionais de igualdade entre os filhos de qualquer origem.”¹³

Na modalidade legal e jurídica atual a adoção garante aos menores e maiores desamparados uma família substituta e conceder filhos aquelas pessoas que desejam estabelecer vínculos familiares.¹⁴

⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 6. p. 384.

¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 6. p. 384.

¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 5. p. 448.

¹² BRASIL. **Lei nº 3.133, de 8 de maio de 1957**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3133.htm> Acesso em: 04 abr. 2016

¹³ LÔBO, Paulo. **Famílias: direito civil**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 272.

¹⁴ LÔBO, Paulo. **Famílias: direito civil**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 272.

1.1 Conceito

A definição de adoção é essencial dentro de sua aplicação no cenário jurídico brasileiro. A doutrina, jurisprudência e a própria legislação tentam colocar no instituto um caráter social e humanitário.¹⁵

O próprio legislador brasileiro procura, em razão de sua importância, definir adoção partindo do pressuposto da atribuição de condição de filho ao adotando, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, postura absolutamente contrária a adoção do tempo do direito canônico, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, ressalvado os impedimentos matrimoniais,¹⁶ além de colocar o instituto dentro de uma perspectiva da família substituta, sendo medida excepcional e irrevogável.¹⁷

Dentro do âmbito doutrinário, Caio Mário define adoção como “ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim;”¹⁸ Carlos Roberto Gonçalves já define como sendo um “ato jurídico solene pelo qual alguém recebe em sua família na qualidade de filho pessoa a ela estranha;”¹⁹ Já para Paulo Nader “adoção consiste no parentesco civil, entre pais e filhos, estabelecido mediante negócio jurídico bilateral solene e complexo, formalizado perante a autoridade judiciária.”²⁰

Segundo Paulo Lôbo, assim define adoção:

“É ato jurídico em sentido estrito, de natureza complexa, pois depende de decisão judicial para produzir seus efeitos. Não é negócio jurídico unilateral. Por dizer respeito ao estado de filiação,

¹⁵ NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: direito de família. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 5. p. 321.

¹⁶ BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 19 mar 2016. Art. 41

¹⁷ BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 19 mar 2016. Art. 28 - 39

¹⁸ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**: direito de família. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 5. p. 452.

¹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 6. p. 381.

²⁰ AUBRY E RAU, p.115 apud. Nader, Paulo. **Curso de direito civil**: direito de família. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 5. p. 324.

que é indisponível, não pode ser revogado. O ato é personalíssimo não se admitindo que possa ser exercido por procuração.”²¹

A adoção segundo a percepção de Silvio de Salvo Venosa é considerado “uma modalidade artificial de filiação que busca imitar a filiação natural.”²²

1.2 Princípios

Os princípios são expressões que buscam interpretar, orientar e criar normas jurídicas, e sua violação traz mais consequências na seara jurídica do que a norma em si, pois afeta o sistema como um todo.²³

Ainda com relação ao conceito, Miguel Reale, assevera:

“Princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis.”²⁴

Salienta-se que o instituto da adoção, em seu sistema, pode aplicar os princípios da dignidade da pessoa humana, proteção integral melhor e igualdade entre filhos.²⁵

1.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Esse princípio possui importância, pois se refere ao primeiro passo para a construção de um Estado Democrático de Direito e o reconhecimento de outros direitos e garantias fundamentais.²⁶

²¹ LÔBO, Paulo. **Famílias**: direito civil. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 273.

²² VENOSA, Sílvio de Salvo Venosa. **Direito Civil**: direito de família. 10. ed. São Paulo: Atlas 2010. v. 6. p. 273

²³ HUMBERTO ÁVLILA, p.22 apud Maciel, Kátia. **Curso de Direito da Criança e Adolescente**: Aspectos Teóricos e Práticos. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. p. 19.

²⁴ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.303-304

²⁵ CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p.191-192

²⁶ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. São Paulo: 2010. p. 170-171.

No cenário brasileiro, a Constituição Federal de 1988, absorveu princípios estabelecidos pela Declaração Universal de Direitos Humanos, conforme expresso in verbis:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
[...]
III - a dignidade da pessoa humana;”²⁷

Com isso, a dignidade da pessoa humana, permite ao Estado, criar direitos e garantias para o desenvolvimento das habilidades inerentes ao ser humano, entre eles podemos destacar a adoção, no que tange a possibilidade de construir uma família.²⁸

Com relação a criança e o adolescente, a aplicação do princípio é mais contundente, pois a própria Constituição deixa expresso em seu art. 227 § 3º, V previsto in verbis:

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

[...]

§ 3º - O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

[...]

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;”²⁹

Cabe salientar, que o Estatuto da Criança e do Adolescente também deixa expresso, em decorrência da influência constitucional, o seguinte:

“Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos

²⁷ BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em :<www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 mar. 2016. Art. 1, III.

²⁸ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.313-314.

²⁹ BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em :<www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 mar. 2016. Art. 226, §3º,V.

e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.”³⁰

Tal princípio, sofre influência da doutrina da proteção integral, cujo objetivo é proporcionar a garantia dos direitos fundamentais, principalmente nas regras concernentes a adoção.³¹

1.2.2 Princípio da proteção integral

O princípio em análise, que está previsto na Lei Magna em seu artigo 227, busca “assegurar as crianças e adolescentes, com prioridade absoluta, os direitos fundamentais guardados pela lei maior, cujo o dever de resguardar caberá à família, à sociedade e o Estado.”³²

A proteção integral pode configurar também “em expressão designativa de um sistema onde crianças e adolescentes figuram como titulares de interesses subordinantes frente à família, à sociedade e o Estado.”³³

Mas é importante salientar que antes do estabelecimento da proteção integral que levou a uma mudança de paradigma, houve a incidência da doutrina da situação irregular.³⁴

Segundo Katia Maciel, esse entendimento estava previsto no Código de Menores de 1979, mas já se encontrava presente no Código de Melo Matos de 1927,³⁵ que previa um conteúdo jurídico limitado a uma determinada situação irregular, sendo seu campo de atuação restrito ao binômio carência e delinquência.³⁶

³⁰ BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em: 25 de mar. 2016. Art. 6.

³¹ CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p.191-192

³² BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em :<www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 de mar. de 2016. Art. 227.

³³ PAULA, Paulo Afonso Garrido, p.23 apud FONSECA, Antônio Cezar Lima. **Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2011. p. 14

³⁴ ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014 p. 5

³⁵ MACIEL, Kátia. **Curso de Direito da Criança e Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 12

³⁶ MACIEL, Kátia. **Curso de Direito da Criança e Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 13

Antes do princípio da proteção integral ganhar forma no arcabouço-jurídico brasileiro, estabeleceu base jurídica no âmbito do direito internacional com Convenção sobre os Direitos da Criança e Adolescente, além da Declaração Universal dos Direitos da Criança e do Adolescente.³⁷

Tal dispositivo internacional influenciou na mudança de paradigma no campo infanto-juvenil brasileiro com o estabelecimento do artigo 227 da Constituição Federal de 1998 e o devido Estatuto da Criança e do Adolescente.³⁸

Diante disso, é evidente que o princípio da proteção integral pode ser subdividido em subprincípios que demonstram e aprofundam a temática, como o princípio do melhor interesse, prioridade absoluta e da convivência familiar.³⁹

1.2.3 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

Tal entendimento que será analisado, originou-se no direito anglo-saxônico, a partir da qual o Estado detinha o amparo dos menores e os portadores de deficiência mental.⁴⁰ Mas foi no sistema Inglês, durante o século XVI, que o princípio se estabilizou com garantias às pessoas com limitações no âmbito legal.⁴¹

A ideia, é que o melhor interesse auxilie o legislador e o aplicador do direito, na execução das necessidades do menor, diante de possíveis casos que afetem seus interesses e aplicando com isso soluções futuras.⁴² Hoje tal princípio possui o escopo de interpretar e orientar normas que atendam às necessidades das crianças e adolescentes, basicamente garantindo a doutrina da proteção integral.⁴³

³⁷ FONSECA, Antônio Cezar Lima. **Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2011. p. 15

³⁸ ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014. p. 5

³⁹ CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 12. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p.191-192

⁴⁰ MACIEL, Kátia. **Curso de Direito da Criança e Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. p. 27

⁴¹ TÂNIA DA SILVA PEREIRA, IBDFAM apud Maciel, Kátia. **Curso de Direito da Criança e Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. p.27

⁴² MACIEL, Kátia. **Curso de Direito da Criança e Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. p. 28

⁴³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 1 ed. Minas Gerais: Editora e Livraria Del Rey. 2009, p. 128 – 140.

Na adoção, o princípio visa então direcionar as regras exigidas pelo instituto, objetivando efetivar tais direitos e garantias e atender o melhor interesse desses sujeitos de direito.⁴⁴

Cabe destacar que com a proteção integral o entendimento do melhor interesse da criança e do adolescente foi ampliado em várias áreas da seara infanto-juvenil, principalmente com relação ao instituto da adoção.⁴⁵ É essencial apresentar um julgado que demonstram sua aplicação:

“Ementa: RECURSO ESPECIAL - AFERIÇÃO DA PREVALÊNCIA ENTRE O CADASTRO DE ADOTANTES E A ADOÇÃO INTUITU PERSONAE - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR - VEROSSÍMIL ESTABELECIMENTO DE VÍNCULO AFETIVO DA MENOR COM O CASAL DE ADOTANTES NÃO CADASTRADOS - PERMANÊNCIA DA CRIANÇA DURANTE OS PRIMEIROS OITO MESES DE VIDA - TRÁFICO DE CRIANÇA - NÃO VERIFICAÇÃO - FATOS QUE, POR SI, NÃO DENOTAM A PRÁTICA DE ILÍCITO - RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 1172067 MG 2009/0052962-4 (STJ) ”⁴⁶

É oportuno frisar a aplicação do melhor interesse para assegurar os direitos fundamentais da criança e do adolescente que foram consagrados com o princípio da proteção integral.⁴⁷

1.2.4 Prioridade absoluta

A Constituição Federal em seu artigo 227, também estabeleceu o princípio da prioridade absoluta, que consagra a proteção integral com a efetividade dos direitos fundamentais assegurados pela comunidade, sociedade em geral, poder público e a família.⁴⁸

⁴⁴ CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p.191-192

⁴⁵ MACIEL, Kátia. **Curso de Direito da Criança e Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. p. 28

⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp 1172067 MG 2009/0052962-4**. Terceira Turma. Recorrente: L C B E OUTRO. Recorrido: A C DA C. Relator (a): MINISTRO Massami Uyeda. Brasília 18, de março de 2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9115155/recurso-especial-resp-1172067-mg-20090052962-4/inteiro-teor-14264225>> Acesso em: 15 mai. 2016

⁴⁷ MACIEL, Kátia. **Curso de Direito da Criança e Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. p. 28

⁴⁸ FONSECA, Antônio Cezar Lima. **Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 201. p. 17

A questão da prioridade absoluta pode incidir em todas as áreas, como o judicial, extrajudicial, social e administrativo, onde deve prosperar sempre o interesse infanto-juvenil em virtude de possuir cunho constitucional.⁴⁹

Em relação a essa temática, mencionamos Kátia Maciel:

“Assim, se o administrador precisar decidir entre a construção de uma creche e de um abrigo para idosos, pois ambos necessários, obrigatoriamente terá que optar pela primeira. Isso porque, o princípio da prioridade para os idosos é infraconstitucional, pois estabelecido no artigo 3º da lei nº 10.741/03, enquanto a prioridade em favor de crianças é constitucionalmente assegurada, integrante da doutrina da proteção integral.”⁵⁰

A Constituição Federal determina quais entes públicos e sociais que devem assegurar a proteção da criança e do adolescente. Cabe dispor em primeiro lugar a comunidade envolvida em uma determinada localidade onde se encontra uma criança ou adolescente, sendo tal coletividade considerada agentes fiscalizadores para evitar eventuais violações aos direitos dos indivíduos em pleno desenvolvimento e garantir a prioridade absoluta dos direitos fundamentais.⁵¹

Sociedade em geral é vista “como responsável pela garantia dos direitos fundamentais, indispensáveis para que o modelo de cidadão que possui bons modos, educação, cultura, sucesso financeiro e acúmulo de riqueza, previamente estabelecido se torne real.”⁵²

No que envolve o Poder Público, irá abranger todas suas respectivas camadas – Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, tendo uma atuação conjunta na garantia dos direitos fundamentais.⁵³

No que tange a entidade familiar, poderá abarcar tanto os laços consanguíneos como os afetivos, onde no segundo é acolhida a adoção, que após

⁴⁹ ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014. p. 13-16

⁵⁰ MACIEL, Kátia. **Curso de Direito da Criança e Adolescente**: Aspectos Teóricos e Práticos. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. p. 20

⁵¹ CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p.191-192

⁵² MACIEL, Kátia. **Curso de Direito da Criança e Adolescente**: Aspectos Teóricos e Práticos. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. p. 21

⁵³ ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014. p. 13-16

concretizada dará ao adotante a devida guarda definitiva e com isso o dever de garantir os direitos fundamentais previstos na carta maior.⁵⁴

Buscando reforçar o devido princípio é salutar estabelecer jurisprudência relacionando a adoção com a prioridade absoluta:

“Ementa: CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA - GUARDA DE MENOR - AÇÃO DE ADOÇÃO C/C DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR - GUARDA PROVISÓRIA DEFERIDA - DOMICÍLIO DA ADOTANTE - PROCEDIMENTO DE VERIFICAÇÃO DE SITUAÇÃO DE RISCO - AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR - BUSCA E APREENSÃO - DOMICÍLIO DA MÃE BIOLÓGICA - CONEXÃO - SENTENÇA PROLATADA - ADOÇÃO - PROCEDÊNCIA - SÚMULA 235/STJ - POSSIBILIDADE DE JULGAMENTOS COLIDENTES - PERSISTÊNCIA - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRIORIDADE ABSOLUTA - INTERESSES DO MENOR - CONFLITO CONHECIDO - COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO. (STJ - CONFLITO DE COMPETENCIA CC 54084 PR 2005/0140790-7 (STJ)).”⁵⁵

Diante disso, é evidente o papel de cada elemento constituído pela seara normativa para a concretização, com prioridade absoluta, dos direitos fundamentais.⁵⁶

1.2.5 Princípio da convivência familiar

A convivência pode ser entendida “como uma ação de viver junto, viver em companhia de alguém ou de algum grupo.”⁵⁷ Sobre esse entendimento é importante destacar o princípio da Convivência Familiar e Comunitária que estabelecerá um norte para o princípio da proteção integral.⁵⁸

⁵⁴ MACIEL, Kátia. **Curso de Direito da Criança e Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. p. 20

⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp. CONFLITO DE COMPETENCIA CC 54084 PR 2005/0140790-7**. Segunda Seção.. Relator (a): JORGE SCARTEZZIN, Brasília 13, de setembro de 2006. Disponível em:<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/32701/conflito-de-competencia-cc-54084-pr-2005-0140790-7>> Acesso em: 20 mai. 2016

⁵⁶ CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p.191-192

⁵⁷ FONSECA, Antônio Cezar Lima. **Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2011. p. 65

⁵⁸ MACIEL, Kátia. **Curso de Direito da Criança e Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 61

Esse conjunto de regras e valores encontra supedâneo na Constituição Federal, em seu art. 227 e o próprio Estatuto da Criança e Adolescente nos arts. 4º e 16.⁵⁹

Essa convivência, presente no ordenamento normativo, traz a possibilidade desses indivíduos em pleno desenvolvimento terem uma boa formação dentro e fora do âmbito familiar,⁶⁰ além de ser considerado um direito fundamental personalíssimo e indisponível que possui um paralelo com os preceitos da dignidade da pessoa humana.⁶¹

O Estatuto que normatiza sobre a temática da criança e do adolescente traz em seu art. 19 o conteúdo referente a convivência familiar e comunitária e define uma ordem de preferência para o estabelecimento desse direito.⁶² Segundo essa ordem de preferência, Valter Kenji Ishida observa que:

“A lei nº 12.010/09 elegeu a família natural como prioridade (art. 1º§2º), entidade a qual a criança e o adolescente devem permanecer, ressalvada a absoluta impossibilidade, devendo existir uma decisão judicial fundamentada. Assim nos procedimentos da Infância e juventude, a preferência do menor junto aos genitores biológicos. Na impossibilidade, existe a colocação em acolhimento familiar ou institucional (§ 1º). Somente após acompanhamento técnico-jurídico verificatório da inexistência de condições dos genitores, inicia-se a colocação em lar substituto.”⁶³

Segundo a legislação em comento as entidades familiares que poderão garantir esse direito fundamental são a família natural que é “uma comunidade formada pelos pais e seus ascendentes, além da família extensa ou ampliada que se estende para além da comunidade pais e filhos, formada por parentes mais próximos e a família substituta mediante guarda, tutela e adoção.”⁶⁴

Com o estabelecimento da proteção integral, que elencou uma mudança de paradigma e o estabelecimento da convivência familiar que busca trazer um melhor

⁵⁹ MACIEL, Kátia. **Curso de Direito da Criança e Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 61

⁶⁰ LÔBO, Paulo. **Famílias: direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 74.

