



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**THAÍS ARAÚJO DE MACÊDO**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL POR QUEBRA DA PROMESSA POR  
PARTE DO ADOTANTE DESISTENTE**

**BRASÍLIA**

**2023**

THAÍS ARAÚJO DE MACÊDO

A RESPONSABILIDADE CIVIL POR QUEBRA DA PROMESSA POR PARTE DO  
ADOTANTE DESISTENTE

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da  
Universidade de Brasília como requisito parcial  
para obtenção do título de bacharela em Direito.

Orientador: Prof.º Dr. João Costa-Neto.

BRASÍLIA

2023

THAÍS ARAÚJO DE MACÊDO

A RESPONSABILIDADE CIVIL POR QUEBRA DA PROMESSA POR PARTE DO  
ADOTANTE DESISTENTE

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da  
Universidade de Brasília como requisito parcial  
para obtenção do título de bacharela em Direito.  
Orientador: Prof.º Dr. João Costa-Neto.

Aprovada em \_\_\_\_ / \_\_\_\_ / \_\_\_\_.

Banca examinadora:

---

Prof.º Dr. João Costa-Neto — Orientador

---

Prof.ª Dra. Fernanda de Carvalho Lage

---

Prof.ª Dra. Talita Tatiana Dias Rampin

Inspirada em Viktor Frankl, eu encontrei o sentido da minha vida ajudando os outros a encontrarem a solução justa para os problemas deles. Dedico este trabalho a todos os pequenos esquecidos e postos em prateleiras sociais (ANDRIGHI, Nancy, 2021) em busca do mínimo para suas dignidades: um lar afetuoso para chamar de seu.

## AGRADECIMENTOS

A Deus, Criador inefável, Fonte verdadeira da luz e da ciência, que, com sua infinita bondade, e a Nossa Senhora, com sua eterna providência, acompanham-me e sondam-me.

A uma estrela que, no céu, passou a brilhar com mais força desde 2018. E a uma rosa de força inigualável. Aos meus amados pais, Sônia e Vilebaldo (*in memoriam*), os quais são a materialização do verdadeiro servir.

A Thyago e a Isa, meus anjos de carne, cujas belezas imensuráveis podem ser vistas com o mais simples do coração. Enfim, a toda minha família e extensão, pela integral estrutura concedida, fraterna e gratuitamente.

“Por isso é que a pessoa é um centro de imputação jurídica, porque o Direito existe em função dela e para propiciar seu desenvolvimento.”

(José Afonso da Silva)

## RESUMO

A adoção pode ser tida como instrumento para ter o direito à convivência familiar resguardado. Contudo, a desistência dela durante o procedimento do estágio de convivência é potencialmente danosa. À vista disso, a responsabilidade civil, pela Teoria do interesse negativo, é capaz de promover a proteção da confiança. É que a promessa tácita, feita durante o processo de adoção, gerou expectativas legítimas nos menores acerca da finalização da adoção. Portanto, a responsabilidade civil pré-contratual, por meio da Teoria do interesse negativo, é capaz, porém não suficiente, de tutelar a confiança, a fim de conseguir segurança jurídica. Para tanto, a metodologia de pesquisa empregada é a dedutiva, por meio de técnica bibliográfica e análise normativa, mapeadas criticamente, a fim de estabelecer um programa constitucionalmente adequado de fundamentação.

Palavras-chave: adoção; responsabilidade civil; interesse negativo; dignidade humana; proteção integral.

## **ABSTRACT**

Adoption can be seen as a tool to safeguard the right to family life. However, withdrawing the adoption during the bonding stage can be potentially harmful. In light of this, civil liability, through the Reliance Interest Theory can promote the protection of trust. The implicit promise made during the adoption process generated legitimate expectations in the minors regarding the completion of the adoption. Therefore, pre-contractual civil liability, through the Theory of Negative Interest, can safeguard trust in order to achieve legal certainty.

Keywords: adoption; civil liability; reliance interest; human dignity; comprehensive protection.



## **LISTA DE ABREVIATURAS**

ADI — Ação Direta de Inconstitucionalidade

CF/88 — Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CNA — Cadastro Nacional de Adoção

CP — Código Penal

ECA — Estatuto da Criança e do Adolescente

IBDFAM — Instituto Brasileiro de Direito da Família

PL — Projeto de Lei

REsp — Recurso Especial

STF — Supremo Tribunal Federal

STJ — Superior Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>12</b>
<b>1. O PROBLEMA.....</b>	<b>15</b>
1.1. DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA .....	15
1.1.1. Adoção .....	15
1.1.1.2. Procedimentos para a adoção .....	18
1.2. O PROBLEMA PELA ÓTICA DA TEORIA DA FRATERNIDADE.....	24
1.2.1. A fraternidade como categoria jurídica.....	24
1.2.2. A fraternidade como categoria política .....	25
1.2.3. Princípio político-jurídico .....	27
1.2.4. Fraternidade pela dignidade da pessoa humana.....	28
1.2.5. Fraternidade, direitos fundamentais e família.....	31
1.2.6. Afeto, família e fraternidade .....	34
1.3. O problema frente à Doutrina da proteção integral e ao princípio do melhor interesse da criança/adolescente .....	38
<b>2. RESPONSABILIDADE CIVIL POR QUEBRA DA PROMESSA.....</b>	<b>44</b>
2.1. Observações propedêuticas.....	46
2.1.1. Sobre a clássica dicotomia: responsabilidade contratual e extracontratual . .....	46
2.1.2. O dano como elemento comum às “duas responsabilidades”.....	47
2.1.3. Acerca da natureza jurídica da adoção.....	49
2.2. TEORIA DO INTERESSE NEGATIVO.....	50
2.2.1. Interesse negativo.....	50
2.2.2. Da necessidade de ressarcir o interesse negativo.....	55
<b>3. APLICAÇÃO DA TEORIA.....</b>	<b>58</b>
3.1. QUEBRA DE PROMESSA FAMILIAR.....	58
3.2. CRITÉRIO FORMAL .....	61
3.2.1. Base extracontratual.....	61