⁶¹ FONSECA, Antônio Cezar Lima. **Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2011. p. 65

⁶² BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em: 25 mar 2016. Art. 19

⁶³ ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014. p. 43

⁶⁴ BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em: 25 mar. 2016. Art. 19-20

ambiente para a criança e adolescente visando contribuir para a sua formação como cidadão, é importante destacar também a questão da convivência comunitária, prevista no mesmo estatuto que estabelece como um direito de poder viver em comunidade e frequentar variados locais dentro das restrições prevista em lei.⁶⁵

Com isso, a convivência de uma maneira geral e plausível, é primeiramente uma necessidade da criança e adolescente antes de ser considerado um direito, pois influencia no processo de formação desses indivíduos em desenvolvimento.⁶⁶

1.2.6 Princípio da igualdade entre filhos

O tema a ser analisado não era garantido legalmente pelo Código Civil de 1916, este não estabelecia esse critério de igualdade entre os filhos, acarretando aspectos discriminatórios que foram excluídos do âmbito jurídico com o advento da Constituição Federal de 1988.⁶⁷

Diante de sua natureza constitucional, o princípio em questão, busca trazer similitude do poder familiar,⁶⁸ entendimento respaldado pelo artigo 227 § 6º da Constituição Federal que assim dispõem: “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”⁶⁹

Do ponto de vista da perspectiva legal cabe mencionar, o Estatuto da Criança e do Adolescente que destaca em seu art. 20, “os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas a filiação.”⁷⁰

⁶⁵ CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p.107-109

⁶⁶ MACIEL, Kátia. **Curso de Direito da Criança e Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. p. 61-62.

⁶⁷ FONSECA, Antônio Cezar Lima. **Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2011. p. 71

⁶⁸ FONSECA, Antônio Cezar Lima. **Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2011. p. 71

⁶⁹ BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em :<www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 mai. 2016. Art. 226,§ 6.

⁷⁰ BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em: 25 mar. 2016. Art. 20.

É essencial demonstrar a aplicação do princípio na jurisprudência com relação ao instituto da adoção, onde fica juridicamente clara a superação do aspecto discriminatório:

“EMENTA - INVENTÁRIO - DOAÇÃO FEITA EM VIDA A SOMENTE UM DOS HERDEIROS - ADOÇÃO DO OUTRO HERDEIRO APERFEIÇOADA POUCOS MESES APÓS ESSA LIBERALIDADE - NOMEADO INVENTARIANTE, O AGRAVANTE SUSTENTA A DESNECESSIDADE DE TRAZER OS ALUDIDOS BENS À COLAÇÃO, POIS É O ÚNICO HERDEIRO - MEDIDA QUE SE DESTINA A TORNAR EFETIVA A IGUALDADE ENTRE FILHOS NATURAIS E ADOTIVOS- PREVALÊNCIA DO DISPOSTO NO ART. 227, § 6º, DA CF -DECISÃO MANTIDA - AGRAVO DESPROVIDO” (e-STJ, fl. 106). Superior Tribunal de Justiça Revista Eletrônica de Jurisprudência RECURSO ESPECIAL Nº 1.393.862 - SP (20130225681-4). ”⁷¹

A igualdade de direitos e garantias encontra verdade para criar “um cordão que impeça distinções entre filhos fundadas na natureza do vínculo que une os genitores (se casados ou em união estável), além de obstar diferenciações em razão de sua origem biológica ou não.” ⁷²

1.3 Processo de adoção

O processo de adoção está previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), com alterações constantes na lei de adoção (12.010/09), que determina aspectos da legitimidade, consentimento dos pais de origem, com suas respectivas hipóteses de dispensa, habilitação, cadastro, procedimento judicial e sentença.⁷³

⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp. STJ. RECURSO ESPECIAL Nº 1.393.862SP(201302256814)**.Disponívelem:<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/192706956/rcurso-especial-resp-1393862-sp-2013-0225681-4>> Acesso em: 15 mai. 2016

⁷² Rosenvald, Nelson; Chaves, Criistiano, p. 41 apud FONSECA, Antônio Cezar Lima. **Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2011 p. 70

⁷³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 5. p. 460

1.3.1 Legitimidade

A partir deste parágrafo, serão analisados os requisitos legais exigidos ao indivíduo que queira adotar, bem como as hipóteses relacionadas a da incapacidade, e daquelas pessoas aptas para a adoção.⁷⁴

A legislação (ECA e Lei 12.010/09), estabelecem critérios como a idade mínima de 18 anos, respeitando-se, contudo, deve haver um lapso de 16 anos entre o adotante e adotado.⁷⁵ Além da idade mínima prevista no Estatuto o legislador estabeleceu também os requisitos dos reais interesses para o adotando e motivos legítimos.⁷⁶

A restrição a idade tem interpretações doutrinárias variadas entre as quais a de Katia Maciel que chega a afirmar haver dissonância com o texto constitucional⁷⁷. Para ela:

“Nenhuma restrição com relação a idade, sexo, cor, religião, situação financeira preferência sexual, poderá ser utilizada, seja pelo legislador, seja pelo aplicador da lei, sob pena de estar sendo violado o Princípio Constitucional da Igualdade, decorrente do Princípio Constitucional da Dignidade Humana.”⁷⁸

Sobre a ilegitimidade, os preceitos legais definidos no ECA e CC retratam os casos de “impedimento parcial e total.”⁷⁹ Relativamente ao impedimento parcial, há exigência de que o tutor e o curador propiciem a devida estima dos rendimentos de sua administração, principalmente sobre os cuidados pessoais e bens do tutelado e curatelado.⁸⁰ Ainda sobre o assunto Paulo Nader assevera que “pretende-se evitar

⁷⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 6. p. 403

⁷⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 6. p. 403

⁷⁶ BRASIL. Lei 10.406, de 24 de outubro de 2002. **Dispõe sobre o Código Civil e dá outras providências**. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em: 25 de abril de. 2016. Art. 1.625.

⁷⁷ MACIEL, Kátia. **Curso de Direito da Criança e Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2009. p. 180

⁷⁸ MACIEL, Kátia. **Curso de Direito da Criança e Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2009. p. 180

⁷⁹ MACIEL, Kátia. **Curso de Direito da Criança e Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2009. p. 180-181

⁸⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 6. p. 394

qualquer lesão aos direitos patrimoniais dos menores ou interditos, valendo-se o representante legal de meio artificioso.”⁸¹

O destaque no impedimento total é que as limitações impeditivas sobre a adoção recaem nos ascendentes e irmãos do adotado, não lhes podendo ser permitida à adoção.⁸²

Havendo criança e adolescente, prevê-se a possibilidade de adoção desde que não haja reintegração com a família consanguíneo ou que ainda não possua laços afetivos.⁸³

1.3.2 Consentimento das partes

O consentimento é uma etapa que deve ser cumprida para que haja o prosseguimento ao devido processo de adoção visando alcançar o objetivo social.⁸⁴

O ato de concessão deve estar configurado em ambas as partes envolvidas no processo e de maneira voluntária, contudo quase sempre carece de representante legal do menor para garantir o consentimento.⁸⁵ Destaque-se que fora dessa situação, as hipóteses de consentimento previsto são dos representantes da família biológica e do próprio adotado quando com mais de doze anos.⁸⁶ Tal preceito é garantido pelo ECA previsto em seu art. 45 “a adoção depende do consentimento dos pais ou representantes legais, mas será dispensado quando os detentores do poder familiar forem desconhecidos ou destituídos de seus direitos e deveres.”⁸⁷

⁸¹ NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito de família**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 5. p. 334

⁸² MACIEL, Kátia. **Curso de Direito da Criança e Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 3ªed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2009. p. 182-183

⁸³ VENOSA, Sílvio de Salvo Venosa. **Direito Civil: direito de família**. 10ªed. São Paulo: Atlas 2010. v. 6. p. 293

⁸⁴ CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p.208

⁸⁵ NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito de família**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 5. p. 339-340

⁸⁶ NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito de família**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 5. p. 339-340

⁸⁷ BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em: 25 mar. 2016. Art. 45

Segundo Paulo Nader, “o consentimento do adolescente é relevante, pois já possui algum discernimento como principal destinatário da adoção. Quanto aos pais, a sua autorização se reveste de importância pela perda do poder familiar.”⁸⁸

Para a concretização do procedimento de colocação em família substituta é necessário que o consentimento siga o procedimento previsto no art. 166, ECA.⁸⁹ É necessário, conforme expresso o dispositivo, a oitiva em audiência dos pais que formam a família de origem e seu descumprimento pode ensejar em nulidade por ser um ato imprescindível.⁹⁰

O pedido de adoção será feito mediante petição e poderá vir junto com um consentimento expresso dos pais do adotado, contudo, para que possa gerar efeitos é necessário que os mesmos sejam ouvidos em audiência na presença do juiz e de um membro do Ministério Público.⁹¹

Cabe salientar, que os pais de origem, muitas vezes agem movidos por sentimentos pessoais, ao dar um consentimento, com isso a própria legislação estabelece uma fase preliminar onde serão orientados por uma equipe Interprofissional sobre a questão dos efeitos que regem o instituto da adoção.⁹²

Quando o caso envolver uma gestante, o Estatuto prevê, em seu art. 166 § 6º, que o consentimento só será válido após o nascimento da criança, mesmo que haja testemunhas e deverá seguir os procedimentos já expostos nesse tópico.⁹³

1.3.3 Habilitação e cadastro

O artigo 50 do ECA, estabelece a possibilidade de um indivíduo se habilitar para uma adoção diante de uma preparação psicossocial e judicial sob a avaliação

⁸⁸ NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito de família**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 5. p. 340

⁸⁹ BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em: 25 mar. 2016. Art. 166

⁹⁰ ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014 p. 422-423

⁹¹ NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito de família**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 5. p. 337-338

⁹² PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 5. p. 467

⁹³ CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p.806

de uma equipe técnica da justiça.⁹⁴ Antes do deferimento do ato de inscrição feita pelo postulante, este deve ser ouvido sobre o perfil do adotado.⁹⁵

Aquele que esteja interessado em adotar, “deve visitar casas de acolhimento acompanhados por uma equipe técnica da justiça da Infância e Juventude e com apoio dos técnicos responsáveis pelo programa de acolhimento e pela execução de política municipal de garantia do direito à convivência familiar.”⁹⁶

Os casais que passarem por todas as etapas na habilitação, serão inscritos nos cadastros estaduais e nacional. O Estatuto da Criança e do Adolescente também prevê a possibilidade de dispensa da habilitação quando a adoção for unilateral, haver vínculo de afetividade entre o adotando e adotado e quando envolver um caso específico de tutela e guarda.⁹⁷

No registro ou cadastro, Antônio Cezar Lima destaca que “é matéria que tem ensejado sérias polêmicas no processo, em face da obrigatoriedade de prévia inscrição daqueles que pretendem ter como filho criança e adolescente.”⁹⁸

1.3.4 Estágio de convivência

Dentro do processo de adoção, haverá um requisito imprescindível chamado de estágio de convivência, que está previsto no art. 46, ECA.⁹⁹

Sua finalidade é comprovar a compatibilidade entre as partes, probabilidade de sucesso na adoção, aferir a adaptação do menor e constituição de um vínculo de afetividade entre as partes.¹⁰⁰

⁹⁴ BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em: 25 mar. 2016. Art. 50

⁹⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 5. p. 466

⁹⁶ CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p.806

⁹⁷ BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: Acesso em: 25 mar. 2016. Art. 50 § 13º

⁹⁸ FONSECA, Antônio Cezar Lima. **Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2011. p. 172

⁹⁹ BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Brasília, 1990. Disponível em: Acesso em: 25 mar. 2016. Art. 46

¹⁰⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 6. p. 405

Segundo Murillo Digiácomo, ao interpretar o art. 46 do ECA e seus respectivos parágrafos, fica evidente que o estágio de convivência é um período em que o adotado ficará aos cuidados do interessado, sendo verificado se haverá compatibilidade para poder estabelecer a adoção.¹⁰¹

Cabe salientar, que em se tratando de adoção nacional, não há exigência de prazo mínimo legal, e caberá ao juiz atribuir um determinado período, ao contrário da adoção internacional que prevê um prazo mínimo de trinta dias, que pode ser prorrogado de ofício ou a requerimento do Ministério Público.¹⁰²

A finalidade de se preservar o estado de convivência é fundamental no processo de adoção. Tanto é assim que nesse período adotante e adotando são supervisionados por um equipe interprofissional nomeada pela Justiça da Infância e Juventude com a obrigação de apresentar como resultado do seu trabalho um relatório minucioso para estabelecer a possibilidade ou não da concretização da adoção.¹⁰³

Esse período de convivência entre o adotante e o adotado será de certa forma obrigatório, contudo se já estiver sob tutela ou guarda legal do adotante durante tempo suficiente para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo será dispensado de tal requisito.¹⁰⁴

1.3.5 Procedimento

Inicialmente destacamos o art. 148, III do ECA, a quem coube determinar à justiça da infância e juventude, como órgão de análise e decisão sobre a adoção.¹⁰⁵

¹⁰¹ CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 212 -216

¹⁰² PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 5. p. 473-474

¹⁰³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 5. p. 473-474

¹⁰⁴ CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 212 -216.

¹⁰⁵ BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em: 25 mar. 2016. Art. 148,III.

O procedimento da adoção é estabelecido nos arts. 165 e seguintes do ECA.¹⁰⁶ Como etapa inicial para a concessão da adoção há que se ajuizar petição na comarca onde se pretende adotar.¹⁰⁷ O ECA disciplina a necessidade de advogado, exceto quando o pretendente se enquadrar em seu art. 166, caput..¹⁰⁸

No caso de haver consentimento dos pais ou representantes, exige-se oitiva prestada por uma autoridade judiciária e pelo Ministério Público e posterior redução a termo das respectivas informações no andamento do devido processo legal.¹⁰⁹ É necessária a atuação de uma equipe Interprofissional que realizará posterior reunião, visando orientar os pais de origem e cientificá-los sobre a irrevogabilidade da adoção.¹¹⁰

O próprio Estatuto salienta a necessidade de usar todas as alternativas previstas em lei, antes da criança ou adolescente irem para uma família substituta. Tal dispositivo visa preservar os direitos da família de origem até que seja esgotados as possibilidades de continuação do adotando no seio da família biológica.¹¹¹

Diante das determinações estatutárias que envolve o prosseguimento do processo, Antônio Cezar Lima destacar etapas seguintes:

“Após eventual contestação, estudo social, réplica, o escrivão certifica o ocorrido e o juiz dá vista dos autos ao Ministério Público, o qual manifesta-se no prazo de cinco dias pela realização de audiência ou emite parecer final. A audiência segue o regramento da lei processual civil, com a ouvida das partes, das testemunhas e peritos, quando for necessário.”¹¹²

¹⁰⁶ BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em: 25 mar. 2016 Art. 166-168.

¹⁰⁷ FONSECA, Antônio Cezar Lima. **Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2011 pg. 178.

¹⁰⁸ BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em: 25 mar. 2016. Art. 166, caput.

¹⁰⁹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 5. p. 467.

¹¹⁰ FONSECA, Antônio Cezar Lima. **Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2011. p. 178..

¹¹¹ LÔBO, Paulo. **Famílias: direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 276-277.

¹¹² FONSECA, Antônio Cezar Lima. **Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2011. p. 179.

Posteriormente, o juiz designará se irá acatar ou não o pedido em comento no prazo de cinco dias. O prazo que estabelece a duração do processo é de 120 dias.¹¹³

1.3.6 Sentença

A sentença será prolatada após o estabelecimento de todos os requisitos procedimentais, previsto no Estatuto dos indivíduos em pleno desenvolvimento e terão natureza constitutiva, onde nascerá um novo parentesco, extinguindo-se as anteriores relações familiares de origem.¹¹⁴

Sobre a temática o art. 47, do ECA, dispõe acerca do pedido de vínculo de filiação que deve ser mediante sentença, cuja competência é da justiça da infância e juventude. Após a sentença judicial estabelecendo a formação de família substituta, haverá um novo registro civil que será lavrado cartório de registro civil na região onde reside o adotante, não havendo qualquer aspecto discriminatório com a biológica. Com o mandado judicial, decorrente do processo, o registro de origem será cancelado com o respectivo arquivamento dos autos de adoção.¹¹⁵

A sentença também prevê a modificação do prenome que pode ser requerida tanto pelo adotante como o adotado, todavia se requisitada pelo adotante será necessário a oitiva do adotado sobre tal medida. Sentenciado o processo de adoção, os efeitos serão produzidos após o trânsito em julgado e o processo ficará arquivado e conservado para eventuais consultas.¹¹⁶

¹¹³ BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em: 25 mar. 2016. Art. 163.

¹¹⁴ ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014 pg. 132.

¹¹⁵ CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 12. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 217-222.

¹¹⁶ ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014 pg. 132-134.

1.4 Efeitos

Somente haverá efeitos jurídicos após o encerramento do processo que gera o vínculo.¹¹⁷ No momento que o juiz prolatar a sentença e determinar o registro civil do adotante, encerrará o vínculo com a família consanguínea e produzirá efeitos de ordem pessoal, conforme elenca Kátia Maciel:

“O primeiro desses efeitos é de atribuir condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres que qualquer outro filho. Trata-se da aplicação do Princípio Constitucional da Igualdade e da Dignidade, pois inconcebível que se pense em qualquer modalidade de preconceito para aquele que foi adotado. Outro efeito pessoal é o impedimento matrimonial, e um terceiro efeito será a adoção dos patronímicos do adotante (art. 47, § 5º, ECA e art. 1627 do CC). Por fim em algumas situações será permitida a alteração do prenome do adotando.”¹¹⁸

Os efeitos de índole patrimonial são assim definidos por Carlos Roberto Gonçalves por estabelecer o dever do adotante de prestar alimentos e direitos de ordem sucessória.¹¹⁹ Com isso adquirindo o poder familiar sobre o adotado, terá que prover a subsistência do menor e havendo o seu óbito, terá direito a uma quota parte como herdeiro legítimo na abertura da sucessão.¹²⁰

A partir de uma sentença constitutiva, haverá a produção de efeitos de âmbito pessoal e patrimonial.¹²¹ Cabe salientar, que diante do trânsito em julgado da sentença, o adotado além de ficar salvaguardado dos efeitos pessoais e patrimoniais do instituto em questão, e terá também a proteção da Constituição Federal, Estatuto da Criança do adolescente e demais diplomas legais que se referem ao assunto em comento.¹²²

¹¹⁷ NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito de família**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 5. p. 340.

¹¹⁸ MACIEL, Kátia. **Curso de Direito da Criança e Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 3ªed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2009. p. 215.

¹¹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 6. p.410-411.

¹²⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 6. p.410-411.

¹²¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 5. p. 456.

¹²² PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 5. p. 456.

1.5 Direitos e deveres

A adoção, prevista no mundo jurídico brasileiro, objetiva garantir a convivência familiar, resultando para a criança ou adolescente à equiparação de filho legítimo.¹²³

O Estatuto da criança e do adolescente estabelece em seu art. 41 a equidade de direitos e deveres do adotado com o filho consanguíneo do adotante, salvo os devidos impedimentos.¹²⁴ Tal dispositivo sofreu influência da legislação constitucional que prevê “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas a filiação.”¹²⁵ Segundo Antônio Cezar Lima, tal direito a igualdade possui efeito de ordem pessoal, seguindo o preceito constitucional supramencionado.¹²⁶

Os direitos de ordem patrimonial, estão relacionados aos direitos de herança e prestação de alimentos.¹²⁷ Havendo uma sentença com trânsito em julgado, será estabelecido a guarda definitiva, quando serão cassados os laços de origem, surgindo uma família substituta.¹²⁸

Por fim, é oportuno concluir que a adoção é um instituto presente no cenário jurídico brasileiro, no qual seu procedimento encontra consonância com os princípios do devido processo legal, dignidade da pessoa humana, da proteção integral e igualdade entre filhos, todavia a própria Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente deixam claro que o adotado só adquire a condição de filho após o encerramento dos atos que envolvem o instituto.

¹²³ AZAMBUJA E BRAUNER, p.36 apud FONSECA, Antônio Cezar Lima. **Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2011 pg. 180.

¹²⁴ BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em: 25 mar. 2016. Art. 41

¹²⁵ BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em :<www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 de mar. 2016. Art. 227 § 6º.

¹²⁶ FONSECA, Antônio Cezar Lima. **Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2011 p. 153.

¹²⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 6. p.410.

¹²⁸ FONSECA, Antônio Cezar Lima. **Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2011 p. 153.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil é o instituto complexo dentro do sistema jurídico brasileiro, que possui como principal arcabouço normativo a Constituição Federal de 1988, e de leis especiais como a Lei das Estradas de Ferro, de acidente de trabalho e de seguro obrigatório, além do Código Civil de 2002.¹²⁹

Antes de abordar o conceito, função, elementos e espécies sobre o assunto em análise, torna-se salutar e didático destacar seus aspectos evolutivos para que se compreenda a aplicação e abrangência do instituto atualmente.¹³⁰

2.1 Perspectiva Histórica do Instituto

A responsabilidade encontra origem primeiramente em sociedades pré-romanas, na qual prevalecia a percepção da lei de talião, onde havendo um mal sofrido a forma de solução era a vingança privada, ou seja, a justiça pelas próprias mãos.¹³¹

No Direito Romano, houve uma inovação em relação ao ideal trazido por povos antigos, a partir da Lei das XII Tábuas, que afastou a prática da Lei de Talião, que prevalecia a vingança privada e apresentou aspectos evolutivos na qual abriu possibilidade de uma composição entre a vítima e o ofensor.¹³²

Todavia, segundo Gagliano e Pamplona Filho “não manifestava uma preocupação teórica de sistematização dos institutos, pois sua elaboração se deu muito mais pelo louvável trabalho dos romanistas, numa construção dogmática baseada no desenvolvimento das decisões de juízes e pretores.”¹³³

Nos séculos XVII e XVIII, a Escola de Direito Natural influenciou a evolução da responsabilidade civil. Foi um período entre os ideais romanos onde prevalecia o

¹²⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 8

¹³⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 6. p.24

¹³¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 4. p. 20

¹³² DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v.1. p.26.

¹³³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2013. v.3. p. 54.

empirismo e a codificação que sofreu influência do racionalismo da Escola de Direito Natural.¹³⁴ Sendo destacada por Matinho Garcez Neto diante de “seu verdadeiro mérito em adequar a construção teórica do instituto às suas exigências práticas.”¹³⁵

Somente na era napoleônica surgiu a codificação, com a chamada era dos códigos, com clara influência do direito romano. A partir daí ficou mais clara a concepção do instituto da responsabilidade civil com melhor percepção e maior amplitude, deixando de lado a base teórica do direito natural e estabelecendo uma base operacional e abstrata.¹³⁶

No sistema jurídico brasileiro, a responsabilidade civil, passou a ser aplicada com base nos ideais romanos e do CODE NAPOÉON, e se fez presente na legislação brasileira desde Código Civil de 1916 em seu artigo 159, que previa o aspecto subjetivo no instituto, com a existência de culpa para a sua aplicação, mesmo já existindo leis especiais, com elementos de objetividade.¹³⁷

A responsabilidade subjetiva foi perdendo no decorrer do tempo, sua eficácia, pois segundo Sílvio de Salvo Venosa:

“O desenvolvimento tecnológico, econômico e industrial enfrentado pela cultura ocidental mormente, após a Segunda Grande Guerra, denominada por muitos como processo de aceleração histórica, trouxe reflexos não só no universo dos contratos, mas principalmente nos princípios acerca do dever de indenizar.”¹³⁸

Com isso, o instituto da responsabilidade civil passou por essa perspectiva evolutiva até sua estabilidade no cenário jurídico brasileiro com o Código Civil de 2002.

¹³⁴ NADER, Paulo. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 7. p. 51.

¹³⁵ NETO, p. 29 apud Nader, Paulo. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 7. p. 51

¹³⁶ NADER, Paulo. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 7. p. 51-52.

¹³⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2013. v.3. p. 56.

¹³⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2014 v. 4. p. 21

2.2. Conceito e Função

Sergio Cavaliere Filho fundamenta o termo responsabilidade civil, e faz uma análise etimológica e jurídica, nas quais afirma que, “em apertada síntese, um dever jurídico sucessivo, primário, que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário, que é o de indenizar o prejuízo.”¹³⁹

Buscando ampliar o entendimento doutrinário, Paulo Nader, a partir da influência do período do Direito Romano elenca primeiramente o significado semântico do termo responsabilidade, na qual em sentido latino, significa respondere, que é garantir e responder por alguém. ¹⁴⁰Em sentido técnico “refere-se à situação jurídica de quem descumpriu determinado dever jurídico, causando dano material ou moral a ser reparado.”¹⁴¹

Aduz Silvio de Salvo Venosa:

O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual uma pessoa, natural e jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato ou negócio danoso. Sob a noção, toda a atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar. Desse modo, o estudo da responsabilidade civil abrange todo o conjunto de princípios e normas que regem a obrigação de indenizar.¹⁴²

Na percepção de Gonçalves, haverá um parâmetro social na aplicação do instituto, pois “toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade, que irá buscar estabelecer um equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano”¹⁴³. Por fim, Gagliano e Pamplona Filho, conceitua responsabilidade civil, como sendo, “como derivado da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator ao pagamento

¹³⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 13-15

¹⁴⁰ NADER, Paulo. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 7. p. 6

¹⁴¹ NADER, Paulo. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 7. p. 7

¹⁴² VENOSA, Sílvio de Salvo Venosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2014 v. 4. p. 1

¹⁴³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 6. p.19

de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor in natura o estado anterior de coisas.”¹⁴⁴

Ainda sobre o instituto em análise, sua função no ordenamento jurídico brasileiro, admite que sua natureza possa prevê três espécies: “reparação, prevenção de danos e punição.”¹⁴⁵ É evidente que diante desses elementos, Paulo Nader chegou a conclusão “que a função primordial da responsabilidade civil é restaurar o equilíbrio das relações sociais, no limite do possível; é de natureza reparatória.”¹⁴⁶

O princípio da reparação integral é aplicado em situação correlacionada a função, em virtude da necessidade de garantir um equilíbrio jurídico-econômico e estabelecer um status quo a situação do ofendido anteriormente ao ato juridicamente reprovável que ensejou o dano.¹⁴⁷

2.3 Elementos da Responsabilidade Civil

Os elementos que formam a responsabilidade civil, além do direito romano também sofreu influência, principalmente, do direito francês¹⁴⁸ e ganharam forma no cenário jurídico brasileiro com o art. 186 do Código Civil de 2002, “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”¹⁴⁹

Os pressupostos que serão destacados são a conduta culposa, o nexo de causalidade e o dano. ¹⁵⁰ Cabe salientar, que a responsabilidade subjetiva abarca os

¹⁴⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2013. v.3. p. 53.

¹⁴⁵ NADER, Paulo. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 7. p. 14.

¹⁴⁶ NADER, Paulo. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 7. p. 17.

¹⁴⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 26

¹⁴⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2013. v.3. p. 56.

¹⁴⁹ BRASIL. **Lei 10.406, de 24 de outubro de 2002**. Dispõe sobre o Código Civil e dá outras providências. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em: 25 abr.2016. Art. 186

¹⁵⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 33.

três elementos, contudo a objetiva exclui a incidência da culpa e prevê somente o nexo causal e o dano.¹⁵¹

2.3.1 Conduta Culposa

Antes de especificar o pressuposto previsto na responsabilidade civil subjetiva, é prudente analisar seus aspectos evolutivos e importância na seara jurídica brasileira.¹⁵²

O elemento da culpa presente na análise em comento, apresentava destaque no período do Código Civil de 1916, sob a influência da doutrina francesa, que estabelecia à época a necessidade de provar a sua incidência para que pudesse gerar direito de reparação.¹⁵³

A partir do momento em que a sociedade foi evoluindo, com o crescimento da população e o destaque industrial a teoria subjetiva para Gonçalves:

“Apresentava-se, então inadequada para servir de suporte à teoria da responsabilidade civil, pois o fato de impor à vítima, como pressuposto para ser ressarcida do prejuízo experimentado, o encargo de demonstrar não só o liame de causalidade, como por igual o comportamento culposo do agente causador do dano equivale a deixá-la inessarcida, visto que inúmeros casos, o ônus da prova surgia como barreira intransponível”.¹⁵⁴

É perceptível que a dificuldade da aplicação do elemento levou a criação de processos técnicos, que no período foram utilizados para dar maior efetividade ao instituto. Em primeiro lugar, diante dos novos desafios que surgiam, os tribunais em suas interpretações jurisprudenciais, buscaram estabelecer uma maior facilidade na produção de provas que ensejam culpa.¹⁵⁵

Posteriormente, houve a aplicação da “teoria do abuso de direito” como sendo uma prática que estava fora da seara legal, além da aplicação das chamadas culpas presumidas, onde procurava, com base nos casos estabelecidos em lei, invertendo

¹⁵¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 6. p.48-49

¹⁵² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2013. v.3. p. 70

¹⁵³ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.27.