3.2.2. Fundamento diretamente da lei .....	62
3.3. CRITÉRIO MATERIAL .....	62
3.3.1. Tutela dos princípios da confiança, da equidade e da segurança jurídica	62
3.3.2. Tutela objetiva.....	62
3.3.3. Assunção obrigatória do risco de lesar a confiança .....	63
3.3.4. Teoria do risco-proveito .....	63
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>64</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>66</b>

## INTRODUÇÃO

Na responsabilização civil, está o corolário do Direito: a tentativa da reparação de danos causados a outrem, sem o exercício das próprias razões, isto é, a vingança privada<sup>1</sup>. Ao fim, almeja-se tanto uma postura punitivo-pedagógica como também preventiva e compensatória<sup>2</sup>. Contudo, uma vez reconhecido o poder-dever do Estado de responsabilizar, seja em qual for a esfera, busca-se, em última análise, uma resposta estatal ao dano já produzido<sup>3</sup>. Com relação à escolha político-constitucional de solução dos problemas civis, ela adentrou também à família<sup>4</sup>.

Apesar da tendência do Estado de se afastar do universo familiar, cujo objeto é íntimo, o aparelhamento estatal tende a ser presente nas relações que envolvem pessoas vulneráveis, a fim de dar proteção a elas, sob a ótica do princípio da responsabilidade<sup>5</sup>.

A adoção, em especial, a desistência dela e a possível reparação civil advinda são temas que chamam a atenção de todos, porém que carecem de sistematização<sup>6</sup>. Tratam-se de direitos fundamentais de vulneráveis que podem estar sendo violados<sup>7</sup>. Assim, a fim de organizar a narrativa, compreendê-la, e, o principal, colocá-la em uso com a finalidade de guarda de direitos, a pesquisa se mostra urgente todos os dias, nas varas da infância e da juventude<sup>8</sup>.

Menciona-se, desde já, que não se pretende abordar a desistência ocorrida durante os breves encontros do estágio de convivência — em sentido estrito —, mas a partir do término deste período, isto é, quando há o início da guarda provisória da criança ou do adolescente, com fins de adoção<sup>9</sup>. No presente trabalho, portanto, não há controvérsia sobre a possibilidade de desistência da adoção ainda nos breves encontros do estágio de convivência, visto que não se percebe dano<sup>10</sup>, uma vez que o laço de afeto e (ou) as expectativas juridicamente legítimas não foram criadas nas partes. Em verdade, esse momento possui este intuito: o de ser “um trunfo protetivo”<sup>11</sup>, ou seja, o teste é propositual e característico<sup>12</sup>. Desse modo, passar-se-á a tratar

---

<sup>1</sup> GONÇALVES, 2023, p. 19.

<sup>2</sup> ROSENVALD; FARIAS; NETTO, 2019, p.77 e ss.

<sup>3</sup> Id. p. 34 e ss.

<sup>4</sup> Id., p. 1108 e ss.

<sup>5</sup> PEREIRA, 2023, p. 1.

<sup>6</sup> GHILARDI; CANAVARROS, 2019, pp. 340-341.

<sup>7</sup> Id., p. 340.

<sup>8</sup> “O assunto é pouco tratado pela doutrina, mas a jurisprudência vem se encarregando de delinear contornos dessa quase ‘desadoção’ [...]” (PEREIRA, 2023, p. 462).

<sup>9</sup> GAGLIANO; BARRETTO, 2020, p. 5.

<sup>10</sup> Id., p. 6.

<sup>11</sup> GHILARDI; CANAVARROS, 2021, pp. 344-345.

<sup>12</sup> PEREIRA, 2023, p. 461.

acerca da desistência dentro do processo de adoção: após a guarda provisória ser deferida judicialmente<sup>13</sup>.

Também não é proposto tratar da desistência após o trânsito em julgado da sentença de adoção, pois o *pai* já não é mais *pretendente*<sup>14</sup>, isto é, já possui grau de parentalidade reconhecido e irrevogável<sup>15</sup>. Portanto, desistir de adotar a criança ou o adolescente que já é seu filho trata-se de impossibilidade jurídica e absurdo em termos. Inexiste “desadoção”<sup>16</sup>. Neste ponto, o paradigma muda de responsabilidade civil para crime de abandono de incapaz. Assim, não há dúvida acerca do dever de indenizar<sup>17</sup>.

O rompimento de vínculo entre o adotando e o adotante, durante a guarda provisória, “é traumátic[o] para quem tinha a expectativa pretendida de ser filho”<sup>18</sup>. Desse modo, a desistência do pretendente adotante se mostra como atitude juridicamente lícita, porém que pode lesar o adotando. Portanto, a dúvida que surge é a da possibilidade de responsabilizar o pretendente à adoção face ao dano gerado pela desistência.

A doutrina já se debruçou acerca da possibilidade da responsabilização civil do adotante pela desistência da adoção, com fundamento na Teoria do abuso de direito, presente no art. 187 do Código Civil. Há registro de estudos nesse sentido desde o ano 2009<sup>19</sup>. Contudo, o tema ainda é atual<sup>20</sup> e debatido dentro do Instituto Brasileiro de Direito da Família (IBDFAM)<sup>21</sup>.

Ainda que de forma incipiente, estudos também estão sendo realizados sobre a viabilidade da responsabilidade civil do adotante pela desistência da adoção, com amparo na Teoria da perda de uma chance<sup>22</sup>.

O presente trabalho tem a finalidade de mapear a factibilidade da responsabilização por meio de outro fundamento jurídico: o da Teoria da responsabilização *por quebra da promessa*<sup>23</sup>, dentro da hermenêutica constitucional da fraternidade e da dignidade humana.

Assim, a desistência da adoção é analisada com o enfoque na proteção da *confiança*<sup>24</sup>, com o viés da Teoria da fraternidade e da dignidade da pessoa humana. Sob essa narrativa e

---

<sup>13</sup> GAGLIANO; BARRETTO, pp. 5-7.

<sup>14</sup> GHILARDI; CANAVARROS, 2021, p. 353.

<sup>15</sup> Art. 39, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

<sup>16</sup> PEREIRA, 2023, p. 460.

<sup>17</sup> GAGLIANO; BARRETTO, 2020, p. 11.

<sup>18</sup> PEREIRA, 2023, p. 461.

<sup>19</sup> Cf. COSTA, 2009.

<sup>20</sup> A temática recebeu notoriedade especialmente após a propagação do caso de Huxley, criança que foi “devolvida” após quase três anos. (GAGLIANO; BARRETO, 2020, p. 2). Cf.: <https://istoe.com.br/policia-investiga-caso-de-youtuber-que-devolveu-filho-tres-anos-apos-a->. Acesso em: 18 jul. 2023.

<sup>21</sup> Nesse sentido, cf.: GAGLIANO, 2020.

<sup>22</sup> Cf.: RAUBER; MELO, 2021.; LIMA DUTRA, 2021; VIEIRA; SILLMANN, 2021; e SOUZA; SOUZA, 2019.

<sup>23</sup> GONÇALVES, 1997.

<sup>24</sup> Id., p. 22 e ss.

objetivos, a metodologia de pesquisa empregada é a dedutiva, por meio de técnica bibliográfica e análise normativa, mapeadas criticamente, a fim de estabelecer um programa constitucionalmente adequado de fundamentação.

O capítulo inicial forma o arcabouço hermenêutico-interpretativo necessário para a compreensão do problema da desistência da adoção. Desse modo, trata da fraternidade e de como esse princípio — esquecido<sup>25</sup> — é fundamental para o desenvolvimento da sociedade e estruturante para o próprio Estado<sup>26</sup>. Então, a categorização jurídica e política da fraternidade<sup>27</sup> são abordadas para um novo paradigma de adoção surgir: não o de caridade<sup>28</sup>, mas o de escolha e afeto, distinguido pela dignidade humana. Com esse intuito, são observados os procedimentos da adoção, a fim de delimitar bem o objeto de estudo.

No segundo capítulo, é abordada a responsabilidade civil e como ela dialoga no Direito das famílias. Posteriormente, são desenvolvidas as observações propedêuticas necessárias para a compreensão da responsabilidade civil por quebra da promessa<sup>29</sup>. Desse modo, é apresentado a superação da clássica dicotomia entre responsabilidade contratual e extracontratual. Em seguida, é exposta a Teoria do interesse negativo, arcabouço fundamental para o desenvolvimento da responsabilidade por quebra da promessa.

Quanto ao terceiro capítulo, este trata acerca da aplicação das teorias, isto é, sobre a eventual possibilidade de subsunção do problema da desistência da adoção à responsabilidade civil por quebra da promessa — por meio da Teoria do interesse negativo —, com vistas à tutela da confiança como impulsionadora de segurança jurídica.

---

<sup>25</sup> BAGGIO, 2008.

<sup>26</sup> BAGGIO, 2016, pp. 15-18.

<sup>27</sup> FONSECA, 2019, p. 45 e ss.

<sup>28</sup> NAKAMURA, 2019, p. 193.

<sup>29</sup> GONÇALVES, 1997.

## 1. O PROBLEMA

Compreender o problema da “devolução”<sup>30</sup> de crianças e adolescentes ao acolhimento desdobra-se em perceber os embaraços constitucionais do Estado brasileiro e a falha no objetivo principal do Poder Público<sup>31</sup>: “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”<sup>32</sup>. Assim, percorrer-se-á a hermenêutica constitucional<sup>33</sup> da dignidade da pessoa humana, por meio da Teoria da fraternidade<sup>34</sup>, a fim de adentrar o problema.

### 1.1. DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA

#### 1.1.1. Adoção

##### 1.1.1.1. Considerações iniciais

A adoção passou por grandes modificações durante a história, de maneira que foi conquistando terrenos antes desconhecidos pelo direito dos menores de idade. Em sentido diferente do que se entende por adoção atualmente, “durante muitos séculos, talvez milênios, a adoção de uma criança foi vista exclusivamente a partir do olhar do adulto que, não podendo gerar um filho biológico, encontrava, na filiação adotiva, a oportunidade de transmitir seu legado”<sup>35</sup>. A mudança se deu com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), à luz dos princípios constitucionais. “[Ele] alterou de forma profunda e radical o regime de adoção, inspirado pela doutrina da proteção integral da criança e do adolescente.”<sup>36</sup>

A partir da mudança legislativa, os menores passaram a ser vistos como indivíduos em desenvolvimento. Logo, a atenção foi toda voltada para proteção e garantia dos direitos fundamentais deles, em observância ao comando constitucional da tutela da dignidade da

---

<sup>30</sup> “O termo ‘devolução’ usado frequentemente para traduzir a desistência da adoção, parece muito mais vocacionado a bens, uma vez que seres humanos, dotados de inseparável dignidade, não se sujeitam a um trato que os objetifique, como se fossem coisas defeituosas que frustraram as expectativas do ‘adquirente’.” (GAGLIANO; BARRETTO, 2020, p. 2). Dessa maneira, neste trabalho, optou-se por utilizar a expressão “desistência da adoção” ao invés de “devolução”.

<sup>31</sup> FONSECA, 2019, p. 83.

<sup>32</sup> Preâmbulo da Constituição Federal de 1988.

<sup>33</sup> SILVEIRA, 2007.

<sup>34</sup> “No Brasil, [a fraternidade] ganhou destaque nos anos 90, a partir dos estudos de Eligio Resta e Antônio Maria Baggio e, durante a redemocratização, com a preocupação com os direitos humanos, tendo destaque o valor ou princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro, a dignidade da pessoa humana.” (FREITAS; FREITAS, 2021, p. 465).

<sup>35</sup> SCHREINER, 2004, p. 11.

<sup>36</sup> TEPEDINO; TEIXEIRA, 2022, p. 275.

pessoa humana<sup>37</sup>. Carlos Roberto Gonçalves<sup>38</sup> também compartilha desse entendimento, de maneira que hoje a adoção não é mais vista apenas como forma de satisfação de casais estéreis que desejam ter filhos<sup>39</sup>.