¹⁵⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 6. p.325

¹⁵⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 6. p.325

com isso o ônus da prova e por último dentro da escala evolutiva, a adoção da teoria do risco que terá efeito na responsabilidade civil objetiva dispensando o elemento culpa.¹⁵⁶

Sobre a terminologia do pressuposto, há doutrinariamente posições discordantes, pois alguns doutrinadores como Rui Stoco entende que “o termo culpa é condição elementar do ato ilícito, como regra”,¹⁵⁷ estudiosos como Sergio Cavalieri Filho, usa a conduta culposa, como sendo um elemento que só adquire relevância jurídica, quando integra a conduta humana,¹⁵⁸ de outra parte Gagliano e Pamplona Filho entende que a culpa é um elemento secundário e o que deveria prevalecer é a conduta.¹⁵⁹

Dentro das opções doutrinárias, parece-nos mais adequado o termo “conduta culposa” de Cavalieri ¹⁶⁰que está previsto no art. 187, CC que assim define “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” ¹⁶¹

A conduta “é um comportamento humano voluntário que se exterioriza através da ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas” ¹⁶² contudo haverá necessidade que tal comportamento não seja permitido, com isso, a presente imputabilidade que estabelece a capacidade do agente que praticou o ato, tenha noção das consequências jurídicas e também a culpa que caracteriza o desvio de comportamento relacionando a sua conduta.¹⁶³

¹⁵⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 6. p.325-326

¹⁵⁷ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2004. p. 133

¹⁵⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 38

¹⁵⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2013. v.3. p. 71

¹⁶⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.37

¹⁶¹ BRASIL. **Lei 10.406, de 24 de outubro de 2002**. Dispõe sobre o Código Civil e dá outras providências. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em: 25 mar.2016. Art. 187

¹⁶² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.38-39.

¹⁶³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.38-39.

O termo culpa pode ser classificado em sentido lato sensu e stricto sensu¹⁶⁴, a primeira destaca o ato voluntário do agente diante de uma ação ou omissão em praticar o ato ilícito, enquanto que o segundo diz respeito ao comportamento negligente e imprudente do agente.¹⁶⁵

A conduta do agente praticada de forma voluntária, pode ser dolosa ou culposa sendo a primeira “a conduta que já nasce ilícita, porquanto à vontade se dirige à concretização de um resultado antijurídico, enquanto a segunda conduta nasce lícita e se torna ilícita pelos desvios dos padrões adequado.”¹⁶⁶ Diante disso, culpa “é uma violação de um dever jurídico, imputável a alguém, em decorrência de fato intencional ou de omissão de diligência ou cautela.”¹⁶⁷

O elemento culpa também apresenta alguns aspectos especiais que são aplicados na legislação, como a culpa grave, leve, levíssima, contratual e extracontratual, presumida, contra a legalidade, exclusiva e concorrente.¹⁶⁸

Com relação a essas espécies, haverá a incidência da leve e levíssima “quando o ato ou omissão decorre de uma falta sem maior comprometimento ético, suscetível de ser praticado na rotina do trabalho ou uma atividade de lazer”,¹⁶⁹ enquanto que a grave é uma indecente desatenção e a violação de dever comum de cuidado relativamente ao mundo no qual vivemos, por exemplo veículo em velocidade excessiva.¹⁷⁰

Com relação as culpas contratual e extracontratual, a diferença de ambas repousa na natureza jurídica, onde a primeira se refere a uma violação da relação

¹⁶⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 44-47

¹⁶⁵ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2004. p. 135-136.

¹⁶⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 6. p.315-316.

¹⁶⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, v. 7. p. 40

¹⁶⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.53-56

¹⁶⁹ NADER, Paulo. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 7. p. 101.

¹⁷⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.6-7

contratual que já produzia efeitos, enquanto que o segundo prevê uma violação geral, quando disposto em dispositivo legal.¹⁷¹

A culpa presumida é estabelecida em algumas situações previstas na ordem jurídica onde é dispensado a necessidade de apresentar conteúdo probatório, diante do ônus da prova. ¹⁷²A culpa contra a legitimidade, se destaca “quando o dever violado resulta de texto expreso de lei ou regulamento”¹⁷³ e a culpa exclusiva repousa na responsabilidade da vítima ou do agente para a concretização do ato ilícito. Por outro lado a culpa concorrente decorre de um comportamento culposos do agente e da vítima.¹⁷⁴

2.3.2 Nexos causal

O nexos de causalidade é também um pressuposto da responsabilidade civil e possui a função de estabelecer um parâmetro para a obrigação de reparar. Diante da conduta do agente, para se verificar sua responsabilidade é necessário analisar a relação entre causa e o dano sofrido pela vítima, antes de indicar a possibilidade de culpa.¹⁷⁵

Assevere-se, que os pressupostos de responsabilidade, nexos causal e culpabilidade possuem diferenças do ponto de vista jurídico, pois o primeiro prevê a “imputabilidade objetiva”, com um resultado diante de uma conduta do agente, que independente da culpa, enquanto que o segundo caracteriza-se pela “imputabilidade subjetiva” que traz uma relação entre a conduta e o dano.¹⁷⁶

Ainda acerca do nexos de causalidade, Cavaliere deixa expreso que além da ligação natural de causa e efeito entre a conduta e o dano, é necessário uma aplicação no âmbito jurídico, principalmente quando houver várias causas, sendo

¹⁷¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 6. p.319

¹⁷² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 6. p.320-321

¹⁷³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.57.

¹⁷⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, v. 7. p. 98-99.

¹⁷⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo Venosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 4. p. 58.

¹⁷⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 62.

analisado aquela que ensejar uma perspectiva maior de dano. ¹⁷⁷Na visão de Pamplona Filho e Gagliano “o nexa causal tratava de um elo etiológico, do liame, que une a conduta do agente (positivo ou negativo) ao dano”.¹⁷⁸

Diferente da culpa que pode se torna dispensável diante de casos expressos pela legislação, a ausência do nexa causal enseja da não aplicação da responsabilidade civil objetiva e subjetiva.¹⁷⁹

2.3.2.1 Teorias do nexa de causalidade

Os estudos teóricos que buscam fundamentar e estabelecer um raciocínio para o nexa causal são baseados em equivalências das condições e a causalidade adequada.¹⁸⁰A equivalência das condições, também chamado de *conditio sine quo non*, foi inspirado por Von Buri, no século XIX, onde em sua análise todos os fatos causais anteriores ao dano podem concorrer para o evento se tiverem, de certa forma, ligação com o devido fato.¹⁸¹

Nessa teoria, Cavalieri aduz que houve uma crítica “pelo fato de conduzir a uma exasperação da causalidade e uma regressão infinita do nexa causal”.¹⁸²

A teoria da causalidade adequada, foi desenvolvida pelo filósofo Von Kries e essa corrente é explicada em uma perspectiva diversa da equivalência das condições, pois o cerne da questão encontra amparo no nexa probabilidade, onde a causa mais adequada e idônea pode produzir dano.¹⁸³

Na percepção de Sergio Cavalieri sobre esse assunto, causa, é o antecedente, não só essencial, mas também adequado à produção do resultado.

¹⁷⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 62.

¹⁷⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2013. v.3. p. 138.

¹⁷⁹ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2004. p. 145-146.

¹⁸⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo Venosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 14^oed. São Paulo: Atlas, 2014 v. 4. p. 58-59.

¹⁸¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2013. v.3. p. 138.

¹⁸² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 64.

¹⁸³ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2004 p. 146.

Logo, nem todos as condições serão causa, mas apenas aquela que for mas apropriada a produzir o evento.¹⁸⁴

Outra teoria que fundamenta o nexo causal é a da causalidade direta ou imediata onde “requer que entre a conduta e o dano, haja uma relação de causa e efeito direto e imediato”.¹⁸⁵ Tendo por objetivo de reforçar seu entendimento, Pamplona Filho e Gagliano destaca “a causa, para esta teoria, como apenas o antecedente fático que ligado por um vínculo de necessidade ao resultado dano, determinasse este último como consequência sua, direta e imediata”.¹⁸⁶

No cenário jurídico brasileiro, tanto os autores renomados como Cavaliere Filho e o entendimento pacificado dos tribunais expressam que a teoria da causalidade adequada seja aplicada nos casos concretos.¹⁸⁷

Outros autores como Pamplona Filho e Gonçalves afirmam que o raciocínio lógico do nexo causal é da causalidade direta e imediata¹⁸⁸, tal qual exposto no art. 403 do Código Civil, que sobre o assunto asseveram: “ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.¹⁸⁹

2.3.2.2 *Concorrência de causa*

O nexo causal traz a relação entre a conduta do agente e o dano sofrido pela vítima, todavia a possibilidade da mesma vítima concorrer para o evento e isso é chamado de culpa concorrente ou concorrência de causa.¹⁹⁰

¹⁸⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 64.

¹⁸⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 6. p. 350.

¹⁸⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2013. v.3. p. 142.

¹⁸⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 66.

¹⁸⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2013. v.3. p. 146.

¹⁸⁹ BRASIL. **Lei 10.406, de 24 de outubro de 2002**. Dispõe sobre o Código Civil e dá outras providências. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em: 25 mar. 2016. Art. 403

¹⁹⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.75

Essa concorrência de causa não se estabelece de maneira absoluta, pois “é preciso estabelecer em que medida a vítima efetivamente concorre, que medida a sua conduta foi ou não causa adequada do evento.”¹⁹¹ Pode se afirmar que havendo causas simultâneas que venha a ensejar o evento danoso decorrente de uma conduta praticada pelo agente já é suficiente para acarretar o evento, tornando desnecessário a incidência do outro fato.¹⁹²

Sergio Cavaliere Filho demonstra isso referindo-se a julgado da 6ª câmara do Tribunal de Alçada Civil do Rio de Janeiro Ap 2440/90, referente a um acidente de trânsito no qual envolvia o condutor de uma moto e seu passageiro sem capacete e um motorista de um veículo. No julgado o voto vencido estabeleceu a culpa concorrente em virtude da imprudência de ambas as partes.¹⁹³

Sobre o entendimento do caso em comento, verificou-se culpa grave por parte do condutor do veículo que foi determinante para a incidência do caso. Houve a interposição de um recurso e por voto vencedor estabeleceu a tese da causa necessária e determinante com base no julgado Einfra 247/93 do 4º grupo de câmaras do mesmo Tribunal.¹⁹⁴

2.3.2.3 Concausa

Para Gagliano e Pamplona Filho concausa é um “acontecimento que, anterior, concomitantemente ou superveniente ao antecedente que deflagrou a cadeia causal, acrescenta-se a este, em direção ao evento danoso”¹⁹⁵ Na visão de Cavaliere seria “outra causa que, juntando-se à principal, concorre para o resultado e não pela conduta principal, nem de, por si sós, produz o dano”.¹⁹⁶

¹⁹¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 76.

¹⁹² NADER, Paulo. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 7. p. 115.

¹⁹³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 77.

¹⁹⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.77.

¹⁹⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2013. v.3. p. 148.

¹⁹⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.78.

As concausas podem ser divididas em preexistentes e supervenientes, sendo que o primeiro retrata causas antecedentes à própria conduta que ensejou o nexo causal e posteriormente a geração do dano não eliminando com isso a relação causal, como por exemplo um atropelamento que resultem complicações por ser a vítima um diabético ou que uma agressão física ou moral possa acarretar a morte de um indivíduo cardíaco.¹⁹⁷

No caso das concausas supervenientes ou concomitantes se perfaz após a concretização do nexo de causalidade, que embora se estabeleça de forma simultânea, em nada favorece o agente causador do evento, como por exemplo a vítima que falece de tétano como desdobramento de um acidente de trânsito, que lhe provocou ferimentos.¹⁹⁸

Não obstante caberá ao juiz nesses casos, não isentar totalmente a responsabilidade do agente como responsável pelo evento danoso. Em virtude do entendimento do fato danoso como responsável da lesão que o julgamento poderia admitir que caiba atenuante da pena existente como influência de causa concorrente.¹⁹⁹

2.3.3 Dano

O dano é um elemento essencial dentro da responsabilidade civil, pois estabelece parâmetro na obrigação de reparar. Decorrendo sua ausência, será afetada a eficácia do instituto e a concretização do enriquecimento ilícito.²⁰⁰ Tal pressuposto encontra respaldo no Código Civil de 2002, em seu art. 186 “violar direito e causar dano”²⁰¹ e art. 927 “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem”.²⁰²

¹⁹⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2013. v.3. p. 148-149.

¹⁹⁸ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 69.

¹⁹⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.79-80.

²⁰⁰ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2004. p. 1179.

²⁰¹ BRASIL. **Lei 10.406, de 24 de outubro de 2002**. Dispõe sobre o Código Civil e dá outras providências. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em: 25 abr.2016. Art.186

²⁰² BRASIL. **Lei 10.406, de 24 de outubro de 2002**. Dispõe sobre o Código Civil e dá outras providências. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em: 25 abr. .2016. Art. 927

No que tange a definição de dano houve, dentro do campo doutrinário, uma divergência, pois tanto a jurisprudência, como parte da doutrina entendem que o ônus está atrelado as suas consequências, enquanto Agostinho Alvim, Formica e Minozzi e Cavalieri estabelecem que “o acerto desta definição está concentrado sobre o bem ou interesse atingido sobre o objeto da lesão, tanto patrimonial como moral, e não sobre as consequências”.²⁰³

Na definição de Gonçalves o dano patrimonial está relacionado a violação do bem do ofendido e o moral, também considerado extrapatrimonial, atinge sua integridade como indivíduo na sociedade.²⁰⁴

2.3.3.1 *Dano material*

O dano em análise, pode ser configurado como patrimonial, pois atinge os bens e direitos dos indivíduos, podendo serem divididas em dano material emergente e lucros cessantes.²⁰⁵

Com relação a essas modalidades de dano, Diniz, “expressa dano emergente como sendo um déficit real e efetivo no patrimônio do lesado e lucros cessantes se caracteriza a um alusivo à privação de um ganho pelo lesado.”²⁰⁶ Cabe mencionar uma jurisprudência que demonstra a incidência do dano material:

“Ementa: RECURSO INOMINADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. ACIDENTE EM RODOVIA PEDAGIADA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ENUNCIADO 5.1 DAS TURMAS RECURSAIS DO ESTADO DO PARANÁ. DANO MATERIAL CONIFIGURADO. SITUAÇÃO QUE EXTRAPOLA O MERO ABORRECIMENTO. SENTENÇA MANTIDA. Recurso conhecido e desprovido. Face o exposto, decidem os Juízes integrantes da Turma Recursal do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, conhecer e negar provimento ao recurso, nos exatos termos deste voto (TJPR - 1ª Turma Recursal - 0001412-81.2013.8.16.0165/0 -

²⁰³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 93.

²⁰⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 6. p. 357-358.

²⁰⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2013. v.3. p. 91.

²⁰⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, v. 7. p. 63

Telêmaco Borba - Rel.: Carolina Marcela Franciosi Bittencourt - - J. 18.08.2015).²⁰⁷

O princípio que prevalece tanto no dano emergente e lucros cessantes é da razoabilidade que encontra fundamento no art.402, CC “salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.²⁰⁸

2.3.3.2 *Dano moral*

O dano moral pode apresentar alguns aspectos tradicionais como o sentimento de dor, vexame, sofrimento, humilhação e que não possui um caráter patrimonial.²⁰⁹ A partir da Constituição, houve o estabelecimento do direito de personalidade, e a ideia da dignidade da pessoa humana, que colocaram as questões humanas em destaque no ordenamento jurídico brasileiro.²¹⁰

Com base nisso, há uma nova percepção de dano moral, que segundo Cavalieri “em sentido estrito é a violação do direito a dignidade e em sentido amplo é a restrição de algum direito da personalidade”.²¹¹

Elenca Gonçalves “que dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É essa lesão de bem que integra os direitos de personalidade como a honra, dignidade, a imagem e etc”.²¹²

Sobre a perspectiva histórica, em um primeiro momento, o dano moral era uma ocorrência de difícil apuração e até objeto de um certo preconceito, pois não

²⁰⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Recurso Inominado. **TJPR. RECURSO INOMINADO Nº 1ª Turma Recursal - 0001412-81.2013.8.16.0165/0** - Telêmaco Borba - Rel.: Carolina Marcela FranciosiBittencourtJ.18.08.2015.Disponível em:<<http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=ACIDENTE+EM+RODOVIA+PEDAGIADA>>Acesso em: 15 mai. 2016.