O ECA estabeleceu determinadas características à adoção. Tepedino e Teixeira<sup>40</sup> reconhecem duas como singulares: (i) a adoção como medida excepcional (art. 19 do ECA<sup>41</sup>); e (ii) como forma de completa reinserção da criança em novo núcleo familiar (art. 41 do ECA<sup>42</sup>). Primeiramente, é medida excepcional, porque só deve ser buscada após esgotadas todas as chances de preservar a família biológica. E é forma de completa reinserção na nova família, porquanto todo o vínculo jurídico anterior com a família natural é dissolvido, exceto para impedimento matrimonial<sup>43</sup>.

Rodrigo da Cunha Pereira também identifica esses dois elementos da adoção. Contudo, tece crítica acerca da tratativa da adoção como medida excepcional. Para o autor, “ao priorizar a família biológica à afetiva, ignora toda a evolução do pensamento psicanalítico e antropológico de que a família é muito mais um fato da cultura do que da natureza”<sup>44</sup>. A desaprovação da escolha legislativa se estende para os próprios fins da adoção, pois prejudica assegurar o melhor interesse da criança/adolescente<sup>45</sup>.

Ao insistir em sua permanência na família natural, e que muitas vezes nenhum vínculo tem com eles, especialmente quando recém-nascidos, retarda-se a sua colocação em família adotiva, ficando a criança/adolescente acolhidos por longo período, situação não recomendável, fazendo com que, dificilmente, sejam adotados, já que a maioria dos candidatos à adoção se interessa por crianças de tenra idade.<sup>46</sup>

O sistema de adoção no Brasil é perverso<sup>47</sup>, ainda que sejam consideradas as modificações na lei. Segundo Rodrigo da Cunha Pereira, “a raiz do problema está, inclusive, em uma interpretação equivocada e preconceituosa da lei”<sup>48</sup>, posto que, necessariamente, a relação familiar exige afetividade. Dessa maneira, forçar a criança/adolescente a permanecer

---

<sup>37</sup> PEREIRA, 2004, p. 90 e ss.

<sup>38</sup> GONÇALVES, 2012, p. 376.

<sup>39</sup> CONRAD, 2019, p. 223.

<sup>40</sup> TEPEDINO; TEIXEIRA, 2022, p. 275.

<sup>41</sup> Art. 19 do ECA. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

<sup>42</sup> Art. 41 do ECA. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

<sup>43</sup> TEPEDINO; TEIXEIRA, 2022, p. 275.

<sup>44</sup> PEREIRA, 2023, p. 442.

<sup>45</sup> Id.

<sup>46</sup> Id.

<sup>47</sup> Id.

<sup>48</sup> Id.



na família natural pode contrariar o princípio do melhor interesse da criança<sup>49</sup>. Nesse sentido, houve inclusão do § 3º<sup>50</sup>, no art. 39 do ECA, pela Lei n.º 13.509/2017, para que prevaleçam os direitos das crianças e dos adolescentes sobre os de quaisquer pessoas<sup>51</sup>.

O fato é que, dentre os direitos que compõem a dignidade<sup>52</sup>, está o da convivência familiar<sup>53</sup>. A família<sup>54</sup> é o principal local de desenvolvimento humano<sup>55</sup>, dado que se trata de direito da personalidade infanto-juvenil e é estrutura para o completo desenvolvimento da integridade da criança<sup>56</sup>. Nesse sentido, a adoção — se percorrida de modo diligente —, apesar de ser considerada medida excepcional legalmente, pode ser senda para haver assegurados direitos daqueles que não tem, ao seu dispor, a família consanguínea, de modo a alcançar o interesse deles.

A partir da consagração do princípio da dignidade da pessoa humana como norte para a compreensão de todo o ordenamento jurídico, crianças e adolescentes tornaram-se os principais protagonistas do processo educacional, para cuja tutela se volta a ordem jurídica de modo prioritário, com vista ao desenvolvimento de sua personalidade. Nessa esteira, adoção se configura como instrumento para a garantia do direito à convivência familiar da criança e do adolescente, pautado pela promoção de seu melhor interesse.<sup>57</sup>

Contudo, na saída jurídica que pode significar o asseguramento de direitos<sup>58</sup>, pode haver a lesão de mais deles. A “devolução” de crianças, isto é, a desistência da adoção, e o retorno da

---

<sup>49</sup> PEREIRA, 2023, pp. 442-443.

<sup>50</sup> Art. 39, § 3º, do ECA. Em caso de conflito entre direitos e interesses do adotando e de outras pessoas, inclusive seus pais biológicos, devem prevalecer os direitos e os interesses do adotando. (Incluído pela Lei n.º 13.509, de 2017)

<sup>51</sup> CONRAD, 2019, p. 220.

<sup>52</sup> “A Constituição Federal de 1988, através do artigo 227, introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da Proteção Integral da Criança. Este princípio, pautado na liberdade, respeito e dignidade à criança e ao adolescente, contempla uma série de direitos a serem garantidos pela família, Estado e sociedade, com absoluta prioridade, à todas as crianças e adolescentes, tais como à vida, à saúde, à educação, à alimentação, à dignidade e o direito à convivência familiar, entre outros. Esta proteção constitucional decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, sendo um dos princípios fundamentais que permeiam todo ordenamento jurídico brasileiro, encontrando amparo em importantes documentos internacionais, como a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e a Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificados pelo Brasil.” (CONRAD, 2019, p. 213).

<sup>53</sup> “Dentre o rol de direitos que devem ser garantidos à criança e ao adolescente, a convivência familiar é sem dúvida um dos mais importantes, visto que, é no seio familiar que a criança tem a oportunidade de se desenvolver dignamente, através do apoio econômico e principalmente emocional que recebe dos familiares.” (CONRAD, 2019, pp. 213-214).

<sup>54</sup> “Josiane Petry Veronese e Mayra Silveira (2011, p. 69) ao comentarem o referido artigo, afirmam que a família é a base da sociedade, é onde o ser humano recebe a primeira educação e os estímulos que contribuirão para a formação de sua personalidade. A autora refere que o vínculo afetivo é fundamental para o desenvolvimento da criança e para a construção da sua integridade física, psicológica e moral.” (CONRAD, 2019, p. 216).