²⁰⁸ BRASIL. **Lei 10.406, de 24 de outubro de 2002**. Dispõe sobre o Código Civil e dá outras providências. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em: 25 abr. 2016. Art. 402

²⁰⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: responsabilidade civil. 16. ed. São Paulo: Saraiva, v. 7. p. 81

²¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 6. p. 377-378.

²¹¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.106-108.

²¹² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 6. p.377.

era comum mensurar um valor em relação a violação de determinados sentimentos.²¹³

Todavia, em um segundo momento, houve o avanço do entendimento de que o dano moral tinha como função a compensação, não havia ainda a percepção que tanto o dano moral como o material abarcavam um todo unitário.²¹⁴

Em terceiro momento da história jurídica brasileira, houve a mudança de posicionamento, principalmente no entendimento do Supremo Tribunal Federal, em relação a possibilidade de cumular ambos os danos embora com naturezas distintas.²¹⁵

Quanto ao posicionamento legislativo atual em relação ao dano moral, Pamplona Filho e Gagliano destacam que pese sua reparação poderá exigir condenação pecuniária como meio de compensar a ofensa feita pelo autor. Essa medida será avaliada pelo juiz na aplicação que poderá ser concorrente com medida de prisão alternativa.²¹⁶

2.4 Espécies da Responsabilidade Civil

A responsabilidade civil pode decorrer da violação de uma relação jurídica preexistente ou estabelecida com base genérica, diante da restrição a uma norma jurídica, sem formar nenhum vínculo contratual.²¹⁷

Pamplona Filho e Gagliano, asseveram que o instituto, quanto a sua classificação, pode ocorrer de “forma sistêmica”, diante da natureza da violação e a questão da culpa. As espécies de responsabilidade são a contratual, extracontratual, subjetiva e subjetiva.²¹⁸

²¹³ VENOSA, Sílvio de Salvo Venosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 14^oed. São Paulo: Atlas. v. 4. p. 50-51.

²¹⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.110.

²¹⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.110.

²¹⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2013. v.3. p. 104.

²¹⁷ NADER, Paulo. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 7. p. 21-22.

²¹⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2013. v.3. p. 57-60.

Sobre sua regulamentação pode-se afirmar que existe uma certa dissonância de autores como Gonçalves que estabelecem de forma fixa a previsão normativa, sendo a contratual prevista nos arts. 389 a 395 do CC e a extracontratual em seus arts. 186 a 188 e 927, CC, ²¹⁹ todavia doutrinadores como Cavalieri estabelece que “em nosso sistema de divisão entre responsabilidade contratual e extracontratual não é estanque. Uma vez que as regras do Código para responsabilidade contratual, também se aplicam a extracontratual”.²²⁰

2.4.1 Responsabilidade contratual e extracontratual

A responsabilidade em geral está ligada a violação de um determinado dever jurídico que enseja a obrigação de reparar, pois acarretou dano à vítima. ²²¹Entre as responsabilidades em comento, a diferença principal está na natureza da violação. Alerta Cavalieri que “tanto na contratual como a extracontratual há a violação de um dever jurídico preexistente”. ²²²

Na perspectiva jurídica de Paulo Nader na “responsabilidade extracontratual, ocorre infração de uma lei; na contratual, de obrigação assumida em negócio jurídico²²³” Com base no entendimento de Gonçalves a responsabilidade contratual além de abarcar aspectos do termo contrato, também são previstas as hipóteses de inadimplemento e mora das obrigações que decorre de um negócio jurídico unilateral ou de lei, além da responsabilidade extracontratual onde o indivíduo pratica um ato contrário a seara legal, referente a deveres gerais de abstenção e omissão.²²⁴

Essas duas espécies de responsabilidade possuem algumas diferenças, que serão apontadas por Gonçalves:

²¹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 6. p.45.

²²⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.31.

²²¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 23.

²²² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.31.

²²³ NADER, Paulo. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 7. p. 21.

²²⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 6. p.44-45

“A primeira, e talvez mais significativa, diz respeito ao ônus da prova. Se a responsabilidade é contratual, o credor só está obrigado a demonstrar que a prestação foi descumprida. No entanto, se a responsabilidade for extracontratual, a do art. 186, o autor da ação é que fica com o ônus de provar que o fato se deu por culpa do agente. Outra diferenciação que se estabelece entre a responsabilidade contratual e a extracontratual diz respeito às fontes de que promanam. Enquanto a contratual tem sua origem na convenção, a extracontratual a tem na inobservância do dever genérico de não lesar, de não causar dano a ninguém (*neminem laedere*), estatuído no art. 186 do Código Civil.

Outro elemento de diferenciação entre as duas espécies de responsabilidade civil refere-se à capacidade do agente causador do dano.

Outro elemento de diferenciação poderia ser apontado no tocante à gradação da culpa. Em regra, a responsabilidade, seja extracontratual (art. 186), seja contratual (arts. 389 e 392), funda-se na culpa. A obrigação de indenizar, em se tratando de delito, deflui da lei, que vale *erga omnes*”²²⁵

Expressa Pamplona Filho e Gagliano dentro do âmbito normativo, a classificação das responsabilidades em sistema bipartida.²²⁶ Na observação de Cavalieri “os adeptos da teoria unitária, criticam essa dicotomia, pois entendem que pouco importam os aspectos sobre os quais se apresentem a responsabilidade civil no cenário jurídico, haja vista que os efeitos são uniformes.”²²⁷

2.4.2 Responsabilidade objetiva e subjetiva

A ideia desses tipos de responsabilidade se estabelece na noção de que a teoria subjetiva prevê a preexistência de culpa para configurar o dever jurídico de reparação. Seu fundamento é disposto no art. 186 do CC, enquanto que o objetivo se baseia na teoria do risco, sem a existência do elemento culpa, tendo diante disso a aplicação da relação causal entre a conduta e o dano, sendo amparado no art. 927 § único e arts. 931 e seguintes do CC.²²⁸

Primeiramente cabe destacar a responsabilidade civil subjetiva que estabelece como pressuposto principal para a configuração a culpa em sentido

²²⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 6. p.46-47

²²⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2013. v.3. p. 61

²²⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 31.

²²⁸ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 26-28.

amplo decorrendo de um ato intencional ou negligente e imprudente do agente causador do dano, que viola o preceito normativo vigente.²²⁹

Com isso, na perspectiva de Pamplona Filho e Gagliano sobre as considerações iniciais da teoria subjetiva, traz a ideia de culpa ou dolo em sentido amplo, sendo considerado um elemento essencial a configuração do agente reparador.²³⁰

O instituto começou a ensejar efeitos no ordenamento jurídico brasileiro, no período do Código Civil de 1916, em seu art. 159, que previa de maneira exclusiva o cerne da teoria subjetiva e a ideia do ônus da prova.²³¹ No Código Civil de 2002, houve uma mudança de paradigma onde consagrou expressamente a teoria do risco e; ao lado da responsabilidade subjetiva, admitiu também a responsabilidade objetiva.²³² Com base no art.927§único estabelecido in verbis:

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”²³³

Diferente do cenário jurídico subjetivo que previa como elementos a conduta culposa, nexos de causalidade e o dano, a responsabilidade objetiva que concerne a conquista evolutiva, trouxe somente os elementos do nexo causal e o dano²³⁴. Cavalieri, ainda ressalta que a subjetiva envolve uma relação entre pessoas físicas e os profissionais liberais, enquanto que no objetivo engloba toda a seara de grupo, como o Estado, empresas e etc.²³⁵

²²⁹ NADER, Paulo. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 7. p. 21.

²³⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2013. v.3. p. 57.

²³¹ VENOSA, Sílvio de Salvo Venosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas. v. 4. p. 50-51.

²³² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2013. v.3. p. 57.

²³³ BRASIL. **Lei 10.406, de 24 de outubro de 2002**. Dispõe sobre o Código Civil e dá outras providências. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em: 25 abr. 2016. Art. 927 § único.

²³⁴ NADER, Paulo. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 7. p. 21-22.

²³⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.201.

2.5 Excludentes de Responsabilidade civil

A responsabilidade civil se concretiza por meio de uma ação indenizatória, através do qual a vítima consegue demonstrar os elementos ou pressuposto do instituto, todavia existe também a possibilidade do agente apresentar elementos no processo que exclua qualquer intenção de reparação.²³⁶

Isso é chamado de excludentes de responsabilidade civil, que segundo Pamplona Filho ou Gagliano “devem ser entendidas como todas as circunstâncias que, por atacar um dos elementos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil, rompendo o nexo causal, terminam por fulminar qualquer pretensão indenizatória.”²³⁷

As excludentes podem ser classificadas estado de necessidade, exercício regular do direito e estrito cumprimento do dever legal, caso fortuito e força maior, culpa exclusiva da vítima e fato de terceiro.²³⁸

2.5.1 Legítima defesa e exercício regular do direito

A legítima defesa, o exercício regular do direito e estrito cumprimento do dever legal, são elementos que rompem o nexo de causalidade ²³⁹ previsto legalmente no art.188, I do CC, conforme exposto abaixo:

“Art. 188. Não constituem atos ilícitos:
I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;”²⁴⁰

Nelson Nery coloca a legítima defesa e o exercício regular do direito como causas excludentes de antijuridicidade sendo “a primeira uma repulsa, proporcionar

²³⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 6 ed Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.77.

²³⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2013. v.3. p. 153.

²³⁸ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2004 p. 171

²³⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.34

²⁴⁰ BRASIL. **Lei 10.406, de 24 de outubro de 2002**. Dispõe sobre o Código Civil e dá outras providências. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em: 25 abr. 2016. Art. 188,I

à ofensa, no intuito de evitar que o direito próprio ou de outrem seja violado e o segundo é a utilização de um direito sem invadir a esfera do direito de outrem.”²⁴¹

A legítima defesa é considerada “real” quando o agredido reage proporcionalmente à agressão sofrida e “putativa” que decorre de uma suspeita de uma possível violação a sua integridade física, usando os meios moderados para defender direito seu ou de outrem.²⁴²

Se a legítima defesa for praticada contra o agente causador do dano, não haverá ação de reparação, contudo se por engano atingir um terceiro, terá que reparar e posteriormente poderá ingressar com uma ação de regresso contra o verdadeiro responsável pelo evento, e isso encontra previsão no art. 930 §único do CC.²⁴³

No caso do exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal o agente não pode ser responsabilizado por um ato que encontra respaldo no arcabouço normativo, como por exemplo o desmatamento de determinada área rural para o plantio de cereais, sob autorização do poder público.²⁴⁴

Nesse sentido, a jurisprudência do STJ, apresenta o elemento concernente a excludente, conforme previsto:

“Ementa: RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. POLICIAL MILITAR. TRAVAMENTO DE PORTA GIRATÓRIA DE BANCO. DISPOSITIVO DE SEGURANÇA. ATO LÍCITO. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. 1. É obrigação da instituição financeira promover a segurança de seus clientes, constituindo-se em exercício regular de direito a utilização de porta giratória com detector de objetos metálicos. 2. Não caracteriza ato ilícito passível de indenização por dano moral o simples travamento da porta giratória na passagem de policial militar armado, ainda que fardado. 3. Recurso especial provido. STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 1444573 SP 2014/0066979-8 (STJ).”²⁴⁵

²⁴¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2009. p. 394-395

²⁴² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2013. v.3. p. 156-157

²⁴³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 6. p.462

²⁴⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2013. v.3. p. 158.

²⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp. STJ. RECURSO ESPECIAL Nº 1444573SP2014/00669798**. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25269410/recurso-especial-resp-1444573-sp-2014-0066979-8-stj>>. Acesso em: 15 mai. 2016

Contudo, quando se extrapola os conceitos jurídicos, comete-se um claro abuso de direito que se exceder a previsão da ordem jurídica se configura um abuso de direito. Tal prática acarreta inegáveis prejuízos a terceiros, bastando para isso, ultrapassar os limites e ferir as finalidades sociais e econômicas, pela boa-fé ou pelos costumes que estão elencados no art. 187, do Código Civil.²⁴⁶

2.5.2 Estado de necessidade

O estado de necessidade é uma excludente de responsabilidade civil previsto no art. 188, II, § único do CC conforme:

“Art. 188. Não constituem atos ilícitos:
II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.
Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.”²⁴⁷

O elemento se perfaz quando o agente “age em estado de necessidade, para salvar a si ou a terceiro de perigo grave ou iminente, pratica ato que ofendeu direito de outrem”.²⁴⁸

Aduz Pamplona Filho e Gagliano que “o estado de necessidade consiste na situação de agressão a um direito alheio, de valor jurídico igual ou inferior àquele que se pretende proteger, para remover perigo iminente, quando as circunstâncias do fato não autorizem outra forma de atuação.”²⁴⁹

A jurisprudência, é bem clara quando determina a excludente de responsabilidade, previsto conforme exposto:

“Ementa: APELAÇÃO CÍVEL REPARAÇÃO DE DANOS. 1. Atropelamento de menor Criança que perseguia pipa Atravessia de via pública em desatenção ao fluxo de trânsito Criança desacompanhada dos pais e/ou adultos responsáveis Veículo que seguia em velocidade compatível com a região - Responsabilidade civil objetiva da administração pública Descabimento - Hipótese de

²⁴⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.81.

²⁴⁷ BRASIL. **Lei 10.406, de 24 de outubro de 2002**. Dispõe sobre o Código Civil e dá outras providências. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em: 20 mai. 2016. Art. 188,II

²⁴⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2009. p. 395

²⁴⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2013. v.3. p. 154

excludente de ilicitude civil consubstanciada na culpa exclusiva da vítima - Improcedência da ação Reforma da sentença. 2. Recurso provido. TJ-SP - Apelação APL 00051614620118260053 SP 0005161-46.2011.8.26.0053 (TJ-SP).”²⁵⁰

No caso do estado de necessidade, a excludência não pode ultrapassar os limites determinados pelo parágrafo único do art.188 do CC, que exige o não cometimento de excessos por parte do agente. Havendo extrapolação do uso da excludente do estado de necessidade o agente poderá ser responsabilizado.²⁵¹

Sobre essa excludente o Código também dispõem a incidência dos arts. 929 e 930 do CC.²⁵² Em relação ao art. 929, do CC, é exposta a quem tinha sofrido um dano possa por meio de uma ação indenizatória pleitear a reparação contra o agente causador que atuou em estado de necessidade, como por exemplo o motorista que lança seu veículo no muro para não atropelar uma criança, terá que reparar a pessoa que não foi culpada pelo perigo, contudo se for comprovado culpa de um terceiro para a configuração do estado de necessidade, caberá o direito de regressivo.²⁵³

2.5.3 Caso fortuito e força maior

O caso fortuito e a força maior são excludentes de responsabilidade civil prevista no art. 393,§ único na qual deixa expresso:

“Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.”²⁵⁴

Sobre a temática, a jurisprudência possui entendimento sobre a questão:

²⁵⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. TJ-SP. **Apelação APL 00051614620118260053 SP 000516146.2011.8.26.0053**. Disponível em: <<http://tjsp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/141947553/apelacao-apl-51614620118260053-sp-0005161-4620118260053>> Acesso em: 15 mai. 2016

²⁵¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 7. Ed. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2009. p. 395

²⁵² BRASIL. **Lei 10.406, de 24 de outubro de 2002**. Dispõe sobre o Código Civil e dá outras providências. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em: 25 abr. 2016. Art. 929-930

²⁵³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 6. p. 458.

²⁵⁴ BRASIL. **Lei 10.406, de 24 de outubro de 2002**. Dispõe sobre o Código Civil e dá outras providências. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em: 25 abr.2016. Art. 393,§único

“Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. QUEDA DE ENERGIA. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE DE CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR. DANOS MORAIS NÃO COMPROVADOS. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70060354032, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elisa Carpim Corrêa, Julgado em 28/08/2014).”²⁵⁵

Com relação a natureza do caso fortuito e da força maior, existe uma certa dicotomia. Enquanto autores como José Aguiar Dias entendem que esses temas são sinônimos tanto no campo semântico como no jurídico,²⁵⁶ outros doutrinadores como Venosa aplicam as excludentes como sinônimo no Código Civil, mas a divergência na definição de ambos no que tange a compreensão dos fenômenos.²⁵⁷

2.5.4 Culpa exclusiva, concorrente e fato de terceiro

Primeiramente, cabe salientar que havendo contribuição exclusiva da vítima para ensejar a relação de causal entre o ato do agente e o dano sofrido, se concretiza o rompimento do nexa causal, recaindo sobre a vítima responsabilidade, como por exemplo a vítima de atropelamento, que na verdade se jogou em cima do veículo conduzido por motorista que seguia as regras de trânsito.²⁵⁸

Diferentemente desse caso é a possibilidade da vítima ter contribuído parcialmente para a ocorrência do evento. Assim sendo, e com isso cada um terá sua parcela de responsabilidade com base no caso concreto.²⁵⁹ O art. 945, do CC ao dispor sobre “se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.”²⁶⁰

²⁵⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. TJRS. **Apelação Cível Nº 70060354032**, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elisa Carpim Corrêa, Julgado em 28/08/2014. Disponível em: < <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/141376970/apelacao-civel-ac-70060910932-rs>> Acesso em: 15 mai. 2016.

²⁵⁶ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 935.

²⁵⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo Venosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 4. p. 61.

²⁵⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 6. p.463

²⁵⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 6. p.464

²⁶⁰ BRASIL. **Lei 10.406, de 24 de outubro de 2002**. Dispõe sobre o Código Civil e dá outras providências. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em: 25 abr. 2016. Art. 945

A jurisprudência tem se posicionado sobre os pontos da culpa exclusiva e concorrente:

“Ementa: DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS E MATERIAIS. ACIDENTE ENTRE CAMINHÃO DA EMPRESA RÉ E O IRMÃO DA AUTORA. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. VÍTIMA EMBRIAGADA. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. 1. Demonstrado que o resultado danoso se deu por culpa exclusiva da vítima, irmão da autora, uma vez que, além de não se encontrar com nenhum equipamento de segurança, estava sob efeito de grandes doses de bebidas alcoólicas, vindo a colidir sua bicicleta com o caminhão da empresa ré, resta configurada a excludente de responsabilidade do condutor do caminhão. 2. Sendo o evento danoso motivado por uma excludente de responsabilidade civil, não há que se falar em reparação a título de dano moral e material. 3. Recurso desprovido. Sentença mantida. Página 1 de 157.151 resultados TJ-DF - Apelação Cível APC 20150510122619 (TJ-DF)”.²⁶¹

“Ementa: DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. COLISÃO DE VEÍCULOS. CULPA CONCORRENTE. INDENIZAÇÃO PROPORCIONAL. I - CONSTATADA A CULPA CONCORRENTE DAS PARTES PELO EVENTO DANOSO, DEVE A INDENIZAÇÃO SER FIXADA PROPORCIONALMENTE À EXTENSÃO DA CONDUTA DO LESADO QUE CONTRIBUIU PARA O RESULTADO. SENDO A GRAVIDADE DA CULPA PROPORCIONAL E EQUIVALENTE ENTRE AS PARTES, DEVE HAVER A DISTRIBUIÇÃO EQUITATIVA DOS PREJUÍZOS SUPOSTOS. II - NEGOU-SE PROVIMENTO AOS RECURSOS. TJ-DF - Apelacao Cível APC 20120310233752 DF 0022824-55.2012.8.07.0003 (TJ-DF).”²⁶²

Outra excludente pertinente de análise e que gera discordância jurisprudencial é o que se relaciona à culpa de terceiro. O debate sobre tal participação se dá por um não agente ou vítima o que causa o rompimento do nexo causal.²⁶³

Por não haver entendimento pacífico, haja vista que a jurisprudência tem demonstrado várias situações da inclusão do terceiro diretamente ou por meio de um direito de regresso:

“Ementa: RECURSO ESPECIAL. CIVIL, PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. ROUBO DE

²⁶¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. TJ-DF. **Apelação Cível APC 20150510122619**. Disponível em: <<http://tjdf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/310984598/apelacaocivelapc20150510122619>> Acesso em: 15 mai. 2016

²⁶² BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. TJ-DF. **Apelacao Cível APC 20120310233752 DF002282455.2012.8.07.0003** Disponível em: <<http://tjdf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115497209/apelacao-civel-apc-20120310233752-df-00228245520128070003>> Acesso em: 15 mai. 2016.

²⁶³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2013. v.3. p. 169-170.

VEÍCULO. MANOBRISTA DE RESTAURANTE (VALET). RUPTURA DO NEXO CAUSAL. FATO EXCLUSIVO DE TERCEIRO. AÇÃO REGRESSIVA DA SEGURADORA. EXCLUDENTE DA RESPONSABILIDADE CIVIL. CONSUMIDORA POR SUBROGAÇÃO STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 1321739 SP 2012/0088797-0 (STJ)".²⁶⁴

"Ementa: DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ATROPELAMENTO. FATO DE TERCEIRO. EXCLUDENTE. 1. Para o fato de terceiro ser aceito como excludente da responsabilidade civil, é necessário verificar se o terceiro foi o causador exclusivo ou se apenas concorreu para o dano sofrido, isto é, que o fato praticado por terceiro era inevitável e imprevisível, a fim de eliminar o nexo causal entre a conduta do agente e o dano. 2. Comprovado nos autos que a vítima foi jogada na rua por uma terceira pessoa, e que o atropelamento não pôde ser evitado pelo condutor do veículo, ausente o liame que une a conduta do agente e o dano. Desse modo, o fato de terceiro elide o dever de indenizar, pois exclui o nexo causal, que é elemento essencial para a responsabilidade civil. 3. Recurso conhecido e desprovido."²⁶⁵

Afirma Venosa que "a questão é tormentosa na jurisprudência, e o juiz, por vezes, vê-se perante uma situação de difícil solução. Não temos um texto expresso de lei que nos conduza a um entendimento pacífico".²⁶⁶

²⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp. STJ. **RECURSO ESPECIAL nº1321739SP2012/00887970**. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24164523/recurso-especial-resp-1321739-sp-2012-0088797-0-stj>> Acesso em: 15 mai. 2016.

²⁶⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. TJ-DF. **Apelação Cível: APC 20110710068997**. Disponível em: <<http://tjdf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/310749114/apelacaocivelapc20110710068997>> Acesso em: 15 mai. 2016.

²⁶⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo Venosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 4. p. 70

3 RESPONSABILIDADE CIVIL NA ADOÇÃO

O processo de adoção é burocrático em geral vagaroso e solene, possuindo várias etapas para que possa gerar seus respectivos efeitos jurídicos. Contudo, pode ocorrer durante esse período fatos não incomuns nesse âmbito, como o arrependimento e a devolução da criança e do adolescente durante e após o processo de adoção.

Em ambos os casos tais fatos acontecem em geral, em virtude de motivos muitas vezes injustificáveis. Por isso, na maioria das vezes as devoluções e arrependimentos não são judicialmente aceitas.

A análise a seguir versará sobre a responsabilidade civil na lei, na jurisprudência e na doutrina acerca da devolução do adotado à adoção.

3.1 Eventual relação de responsabilidade civil pela devolução do adotado durante o estágio de convivência

O estágio de convivência é uma etapa do processo de adoção onde irá estabelecer um período de convivência entre o adotante e o adotado com o objetivo de averiguar a compatibilidade entre ambos.²⁶⁷ Tal procedimento está disciplinado no art. 46 da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).²⁶⁸

Comumente acontece, durante o estágio de convivência a devolução do adotando pelo adotante ao órgão de acolhimento por falta de compatibilidade. Tal fato tem acarretado comprovados danos psicológicos ao menor.²⁶⁹

Com relação a esse tema, será averiguado os campos legal, doutrinário e jurisprudencial, para verificar se haverá possibilidade de responsabilidade civil quando o adotado é devolvido ainda no estágio de convivência.

²⁶⁷ CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 212

²⁶⁸ BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em: 25 jul. 2016. Art. 46.

²⁶⁹ REZENDE, Guilherme Carneiro. **A responsabilidade civil em caso de desistência da adoção**. Disponível em: <<http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1797>> Acesso em: 25 jul. 2016.

Primeiramente é necessária uma análise relativa ao campo legal, haja vista que a uma ausência de previsão normativa no que tange ao tema, tanto na própria Constituição Federal, como no Estatuto da Criança e do Adolescente, no Código Civil de 2002 ou qualquer outra lei esparsa que pudesse explicar sobre o assunto.

A maioria dos julgados evidenciam o entendimento de que não cabe reparação em decorrência da devolução do adotado ao respectivo órgão anteriormente responsável pela guarda.

“Ementa - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - INDENIZAÇÃO - DANO MATERIAL E MORAL - ADOÇÃO - DESISTÊNCIA PELOS PAIS ADOTIVOS - PRESTAÇÃO DE OBRIGAÇÃO ALIMENTAR - INEXISTÊNCIA - DANO MORAL NÃO CONFIGURADO - RECURSO NÃO PROVIDO.

- Inexiste vedação legal para que os futuros pais desistam da adoção quando estiverem com a guarda da criança.

- O ato de adoção somente se realiza e produz efeitos a partir da sentença judicial, conforme previsão dos arts. 47 e 199-A, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Antes da sentença, não há lei que imponha obrigação alimentar aos apelados, que não concluíram o processo de adoção da criança.

- A própria lei prevê a possibilidade de desistência, no decorrer do processo de adoção, ao criar a figura do estágio de convivência.

- Inexistindo prejuízo à integridade psicológica do indivíduo, que interfira intensamente no seu comportamento psicológico causando aflição e desequilíbrio em seu bem estar, indefere-se o pedido de indenização por danos morais. V.V.P.”²⁷⁰

O julgado supramencionado refere-se a uma ação civil pública interposta pelo Ministério Público de Minas Gerais, por envolver um incapaz. Diante da defesa desse direito difuso a ação envolve os requeridos W. N. S. e R. M. S. no qual há a pretensão à devida reparação por desistência imotivada e retorno do menor ao acolhimento institucional.

Na ação civil pública, o próprio Parquet (Ministério Público) relatou que o adotado foi entregue à adoção após o seu nascimento e os requeridos iniciaram os trâmites do devido processo.

A alegação de adotante que pleiteava a devolução de adotando em processo não concluído, tendo por objeto, a informação de que o menor fora acometido de enfermidade que atingiu o seu sistema nervoso central, não galgou acolhimento da

²⁷⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. TJMG. **Apelação Cível: AC 10481120002896002 MG**. Órgão Julgador: Câmaras Cíveis / 2ª CÂMARA CÍVEL. Minas Gerais, 12, de agosto de 2014. Disponível em: <<http://tjmg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/135608610/apelacaocivelac10481120002896002mg>> Acesso em: 25 jul. 2016

justiça. Tal fato levou os requeridos a devolverem o menor ao acolhimento institucional.

O Parquet observou em sua peça processual que o casal atuou de forma negligente, pois criou uma expectativa na criança com relação a convivência familiar e na primeira dificuldade devolveram o menor e isso daria ensejo ao dano moral e material.

Em primeira instância o pedido de reparação foi improcedente e o Ministério Público de Minas Gerais apelou com a devida alegação de que mesmo não havendo sentença no processo de adoção com trânsito em julgado, os requeridos criaram para o menor a expectativa de ter pais e na primeira oportunidade efetuaram seu segundo abandono.

O caso, posteriormente, veio a ser julgado pela segunda Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sobe a relatoria de Hilda Teixeira da Costa no dia 12 de agosto de 2014 e publicado no dia 25 de agosto de 2014, com entendimento favorável aos apelados em virtude do fato da adoção não ter legalmente concluído seu processo e estabelecer seus respectivos efeitos jurídicos, conforme os arts. 47 e 199-A do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Cabe também salientar uma parte do voto do desembargador ALBERTO VILAS BOAS do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que havia seguido a relatora no que se refere ao não cabimento da responsabilidade civil em virtude da inexistência de ato ilícito, um dos elementos do instituto, presente nos arts. 186 e 927 do Código Civil de 2002.²⁷¹ Segundo o Magistrado:

“Sabe-se que a responsabilidade civil, consubstanciada no dever de indenizar o dano sofrido por outrem, advém necessariamente do ato ilícito, resultante da violação de direito alheio e lesão ao respectivo titular, nos termos dos arts. 186 e 927 do Código Civil.

Sendo assim, considerando que, na espécie em julgamento, os recorrentes detinham tão somente a guarda provisória da criança e externaram, durante o estágio de convivência, o desinteresse na consumação da adoção, não praticaram ato ilícito que pudesse

²⁷¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. TJMG. **Apelação Cível: AC 10481120002896002 MG**. Órgão Julgador: Câmaras Cíveis / 2ª CÂMARA CÍVEL. Minas Gerais, 12, de agosto de 2014. Disponível em: <<http://tjmg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/135608610/apelacaocivelac10481120002896002mg>> Acesso em: 25 jul. 2016

embasar o pedido indenizatória formulado pelo Ministério Público em favor da criança. ”²⁷²

Há, de outra parte o entendimento minoritário da jurisprudência, em relação a possibilidade de reparação pelo ato de devolução. Neste contexto, citamos o julgado:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA - I. ADOÇÃO - GUARDA PROVISÓRIA - DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO DE FORMA IMPRUDENTE - DESCUMPRIMENTO DAS DISPOSIÇÕES DO ART. 33 DO ECA - REVITIMIZAÇÃO DA CRIANÇA - REJEIÇÃO - SEGREGAÇÃO - DANOS MORAIS CONSTATADOS - ART. 186 C/C ART. 927 DO CÓDIGO CIVIL - REPARAÇÃO DEVIDA - AÇÃO PROCEDENTE - II. QUANTUM INDENIZATÓRIO - RECURSOS PARCOS DOS REQUERIDOS - CONDENAÇÃO INEXEQUÍVEL - MINORAÇÃO - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. - A inovadora pretensão do Ministério Público, de buscar o ressarcimento civil com a condenação por danos morais daqueles que desistiram do processo de adoção, que estava em fase de guarda, de forma abrupta e causando sérios prejuízos à criança, encontra guarida em nosso direito pátrio, precisamente nos art. 186 c/c arts. 187 e 927 do Código Civil. - O ilícito que gerou a reparação não foi o ato em si de desistir da adoção da criança, mas o modus operandi, a forma irresponsável que os requeridos realizaram o ato, em clara afronta aos direitos fundamentais da criança, bem como ao que está disposto no art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, pode haver outra situação em que a desistência da adoção não gere danos morais à criança, no entanto, não é este o caso dos autos. (TJ-MG - AC: 10702095678497002 MG), Relator: Vanessa Verdolim.”²⁷³

Esse caso trata de uma ação ajuizada pelo Ministério Público no qual pleiteava dano moral e material contra os adotantes em virtude da devolução do adotado ao acolhimento institucional ainda durante o período de guarda provisória.