<sup>55</sup> PEREIRA, 2004, p. 129.

<sup>56</sup> CONRAD, 2019, p. 216.

<sup>57</sup> TEPEDINO; TEIXEIRA, 2022, p. 277.

<sup>58</sup> “A adoção se revela importante alternativa na tentativa de promover a convivência familiar e comunitária da criança e do adolescente, pois é uma oportunidade para que o adotando possa desenvolver-se dignamente no seio de uma nova família, de um novo lar, com pais afetivos que se importem com ela e que forneçam os meios

criança ou do adolescente aos abrigos de acolhimento podem lesar direitos fundamentais, pois ferem o que o ser humano tem de mais valioso: a dignidade<sup>59</sup>.

“Tudo se torna ainda mais triste se lembrarmos o potencial que essa desistência possui para acarretar uma nova sensação de rejeição naquele que somente foi adotado em razão [de] já haver sido rejeitado, antes, pela família biológica que lhe deu origem.”<sup>60</sup> Essa realidade levou ao proferimento, cada vez mais frequente, de decisões judiciais acerca da responsabilização dos adotantes que desistiram da adoção<sup>61</sup>.

Desse modo, questionamentos acerca das regras de incidência da responsabilidade civil passam a existir<sup>62</sup>. Especialmente, quanto ao tempo em que a desistência ocorreu, ou seja, o momento processual. A realidade é que a responsabilização nesse sentido ainda carece de sistematização<sup>63</sup> específica<sup>64</sup>. Nesse sentido, passar-se-á à análise dos procedimentos para a adoção, a fim de delimitar bem o objeto de estudo deste trabalho: a desistência no âmbito da guarda provisória para fim de adoção.

### ***1.1.1.2. Procedimentos para a adoção***

#### **a. Habilitação à adoção**

O primeiro procedimento para a adoção trata-se de cadastro<sup>65</sup> dos interessados na adoção, conforme o disposto no art. 50<sup>66</sup>, *caput*, do ECA, cujo deferimento depende do cumprimento de alguns requisitos, que também estão no mesmo artigo. “Cada comarca deve

---

necessários para que cresça de forma saudável, uma vez que isso não foi possível no âmbito de sua família natural.” (CONRAD, 2019, p. 222).

<sup>59</sup> GAGLIANO; BARRETTO, 2020, p. 1-3.

<sup>60</sup> Id. p. 3.

<sup>61</sup> Id..

<sup>62</sup> Id.

<sup>63</sup> “A ausência de sistematização específica acerca da responsabilidade civil na desistência da adoção e o universo de decisões sigilosas pelos Tribunais do Brasil, invariavelmente dificultam a abordagem do tema, impondo aos pesquisadores o ônus de seguir reflexões quase que solitárias, com limitadas informações dos julgados até então existentes, detendo-se, muitas vezes, a experiência vivenciada na prática.” (GHILARDI; CANAVARROS, 2019, p. 340-341).

<sup>64</sup> GHILARDI; CANAVARROS, 2019, pp. 340-341.

<sup>65</sup> “Conforme informações da Cartilha de Adoção de Crianças e Adolescentes no Brasil, elaborada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB, 2008, p. 13) e o disposto no artigo 197-A do ECA, os interessados em adotar devem primeiramente dirigir-se às Varas de Infância e Juventude, portando documentos de identificação, comprovantes de renda e residência, certidão de antecedentes criminais, entre outros documentos, para peticionar sua inscrição nos cadastros locais e nacional de pretendentes à adoção.” (CONRAD, 2019, p. 225)

<sup>66</sup> Art. 50, do ECA. A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção.

manter duas listas<sup>67</sup> cadastrais: uma de crianças e adolescentes em busca de uma família e a outra de candidatos a se tornarem pais.”<sup>68</sup>

A habilitação trata-se de procedimento de jurisdição voluntária, no qual não é preciso advogado. O postulante deve comprovar que preenche os requisitos com a documentação necessária. Após a aprovação, obrigatoriamente<sup>69</sup>, deve participar de programa de preparação psicossocial e jurídica, conforme o art. 197-C, § 1º, do ECA<sup>70</sup>.

“A finalidade dos programas de apoio, das entrevistas e visitas domiciliares é conhecer as reais motivações e expectativas dos candidatos à adoção. É buscar analisar se o pretendente possui condições econômicas e psicológicas de exercer a paternidade e maternidade.”<sup>71</sup> Assim, ao final desse estudo, são emitidos laudo técnico e parecer do Ministério Público. Uma vez aprovados, os postulantes passam a ser considerados aptos para receber uma criança ou um adolescente<sup>72</sup>. Dessa maneira, são incluídos nos cadastros<sup>73</sup> local e nacional e sujeitos à fila<sup>74</sup>.

Conforme Moreira, os interessados geralmente são iniciantes no universo adotivo ou vão ao Judiciário em grupos de apoio à adoção, cheios de expectativas e idealizações, com visão bastante romantizada da adoção<sup>75</sup>. A fim de diluir esse tipo de comportamento e em observância

---

<sup>67</sup> “Além das listagens locais, há o cadastramento estadual e o nacional, regulamentado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, possibilitando que uma criança ou adolescente de um Estado seja adotado por alguém domiciliado em outro.” (PEREIRA, 2023, p. 456).

<sup>68</sup> PEREIRA, 2023, p. 456.

<sup>69</sup> “Na análise do REsp 1628245/SP, a 4ª Turma do STJ reformou decisão que havia julgado extinto o processo de adoção, sem resolução do mérito, por impossibilidade jurídica do pedido, pela falta de prévia inscrição da autora no Cadastro de Adotantes, reconhecendo que a “formalidade do cadastro de adotantes não pode constituir um óbice intransponível para o processamento do pedido, devendo, acima de tudo, observar-se o fim social a que se destina a lei e o princípio do melhor interesse”. [STJ, 4ª T., REsp 1628245/SP, Rel. Min. Raul Araújo, julg. 13.12.2016, publ. DJ 15.12.2016.] (TEPEDINO; TEIXEIRA, 2022, p. 294).