Em acórdão houve o entendimento de que a atitude dos adotantes seria uma afronta aos direitos fundamentais presentes na lei maior do nosso arcabouço-jurídico, a Constituição Federal. Diante disso, condenou os requeridos por danos morais, com base nos arts. 186 e 927 do Código Civil de 2002.

²⁷² BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. TJMG. **Apelação Cível: AC 10481120002896002 MG**. Órgão Julgador: Câmaras Cíveis / 2ª CÂMARA CÍVEL. Minas Gerais, 12, de agosto de 2014. Disponível em: <<http://tjmg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/135608610/apelacaocivelac10481120002896002mg>> Acesso em: 25 jul. 2016

²⁷³ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. TJMG. Apelação Cível: AC10702095678497002MG. Órgão Julgador: Câmaras Cíveis / 1ª CÂMARA CÍVEL Relatora: Vanessa Verdolim. Minas Gerais 15 de março de 2014 Disponível em: <<http://tjmg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/121112072/apelacao-civel-ac-10702095678497002-mg>> Acesso em: 25 de jul. de 2016

Embora se encontre entre os doutrinadores que minoritariamente defende a responsabilidade civil do adotante, Epaminondas, em tese apresentada perante o XVIII Congresso Nacional do Ministério Público/CONAMP que obteve aceitação por unanimidade dos seus colegas presentes.²⁷⁴ O principal viés de defesa da sua tese resume-se no seguinte:

“Ademais, na interpretação das normas do Estatuto da Criança e do Adolescente, a dúvida porventura existente beneficia sempre a criança e o adolescente (art. 6º do ECA), com destaque ainda para o princípio do melhor interesse da criança, proveniente da legislação internacional, que foi incorporada ao direito pátrio pelo Decreto n. 99.710, de 21/11/1990; através dele foi promulgada a Convenção das Nações Unidas (ONU) sobre os Direitos da Criança. Vê-se, claramente, que o estágio de convivência não se constitui em direito instituído em favor dos adotantes, muito menos de forma expressa, o que significa, portanto, que eles não podem invocar o exercício regular de direito – que eles não possuem legitimamente –, de tal forma que, nos termos do art. 188, inciso I, do Código Civil, a sua conduta viesse a ser vista como lícita.”²⁷⁵

Fica evidente que o promotor pretendeu demonstrar a inexistência da excludente de responsabilidade civil, o exercício regular do direito, como justificativa para não reparar o adotado em virtude do ato de abandono durante o estágio de convivência e apontar um entendimento doutrinário favorável no que tange a responsabilidade durante essa etapa do processo de adoção.

Diante da importância dessa fase pertencente, necessária e obrigatória ao processo de adoção, faz-se necessário destacar outro ponto do entendimento do Promotor de Justiça em Minas Gerais que defende a prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da prioridade absoluta.

“O estágio de convivência, previsto no art. 46 do ECA, não pode servir de justificativa legítima para a causação, voluntária ou negligente, de prejuízo emocional ou psicológico a criança ou adolescente entregue para fins de adoção, especialmente diante dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da

²⁷⁴ COSTA, Epaminondas. **Estágio de Convivência, “Devolução” imotivada em processo de adoção de criança e de adolescente e reparação por dano moral e/ou material.** 2009. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/infanciahome_c/adocao/Doutrina_adocao/Tese%20-%20Devolu%C3%A7%C3%A3o%20Imotivada.pdf> Acesso em 25 de jul. 2016

²⁷⁵ COSTA, Epaminondas. **Estágio de Convivência, “Devolução” imotivada em processo de adoção de criança e de adolescente e reparação por dano moral e/ou material.** 2009. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/infanciahome_c/adocao/Doutrina_adocao/Tese%20-%20Devolu%C3%A7%C3%A3o%20Imotivada.pdf> Acesso em 25 de jul. 2016

prioridade absoluta em relação à proteção integral à infância e à juventude.”²⁷⁶

Fica claro então a omissão do legislador em trazer à tona a possibilidade ou não de responsabilidade civil, além de ficar evidenciado também a divergência doutrinária em relação a reparação pelo de abandono no que tange a prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana ou do devido processo legal de adoção, além do entendimento majoritário com relação a não reparação por danos morais e materiais, em virtude da não concretização do processo e a eventual produção de seus devidos efeitos jurídicos.

3.2 Possibilidade de responsabilidade civil pelo ato de devolução à adoção diante da formação do vínculo familiar – Análise Legal, Doutrinária e Jurisprudencial

A adoção é composta por um conjunto de atos que geram efeitos no campo jurídico e social tornando-a irrevogável após o seu cumprimento e o devido trânsito em julgado do processo.²⁷⁷

A adoção adquire a condição de irrevogabilidade após o trânsito em julgado e com isso haverá o devido cumprimento do art. 33 do Estatuto da Criança e do adolescente “a guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.”²⁷⁸ Sobre a temática é salutar demonstrar o entendimento de Gama:

“O princípio da irrevogabilidade, tal como expressamente tratado na lei estatutária, representa uma aplicação específica do princípio constitucional da igualdade entre os filhos (independentemente da origem, ou da fonte que gerou a filiação). Caso não ocorresse a irrevogabilidade, não haveria absoluta equiparação entre os filhos, levando em conta que os filhos decorrentes da adoção se sujeitariam à extinção do vínculo da parentalidade-filiação por força

²⁷⁶ COSTA, Epaminondas. **Estágio de Convivência, “Devolução” imotivada em processo de adoção de criança e de adolescente e reparação por dano moral e/ou material.** 2009 Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/infanciahome_c/adocao/Doutrina_adocao/Tese%20%20Devolu%C3%A7%C3%A3o%20Imotivada.pdf> Acesso em 25 de jul. de 2016

²⁷⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família.** 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 5. p. 452.

²⁷⁸ BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em: 25 jul. 2016. Art. 33.

de possível revogação da adoção na estrutura prevista originalmente no Código Civil de 1916.”²⁷⁹

Com o objetivo de reforçar a ideia da irrevogabilidade que será entendimento majoritário que justifica a incidência de reparação ao adotado em virtude do abandono e devida colocação do menor no acolhimento institucional, abaixo, a posição de Guimarães:

“A adoção é irrevogável, conforme o disposto no art. 48, do ECA. A irrevogabilidade da adoção não impede a destituição do poder familiar daquele que adotou, nem que consinta ele com nova adoção de seu filho, que fora adotado, devendo, evidentemente, agir com muita prudência os envolvidos neste novo processo. O projeto de lei de alteração do novo Código Civil acrescenta parágrafo ao art. 1.618, reafirmando a irrevogabilidade da adoção.”²⁸⁰

Garantidos por dispositivos legais o adotado conquista todos os direitos dos filhos legítimos a partir da conclusão do processo de adoção. Pensar diferente disso é usurpar do adotado direitos que lhe são garantidos pela constituição federal, no art. 227 § 6º que assevera: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”²⁸¹ Além da carta maior deixar expresso o direito do adotado, o Estatuto da Criança e do Adolescente também vai na mesma linha, com supedâneo art. 20.²⁸²

Embora a adoção tenha ganhado importância de cunho social e jurídico é comum a devolução do adotado à adoção diante de motivos injustificáveis que levam a violação de vários princípios constitucionais, entre eles podemos citar o da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança e do adolescente.

Cabe demonstrar o entendimento de Maria Luiza Ghirard, que justifica possíveis consequências que o menor poderia sofrer em virtude do ato de devolução feito pelos adotantes.

²⁷⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 575.

²⁸⁰ GUIMARÃES, Giovane Serra Azul. **Adoção, tutela e guarda: conforme o estatuto da criança e do adolescente e o novo código civil**. 2 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 45

²⁸¹ BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em :<www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.. Acesso em: 25 jul. 2016. Art. 226, § 6º.

²⁸² BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em: 25 jul. 2016. Art. 20.

“A devolução chama muito mais nossa atenção porque se constitui como uma experiência que reedita o abandono. É desse ângulo que se enfatiza que as consequências para a criança podem ser intensificadas em relação aos seus sentimentos de rejeição, abandono e desamparo.”²⁸³

Com o objetivo de reforçar o tema, é salutar expor também o pensamento de Silvana do Monte Moreira, presidente da Comissão de Adoção do IBDFAM, segundo o qual:

“Criança não é objeto e nem animal de laboratório, ou seja: não pode ser devolvida e nem sujeita a experimentos. Não se devolvem filhos naturais ao útero, assim como não se pode devolver filhos adotivos à Justiça. Filho é simplesmente filho, não sujeito a qualquer forma de adjetivação.”²⁸⁴

Diante do entendimento supramencionado fica comprovado que a criança e o adolescente que se encontram na condição de adotado, pode se valer do princípio da dignidade da pessoa humana, proteção integral e da igualdade entre filhos para garantir a prevalência de seus direitos fundamentais previsto na própria Constituição Federal.²⁸⁵

Diante do exposto, o ato de arrependimento do adotante, pode acarretar repercussão de cunho jurisprudencial. Citamos alguns julgados favoráveis a possibilidade de reparação civil diante da devolução do adotado à adoção.

Em primeira análise verifica-se alguns julgados que defendem a responsabilidade civil pelo arrependimento e posterior devolução do adotante transitado em julgado o processo de adoção. Em primeiro lugar, verificar o entendimento jurisprudência do TJMG:

“EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS E MATERIAIS - ADOÇÃO - DEVOLUÇÃO DO MENOR - RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS ADOTIVOS CONFIGURADA. Tendo os pais adotivos abandonado o menor, devolvendo-o ao abrigo, não tendo demonstrado sequer um mínimo de esforço para reaproximarem da criança, patente o dever de

²⁸³ GHIRARDI, Maria Luiza. **Devolução de crianças adotadas**. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/realidadebrasileirasobreadocao/devolucao-de-criancas-adotadas.aspx>> Acesso em: 20 jul. 2016

²⁸⁴ IBDFAM. **Casos de devolução de crianças adotadas revelam deficiências no sistema e na lei**, 2015. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/noticias/5660/Casos+de+devolu%C3%A7%C3%A3o+de+crian%C3%A7as+adotadas+revelam+defici%C3%Aancias+no+sistema+e+na+lei>> Acesso em: 15 jul. de 2016.

²⁸⁵ COPATTI, Aline Taiane; KIRCH, Livia Copelli. **Criança e adolescente: a problemática da adoção e posterior devolução às casas de acolhimento**. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/pdf/934/93431846002.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2016

indenizar, não só porque o filho foi privado do convívio de seus pais mas, primordialmente, de sua irmã de sangue de quem sente muita saudade. Negligenciando os requeridos na criação e educação do adotado, mormente, por terem ciência de que a adoção somente foi concedida, para possibilitar o convívio irmãos, ferindo, assim, o princípio constitucionalmente assegurado, da dignidade da pessoa humana, cabe-lhes indenizar a criança pelos danos sofridos.”²⁸⁶

O caso retrata o julgamento de uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público em face de M. P. S. e R. A. S., em favor de V. H. C. S. referente a uma adoção efetuada no ano de 1999, sendo posteriormente devolvida ao acolhimento institucional em 2001.

Tal fato acarretou danos psicológicos ao adotado, e diante disso além da reparação civil o Parquet requereu a perda do poder familiar pelo abandono físico e material a que foi o menor. No julgado, o tribunal condenou os requeridos em indenização por danos morais com base nos arts. 187 e 927 do Código Civil de 2002, pelo cometimento de ato ilícito.

Em caso análogo cabe destacar a Apelação nº 0006658-72.2010.8.26.0266 do TJSP:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. DEVOLUÇÃO DE MENOR ADOTADO À MÃE BIOLÓGICA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. REFORMA. REJEIÇÃO PELOS PAIS ADOTIVOS. GRAVE ABALO PSICOLÓGICO. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. PEDIDO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA DESCABIDO. EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR. INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO DE PARENTESCO A PARTIR DA ADOÇÃO PELA MÃE BIOLÓGICA. APELAÇÃO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDA, COM DETERMINAÇÃO.

1. Ação de indenização por danos morais movida por absolutamente incapaz (à época da distribuição do feito), em virtude de ter sido devolvido à mãe biológica pelos pais adotivos, com quem conviveu desde um ano de idade. Sentença de improcedência. Reforma parcial.

2. Danos morais configurados. Réus que se aproveitaram da aproximação entre o autor e sua mãe biológica, para se livrarem do menor, que estava apresentando problemas comportamentais durante a adolescência.

3. Rejeição pelos pais adotivos que provocou grave abalo psicológico ao adotado (apelante), conforme laudos psicológico e psicossociais.

4. Dano moral configurado. Indenização arbitrada em R\$ 20.000,00. Razoabilidade diante da capacidade econômica das partes. Valor

²⁸⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. TJMG. **Apelação Cível N° 1.0702.09.568648-2/002**. Comarca de Uberlândia. Minas Gerais, 10 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/infanciahome_c/adocao/Jurisprudencia_adocao/convivencia_familiar_adocao/TJMG%20%20Apela%C3%A7%C3%A3o%20C%C3%ADvel%20n%C2%BA%201.0702.09.5686482%20%20Ac%C3%B3rd%C3%A3o.pdf> Acesso em: 25 jul. 2016

que deverá ficar depositado em conta judicial até que o autor alcance a maioria.

5. Pedido de pensão alimentícia descabido. Extinção do poder familiar, e, conseqüentemente, do vínculo de parentesco. Ausência do dever de sustento.

6. Apelação do autor parcialmente provida, com determinação.”²⁸⁷

Trata-se de ação de indenização por danos morais movida pelo adotante em face dos adotados, em virtude da devolução do menor por motivo injustificado. Em primeira instância o pedido foi julgado improcedente, contudo foi interposto apelação.

Em segunda instância, o Tribunal verificou a rejeição dos pais adotivos e a utilização de meios ardilosos, como convencer a mãe a ficar a guarda do menor, em decorrência da dificuldade de convívio.

Para os magistrados, tais motivos não poderiam ensejar devolução e a rejeição configuraria indenização por dano moral no valor arbitrada em R\$ 20.000,00 em virtude dos abalos psicológicos sofridos pelo adotante.

Precedência no Superior Tribunal de Justiça reforça o entendimento majoritário dos tribunais com relação ao abandono efetivo que, além de ensejar indenização por danos morais, também acarreta a perda do poder familiar.

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.

2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.

3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.

4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero

²⁸⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. TJSP. **Apelação: APL00066587220108260266SP00066587 2.2010.8.26.0266**. Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado. São Paulo, 9 de março de 2014. Disponível em: <<http://tjsp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120917547/apelacaoapl66587220108260266-sp-0006658-7220108260266>> Acesso em: 25 de jul. 2016.

cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.

5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.

6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.