<sup>70</sup> Art. 197-C, § 1º, do ECA. É obrigatória a participação dos postulantes em programa oferecido pela Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar e dos grupos de apoio à adoção devidamente habilitados perante a Justiça da Infância e da Juventude, que inclua preparação psicológica, orientação e estímulo à adoção inter-racial, de crianças ou de adolescentes com deficiência, com doenças crônicas ou com necessidades específicas de saúde, e de grupos de irmãos.

<sup>71</sup> CONRAD, 2019, p. 226.

<sup>72</sup> Id.p. 227.

<sup>73</sup> O Cadastro Nacional de Adoção (CNA) possui todos os dados de todas as varas da infância e da juventude. Por meio da análise dos perfis dos adotantes e adotandos, há o cruzamento de dados. Caso haja compatibilidade, o sistema envia alerta para a respectiva vara, que contatará o adotante (CONRAD, 2019, pp. 227-228).

<sup>74</sup> “Os cadastros têm como objetivo favorecer a adoção. Sob essa ótica, e em nome do princípio do melhor interesse da criança e/ou adolescente, é possível relativizar a ordem deste cadastro, tanto ao se considerar as características da criança desejadas pelos adotantes quanto permitindo que pessoas não cadastradas adotem uma criança e/ou adolescente por quem já nutrem um forte laço afetivo, desde que a adoção confira reais vantagens ao adotando (Art. 43, ECA).” (PEREIRA, 2023, p. 456).

<sup>75</sup> MOREIRA, 2020, p. 25 e ss.

das exigências do art. 197-C, § 2º<sup>76</sup>, do ECA, os interessados também são colocados, sempre que possível e recomendável, em contato com as crianças e adolescentes em acolhimento.<sup>77</sup>

A norma neste aspecto pretende humanizar o processo de adoção, trazendo o pretendente para perto da criança e do adolescente real, o que verdadeiramente se encontra em situação de acolhimento, auxiliando na conscientização desses adultos, provocando olhares ao rompimento da criança idealizada, de fato inexistente, o que, por sua vez, irá refletir em melhor grau de preparação desses pretendentes, evitando-se eventuais futuros episódios de desistência da adoção de crianças e adolescentes.<sup>78</sup>

Ainda que necessário para o amadurecimento do postulante, quase não há adesão a este último programa nas varas da infância e juventude.<sup>79</sup> Contudo, quando implantado, não se verifica responsabilização nesta etapa da adoção<sup>80</sup>; seja porque há o contato apenas com a criança ou o adolescente institucionalizado, seja porque não há contato direto e direcionado, mas apenas momentos de recreação<sup>81</sup>.

É com este intuito que esta fase é criada: para o amadurecimento da escolha dos adotantes. Portanto, foi pensada justamente para que a desistência, se escolhida, seja logo tomada, sem causar danos ao menor.<sup>82</sup>

Portanto, a desistência em prosseguir com a intenção de adoção de crianças e adolescentes nessa fase é uma conduta tutelada pelo ordenamento jurídico, visto que não haverá impactos negativos na vida desses sujeitos acolhidos, o que por sua vez não configura a ilicitude necessária a fim de gerar um dever de reparação civil.<sup>83</sup>

#### b. Breves encontros — estágio de convivência (em sentido estrito)

Compondo formalmente os cadastros de aptidão, e tendo como pressuposto o amadurecimento da decisão de adoção, o Judiciário convoca o adotante para iniciar a aproximação com a criança ou com o adolescente, de acordo com o perfil optado.<sup>84</sup> Esse

<sup>76</sup> Art. 197, § 2º, do ECA. Sempre que possível e recomendável, a etapa obrigatória da preparação referida no § 1º deste artigo incluirá o contato com crianças e adolescentes em regime de acolhimento familiar ou institucional, a ser realizado sob orientação, supervisão e avaliação da equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude e dos grupos de apoio à adoção, com apoio dos técnicos responsáveis pelo programa de acolhimento familiar e institucional e pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar.

<sup>77</sup> GHILARDI; CANAVARROS, 2019, pp. 343-344.

<sup>78</sup> Id., p. 344.

<sup>79</sup> MOREIRA, 2020, p. 28.

<sup>80</sup> “Por se tratar de etapa em que o candidato à adoção encontra a criança ou o adolescente institucionalizado ‘sob orientação, supervisão e avaliação da equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude e dos grupos de apoio à adoção’ (art. 197-C, §2º, do ECA), e que não há qualquer direcionamento de aproximação, mas tão somente um momento de convivência e recreação com várias crianças/adolescentes acolhidos, regra geral não há que se falar em responsabilidade civil dos pretendentes por sua desistência em seguir com o trâmite processual da adoção.” (GHILARDI; CANAVARROS, 2019, p. 344).

<sup>81</sup> Id., p. 344-345.

<sup>82</sup> Id., p. 345.

<sup>83</sup> Id.

<sup>84</sup> Id., p. 347.

encontro pode ocorrer tanto no juízo (vara da infância e da juventude) ou no acolhimento onde o menor está. A manifestação de desejo da criança ou do adolescente em permanecer no processo deve ser sempre ouvida<sup>85</sup>.

Conforme o art. 46 do ECA<sup>86</sup>, este período de estágio de convivência é obrigatório antes da adoção. A exceção (art. 46, § 1º, do ECA<sup>87</sup>) ocorre quando o menor já está sob a guarda ou tutela do adotante e há tempo suficiente para que o magistrado presuma o vínculo afetivo.<sup>88</sup> “O legislador adverte, contudo, que a simples guarda de fato não autoriza, de *per si*, a dispensa da realização do estágio de convivência”<sup>89</sup>

Ghilardi e Canavarros alertam para o cuidado que o período de estágio de convivência deve receber, pois a ansiedade e a pressa podem impactar a família a se formar. Assim, os breves encontros do estágio de convivência ainda são mediados por equipes interprofissionais e possíveis manifestações acerca da paternidade ou da maternidade devem ser progressivas e sem muitas expectativas. Comportamentos precipitados podem fazer com que o processo se perca e danos psicológicos sejam causados aos menores<sup>90</sup>.