7. Recurso especial parcialmente provido.”²⁸⁸

Diante dos julgados apresentados, se percebe que após sentença transitada em julgado do processo de adoção se torna irrevogável e posterior ato de devolução após esse trâmite é ilícita, ensejando indenização por responsabilidade civil subjetiva, pelo preenchimento dos elementos culpa (negligencia), dano, por causa dos abalos psicológicos e o nexo de causalidade, que em envolve uma relação direta entre o dano e a conduta do adotante.

3.3 Perspectiva filosófica com relação responsabilidade civil

A temática envolvendo a possibilidade de uma eventual relação de responsabilidade civil pela devolução do adotado à adoção teve um amplo debate doutrinário e jurisprudencial, mas também pode ser explicado na seara filosófica com Ronald Dworkin e Herbert Lionel Adolphus Hart.

Ronald Dworkin nasceu no dia 11 de dezembro de 1931, na cidade de Worcester, do estado norte-americano de Massachussetts. Dworkin obteve formações acadêmicas promissoras, mas foi na universidade de Oxford que obteve destaque e se tornou um dos principais representantes da filosofia jurídica anglo-saxônica e atualmente é tratado como sucessor de Hart. ²⁸⁹Sobre o filósofo cabe salientar:

“Crítico implacável e rigoroso das escolas positivistas e utilitaristas , Dworkin, baseando-se na filosofia de Rawls e nos princípios do liberalismo individualista – pretende construir uma teoria geral do

²⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp1159242/SP**. Brasília, 24 de abril de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=15890657&sReg=200901937019&sData=20120510&sTipo=5&formato=PDF> Acesso em: 15 mai.2016

²⁸⁹ GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 7

direito que não exclua nem o argumento moral nem o argumento filosófico.”²⁹⁰

Com relação a Hart, é importante observar que nasceu em 1907 no Reino Unido e teve reconhecimento na universidade de Oxford, com sua teoria sofisticada do positivismo jurídico.²⁹¹

O entendimento majoritário da jurisprudência, já salientado com relação a possibilidade de reparação pela devolução do adotado ainda durante o estágio de convivência se aproxima com o pensamento de Hart. Segundo sua teoria:

“Para Hart, o ordenamento jurídico é formado por um conjunto de regras que ele denomina de regras primárias e por três tipos de regras secundárias: regras de reconhecimento, regras de alteração/modificação e regras de adjudicação. As regras primárias prescrevem o que os indivíduos podem ou não fazer e quando devem omitir certas ações – queiram ou não –, ou seja, são regras que impõem deveres em sentido positivo. Já as regras secundárias, ademais de desempenhar distintas funções no ordenamento jurídico, são também o remédio para cada um dos defeitos que, inevitavelmente, apresentam um sistema composto somente por regras primárias, entre os quais se encontram: a falta de certeza, a dificuldade para assimilar as mudanças (sociais, culturais, econômicas, etc.) ocorridas na sociedade e a ineficácia da pressão social difusa que se exerce com a intenção de que se cumpram as normas.”²⁹²

Com isso, é evidente a prevalência do positivismo na jurisprudência diante do cumprimento das regras previstas na nova lei de adoção, o Estatuto da Criança e Adolescente e a própria Constituição Federal, na qual dispõem claramente a necessidade de conclusão do processo para que o adotado ganhe a condição de filho legítimo e possa ter direito a um eventual direito de reparação por abandono.

Com relação ao ato de arrependimento após o encerramento do processo que envolve o instituto, é plausível fazer referência a Ronald Dworkin, segundo o qual o juiz ao fundamentar sua decisão deve se ater não somente as normas, mas também aos princípios e diretrizes. Segundo Dworkin:

²⁹⁰ SAMAPAIÓ, Patrícia. **Ensaio sobre Dworkin**, p.1. Disponível em: <<http://docslide.com.br/documents/ensaio-sobre-dworkin.html>> Acesso em: 10 out. 2016

²⁹¹ STOLZ, Sheila. **Um modelo de positivismo jurídico**: O pensamento de Herbert Hart, 2007. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/rdgv_05_pp101-120.pdf> Acesso em: 9 ago. 2016.

²⁹² STOLZ, Sheila. **Um modelo de positivismo jurídico**: O pensamento de Herbert Hart, 2007. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/rdgv_05_pp101-120.pdf> Acesso em: 9 ago. 2016

“O modelo hartiano é incapaz de dar conta da complexidade do direito. Para colocar à prova as teses prévias os positivistas propõem o problema da função judicial. Na tradição positivista mais desenvolvida se mantêm as teses da discricionariamente. O direito não pode oferecer resposta a todos os casos que se propõem. O positivismo hartiano sustenta que nos casos difíceis não existe resposta correta à prévia decisão do juiz, que tem um caráter discricionário. Dworkin atacará a teoria da função discricionária dos juízes enunciando a tese da resposta correta.”²⁹³

Diante da omissão do legislador ao regular a possibilidade de responsabilidade civil do adotante pelo de abandono mesmo após o encerramento da adoção, que elevou o adotado a condição de filho, o judiciário brasileiro, tem seguido a perspectiva de Dworkin e aplicado os princípios como o da dignidade da pessoa humana e da proteção integral para resolver casos difíceis de forma fundamentada, além também das diretrizes.

²⁹³ SAMAPAIÓ, Patrícia. **Ensaio sobre Dworkin**, p. 1. Disponível em: <<http://docslide.com.br/documents/ensaio-sobre-dworkin.html>> Acesso em: 10 out. 2016

CONCLUSÃO

A adoção é um instituto presente no cenário jurídico brasileiro, no qual seu procedimento encontra consonância com os princípios do devido processo legal, dignidade da pessoa humana, da proteção integral e igualdade entre filhos, todavia a própria Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente deixam claro que o adotado só adquire a condição de filho após o encerramento dos atos que envolvem o instituto.

A pesquisa realizada não pretendeu encerrar de todo a discussão do assunto, mas buscar algumas respostas à problemática que envolve posições discordantes relativas a responsabilidade civil pela devolução do adotado à adoção. Baseou-se em análises versadas a partir da lei, da jurisprudência e da doutrina.

Em um primeiro momento, verificamos que o próprio legislador trouxe através do Estatuto da Criança e do Adolescente um vasto procedimento solene e burocrático, contudo omitiu-se da relação de responsabilidade civil do adotante, relativa ao adotado, percebendo-se haver fracassada a boa e salutar aplicação do instituto em questão.

Os fatos mencionados acima levaram a doutrina e o próprio judiciário a se colocarem em posições muitas vezes divergentes sobre aspectos da responsabilidade.

Com relação a devolução do adotado à adoção, ainda durante o estágio de convivência, houve uma divergência no que tange a possibilidade de reparação, todavia a pesquisa trazida, evidencia entendimento majoritário da não possibilidade de responsabilidade civil, quando, ainda não concluso o processo de adoção.

Com o encerramento do processo de adoção, mediante sentença transitada em julgado, a Constituição Federal determina no seu art. 227 § 6º, que haverá igualdade de direito entre o adotado que adquiriu a condição de filho e os consanguíneos do adotante.

De outra parte verificamos na jurisprudência pesquisada e na doutrina que havendo qualquer ato de arrependimento do adotante, irá gerar o preenchimento

dos requisitos da responsabilidade civil subjetiva e a configuração do dano moral sofrido pelo adotado.

Tal posição tem por entendimento majoritário que tal postura fere frontal e legalmente os princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção integral dispostos tanto na Constituição Federal como no da Criança e do Adolescente.

Buscamos, demonstrar o pensamento baseado no positivismo puro do filósofo do Reino Unido, Herbert Hart e, contrariamente a posição do filósofo estadunidense, professor da Universidade OXFORD, Ronald Dworkin, que se posiciona favorável as regras, princípios e diretrizes para fundamentar as decisões dos juízes em casos difíceis.

Cabe salientar que mesmo com a indiscutível omissão do legislador, com relação a regulação da possibilidade de reparação, o judiciário brasileiro não ficou adstrito ao positivismo puro de Hart em todos os casos e acabou aplicando também os princípios e as diretrizes presentes no arcabouço teórico de Dworkin.

Uma solução plausível para a questão, que é objeto da presente defesa de tese, seria o próprio legislador se posicionar mediante lei específica sobre a possibilidade ou não de responsabilidade civil pelo ato de devolução durante o estágio de convivência e após o cumprimento dos atos procedimentais do instituto, observando os princípios do devido processo legal, da dignidade da pessoa humana e da proteção integral para que pudéssemos dar a temática mais segurança jurídica.

Ao finalizar a presente monografia, afirmamos, a partir do entendimento de Robert Alexy, que mesmo havendo uma lei específica na qual possibilitasse solucionar a problemática em questão, seria salutar também que o próprio magistrado ao julgar o caso concreto, aplicasse o juízo de ponderação, com base no princípio da proporcionalidade e razoabilidade estabelecendo um equilíbrio entre os princípios da proteção integral, devido processo legal e a dignidade da pessoa humana que na tese apresentada encontram-se em colisão aparente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 3.133, de 8 de maio de 1957**. Dispõe sobre a adoção. Rio de Janeiro 1957. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3133.htm> Acesso em 25 de abr. 2016.

BRASIL. **Lei 10.406, de 24 de outubro de 2002**. Dispõe sobre o Código Civil e dá outras providências. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 25 de abr. 2016.

BRASIL. **Constituição (1998)**. Constituição da República federativa do Brasil. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 de mai. 2016.

BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 15 abr. 2016.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal**. TJ-DF. Apelação Cível APC20150510122619. Disponível em <<http://tjdf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/310984598/apelacao-civel-apc-20150510122619>> Acesso em: 15 de mai. 2016.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal**. TJ-DF. Apelação Cível: APC 20110710068997. Disponível em: <<http://tjdf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/310749114/apelacao-civel-apc-20110710068997>>. Acesso em: 15 de mai. 2016.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal**. TJ-DF. Apelação Cível APC 20120310233752DF002282455.2012.8.07.0003 Disponível em <<http://tjdf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115497209/apelacaocivelapc20120310233752df00228245520128070003>> Acesso em: 15 de mai. 2016.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. TJMG. Apelação Cível: AC10702095678497002MG, Relator: Vanessa Verdolim. Disponível em: < <http://tjmg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/121112072/apelacao-civel-ac-10702095678497002-mg/inteiro-teor-121112123> >. Acesso em: 25 de jul. 2016.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. TJMG. Apelação Cível: AC 10481120002896002MG. Disponível em: <<http://tjmg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/135608610/apelacaocivelac10481120002896002mg>>. Acesso em: 25 de jul. 2016.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. TJMG. Apelação Cível: AC10481120002896002MG. Disponível em: <<http://tjmg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/13508610/apelacaocivelac10481120002896002mg>>. Acesso em: 25 de jul. 2016.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. TJMG. Apelação Cível: AC 10481120002896002MG. Disponível em: <<http://tjmg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/135608610/apelacaocivelac10481120002896002mg>> Acesso em: 25 de jul. 2016.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Paraná**. Recurso Inominado. TJPR. RECURSO INOMINADO Nº 1ª Turma Recursal - 0001412-81.2013.8.16.0165/0 - Telêmaco Borba - Rel.: Carolina Marcela Franciosi Bittencourt.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. TJRS. Apelação Cível Nº 70060354032, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elisa Carpinim Corrêa, Julgado em 28/08/2014. Disponível em: <<http://tjrs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/141376970/apelacao-civel-ac-70060910932-rs>>. Acesso em: 15 de mai. 2016.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. TJSP. Apelação: APL00066587220108260266SP000665872.2010.8.26.0266. Disponível em: <<http://tjsp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120917547/apelacaoapl66587220108260266-sp-0006658-7220108260266>>. Acesso em: 25 de jul. 2016.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. TJ-SP. Apelação APL 00051614620118260053 SP 0005161-46.2011.8.26.0053. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/141947553/apelacao-apl-51614620118260053-sp-0005161-4620118260053>>. Acesso em: 15 de mai. 2016.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial. REsp1159242/SP. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=15890657&sReg=200901937019&sData=20120510&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 15 de mai. 2016.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial. REsp 1172067 MG 2009/0052962-4. Terceira Turma. Recorrente: L C B E OUTRO. Recorrido: A C DA C. Relator (a): MINISTRO Massami Uyeda, Brasília 18, de março de 2010. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9115155/recurso-especial- resp-1172067-mg-2009-0052962-4/inteiro-teor-14264225>> Acesso em: 15 mai. 2016.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial. REsp. STJ. RECURSO ESPECIALNº1321739SP2012/00887970. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24164523/recurso-especial- resp-1321739- sp-2012-0088797-0-stj>>. Acesso em: 15 de mai. 2016.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial. REsp. STJ. RECURSO ESPECIALNº1.393.862SP(201302256814). Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/192706956/recurso-especial- resp-1393862- sp-2013-0225681-4>>. Acesso em: 15 de mai. 2016.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial. REsp. STJ. RECURSO ESPECIALNº1444573SP2014/00669798. Disponível em:<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25269410/recurso-especial- resp-1444573-sp-2014-0066979-8-stj>>. Acesso em: 15 de mai. 2016.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial. REsp. CONFLITO DE COMPETENCIA CC 54084 PR 2005/0140790-7. Segunda Seção.. Relator (a): JORGE SCARTEZZIN. Julgamento em:13 de setembro de 2006. Disponível em:<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/32701/conflito-de-competencia-cc- 54084-pr-2005-0140790-7>>. Acesso em: 20 de mai. 2016.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

COSTA, Epaminondas. **Estágio de Convivência, “Devolução” imotivada em processo de adoção de criança e de adolescente e reparação por dano moral e/ou material**.

COPATTI, Aline Taiane; KIRCH, Livia Copelli. **Criança e adolescente: a problemática da adoção e posterior devolução às casas de acolhimento**.

CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 12. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v.1.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, v. 7.

FONSECA, Antônio Cezar Lima. **Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GHIRARDI, Maria Luiza. **Devolução de crianças adotadas**. Disponível em: < <https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/realidadebrasileiraso breadocao/devolucao-de-criancas-adotadas.aspx> > Acesso em: 20 jul. 2016

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010

GUIMARÃES, Giovane Serra Azul. **Adoção, tutela e guarda: conforme o estatuto da criança e do adolescente e o novo código civil**.

IBDFAM. **Casos de devolução de crianças adotadas revelam deficiências no sistema e na lei**.

2015. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/noticias/5660/Casos+de+devolu%C3%A7%C3%A3o+de+crian%C3%A7as+adotadas+revelam+defici%C3%Aancias+no+sistema+na+lei>> Acesso em: 15 jul. de 2016.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014.

JOSSERAND, Louis. **Evolução da responsabilidade civil**. Trad. de Raul Lima, Revista Forense, 1986.

LÔBO, Paulo. **Famílias**: direito civil. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACIEL, Kátia. **Curso de Direito da Criança e Adolescente**: Aspectos Teóricos e Práticos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: responsabilidade civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 7.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 7. Ed. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: direito de família. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

SAMAPAIÓ, Patrícia. **Ensaio sobre Dworkin**.

Disponível em: <<http://docslide.com.br/documents/ensaio-sobre-dworkin.html>> Acesso em: 10 out. 2016

STOLZ, Sheila. **Um modelo de positivismo jurídico**: O pensamento de Herbert Hart. 2007 Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/rdgv_05_pp101-120.pdf> Acesso em: 9 ago. 2016

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2004.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

REZENDE, Guilherme Carneiro. **A responsabilidade civil em caso de desistência da adoção**. Disponível em:

<<http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1797>>

Acesso em: 25 jul. 2016.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. 6 ed.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 10 ed. São Paulo:Atlas 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 4