Equipe técnica e pretendentes devem ter em mente que qualquer promessa ou manifestação acelerada aos jovens trará uma avalanche de emoções, expectativas nos sujeitos de direitos em desenvolvimento e efeitos colaterais, como por exemplo crises graves de ansiedade, urina noturna na cama, depressão pós euforia, dentre outras reações comumente relatadas na vivência prática.<sup>91</sup>

Os encontros, portanto, devem ocorrer inicial e progressivamente no próprio acolhimento onde a criança ou o adolescente está. “Posteriormente, a criança poderá ser liberada para pequenos passeios e poderá começar a frequentar a casa dos adotantes aos finais de semana ou em dias preestabelecidos”<sup>92</sup>.

As equipes intermediadoras devem estar bem preparadas para instruir os pretendentes adotantes. Embora, nesta fase, presuma-se que a decisão pela adoção esteja amadurecida, inclusive quanto aos desafios, a desistência da adoção não configura ilícito. Sofrimentos e impactos negativos podem ser identificados, caso o processo não tenha ocorrido como deveria,

---

<sup>85</sup> CONRAD, 2019, p. 228.

<sup>86</sup> Art. 46, do ECA. A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo máximo de 90 (noventa) dias, observadas a idade da criança ou adolescente e as peculiaridades do caso.

<sup>87</sup> Art. 46, § 1º, do ECA. O estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando já estiver sob a tutela ou guarda legal do adotante durante tempo suficiente para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo.

<sup>88</sup> CONRAD, 2019, p. 228.

<sup>89</sup> GAGLIANO; BARRETTO, 2020, p. 6.

<sup>90</sup> GHILARDI; CANAVARROS, 2019, pp. 345-346.

<sup>91</sup> Id., p. 346.

<sup>92</sup> CONRAD, 2019, p. 229.

contudo, a responsabilização dificilmente irá incidir, caso ocorra a desistência, “a não ser que uma conduta de maior gravidade seja praticada e seja comprovado o dano efetivo causado às crianças e [aos] adolescentes em decorrência de conduções mal realizadas.”<sup>93</sup>

c. Estágio de convivência e guarda provisória com fim de adoção

Após obter sucesso nos breves encontros do estágio de convivência, os adotantes poderão propor a ação de adoção. Dessa maneira, com a indicação positiva acerca do interesse na adoção, o juízo concederá a guarda para fim de adoção aos adotantes.<sup>94</sup> “Os pretendentes seguem, a partir de então, com total responsabilidade sobre tais crianças e adolescentes.”<sup>95</sup> Ou seja, já são atribuídos deveres parentais e o menor é autorizado a morar com os adotantes.<sup>96</sup>

Na alteração de 2017, o ECA passou a definir que este período poderá perdurar por, no máximo, 120 dias, podendo ser prorrogado por igual período uma vez (art. 47, § 10, do ECA<sup>97</sup>). Portanto, trata-se do período em que deve ser finalizado o processo de adoção, isto é, com a sentença de adoção transitada em julgado. Ocorre que “essa guarda [provisória] muitas vezes é sucessivamente renovada [...]”<sup>98</sup> e as crianças e adolescentes passam a ter realmente o vínculo filial com os adotantes no decurso do tempo<sup>99</sup>; logo, é gerada a expectativa legítima de que aquela relação irá se perpetuar.

Entretanto, após esse período em que há o estreitamento de laços e o surgimento de expectativas legítimas nos adotandos, os adotantes desistem da adoção, “devolvendo” as crianças e adolescentes ao acolhimento de origem.

Apesar dos obstáculos e desafios que tais adotandos poderão impor aos pretendentes à adoção, dificilmente existirá razões suficientes a justificar uma eventual desistência por parte dos pretendentes à adoção, visto que a presunção é de que os adultos, por terem avançado até esta etapa, tenham plena ciência dos possíveis desafios que enfrentarão.<sup>100</sup>

<sup>93</sup> GHILARDI; CANAVARROS, 2019, p. 348.

<sup>94</sup> GAGLIANO; BARRETTO, 2020, p. 8.

<sup>95</sup> GHILARDI; CANAVARROS, 2019, p. 348.

<sup>96</sup> GAGLIANO; BARRETTO, 2020, p. 8.

<sup>97</sup> Art. 47, § 10, do ECA. O prazo máximo para conclusão da ação de adoção será de 120 (cento e vinte) dias, prorrogável uma única vez por igual período, mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)

<sup>98</sup> GAGLIANO; BARRETTO, 2020, p. 8.

<sup>99</sup> “Na prática, o prazo legal para o estágio de convivência é indevidamente ultrapassado (geralmente por motivos ligados ao trâmite da ação de destituição de poder familiar da respectiva criança/adolescente que tramita em paralelo, ou mesmo em razão da morosidade do judiciário), o que leva a convivência dos pretendentes à adoção por longos meses, sendo [,] portanto, com o passar do tempo, desarrazoado falar-se em desistência no prosseguimento da adoção.” (GHILARDI; CANAVARROS, 2019, p. 350.

<sup>100</sup> GHILARDI; CANAVARROS, 2019, p. 349.

Esse comportamento lesa vários direitos dos adotandos, pois rompe a convivência socioafetiva estável que havia sido consolidada durante o tempo. Desse modo, a responsabilidade civil é atraída para analisar a conduta que, ainda que lícita, é lesiva.<sup>101</sup>

À vista disso, a análise da responsabilidade civil por quebra da promessa proposta neste trabalho trata deste específico momento, qual seja: a do estágio de convivência, após ser deferida a guarda provisória aos adotantes.

Devolver uma criança em vias de adoção, como no estágio de convivência, caracteriza-se quase “desadoção”. Seja qual for o motivo, os pretensos adotantes devem se responsabilizar por isto, afinal foi exercido, ainda que por um curto período, as funções de pais, mesmo que “provisórios”. A expectativa da criança e adolescente de ter uma família, criada no estágio de convivência, e a perda da chance de tê-la, pode ser fonte de reparação civil. Obviamente que isto não apagará os transtornos deixados na criança, pois podem ser indelévels, mas pelo menos poderá ajudá-la com o sustento, psicoterapias a elaborar psiquicamente os transtornos deixados pela devolução da criança, que as remete a lugar de objeto e não de sujeito.<sup>102</sup>

#### d. Sentença de adoção transitada em julgado

Conforme previsão do art. 39, § 1º, do ECA<sup>103</sup>, a adoção é irrevogável<sup>104</sup>. Logo, uma vez transitada em julgado a sentença da adoção, não há que se falar em desistência, pois se trata de impossibilidade jurídica. Quanto à **“devolução fática’ de filho já adotado caracteriza**

<sup>101</sup> Gagliano e Barretto (2020, p. 8 e ss.) analisaram a responsabilidade civil pela desistência da adoção com base na Teoria do abuso de direito (artigo 187 do Código Civil). Outros, ainda, perceberam a responsabilidade civil nesse caso pela perda de uma chance. “A posição de filho adotivo é definitiva e irrevogável, para todos os efeitos legais. [...] Tratando-se de abandono imaterial de filho adotivo, pois, também é pertinente a propositura de ação de destituição do poder familiar, de reparação por dano moral e de alimentos. Além do dano moral suportado pelo filho, não se pode deixar de considerar o evidente dano material decorrente da privação da criança em tela à oportunidade de ter uma família, conforme estabelece a teoria da responsabilidade pela perda de uma chance ou oportunidade. [...] É fato notório que crianças de tenra idade são mais facilmente adotadas, bem como que a adaptação na família adotante se dá com maior naturalidade, uma vez que a criança é educada dentro daquela estrutura, passando a compartilhar os valores passados pelos pais adotivos. A drástica interrupção do vínculo afetivo, por fato exclusivo dos pais adotivos, acarreta a perda da chance da criança de desenvolver-se materialmente e emocionalmente no seio familiar. O retorno da criança à entidade de acolhimento institucional impede ou dificulta sobremaneira uma nova colocação em família substituta, pois as consequências traumáticas do ato ilícito podem gerar a possível frustração de outra possibilidade de adoção da criança, seja pela resistência dos demais casais habilitados, seja por uma provável dificuldade de adaptação da criança a uma nova adoção, caso venha a apresentar problema psicológico temporário ou permanente” (MACIEL, 2016, p. 219-221).

<sup>102</sup> PEREIRA, 2023, p. 462.

<sup>103</sup> Art. 39, § 1º, do ECA. A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei.

<sup>104</sup> “Adoção não se trata de situação circunstancial e também não é provisória. A adoção é irrevogável (Brasil, Lei n. 8.069/90), isso quer dizer que não se extingue com o passar do tempo, nem mesmo por meio de nova ação judicial. Trata-se de algo consolidado, eterno, a qual gera todos os efeitos inerentes da parentalidade, como por exemplo o dever de cuidado, os impedimentos de matrimônio, os direitos sucessórios, dentre outros.” (GHILARDI; CANAVARROS, 2019, p. 354).

**ilícito civil, capaz de suscitar amplo dever de indenizar, e, potencialmente, também, um ilícito penal (abandono de incapaz, previsto no art. 133 do CP)”<sup>105</sup>.**

Não há nenhuma previsão legal de “desadoção”. Uma vez filho, adotado ou não, será para sempre, já que filhos e pais mesmo depois da morte permanecem vivos dentro de nós. Não há hipótese da revogação da adoção, adoção inexistente, nula ou anulável, como se pode dizer na formação de uma família conjugal pela via do casamento. Ademais com o desenvolvimento da teoria da socioafetividade, que tem o princípio da afetividade como norteador de todo o Direito de Família, o procedimento da adoção não pode se submeter a rigidez das formalidades processuais. Se o Direito deve proteger muito mais a essência do que a formalidade que o cerca, nas adoções essa premissa deve ser ainda mais levada a sério.<sup>106</sup>

Logo, também não se objetiva tratar acerca de eventual responsabilidade desta etapa: quando já há a consolidação da adoção, visto que é um absurdo em próprios termos desistir de adotar um filho que já é seu.

## **1.2. O PROBLEMA PELA ÓTICA DA TEORIA DA FRATERNIDADE**

A fim de compreender o problema da desistência da adoção, após deferida a guarda provisória, analisar-se-á a hermenêutica fraterno-constitucional da dignidade da pessoa humana, por meio da construção da Teoria da fraternidade.

### ***1.2.1. A fraternidade como categoria jurídica***

Inicialmente, destaca-se a fraternidade como categoria constitucional, uma vez que a Constituição é o instrumento pelo qual há a limitação do poder pelo poder, mas também a promoção dos direitos fundamentais. Nesse sentido, o fraterno permeia o constitucional, pois, mediante o primeiro (ideal fraterno), é possível estabilizar o conflito existente em um Poder — o Constituinte Originário —, que é ilimitado, mas que se autolimita para a construção da ordem jurídica<sup>107</sup>.

Quanto aos direitos fundamentais, eles estão institucionalizados na Constituição, como forma da conquista material, pelos cidadãos, na seara política. Ou seja, a própria legitimação do Direito, pois este somente se legitima porque é fruto do poder político-social<sup>108</sup>. “E, neste sentido, o direito funciona como meio de organização do poder do Estado”<sup>109</sup>.

<sup>105</sup> GAGLIANO; BARRETTO, 2020, p. 11 (grifos do original).

<sup>106</sup> PEREIRA, 2023, p. 463.

<sup>107</sup> FONSECA, 2019, p. 45.

<sup>108</sup> Id., p. 46.

<sup>109</sup> HABERMAS, 1997, p. 182.



O jurídico e o político são uma via de mão-dupla, cuja função é legitimar e fazer valer o escolhido coletivamente. Assim, a função do político é legitimar o jurídico, enquanto o político institucionaliza o jurídico. Dessa maneira, o Direito (o jurídico) possui a atribuição de estabilizar as expectativas de comportamento, por meio da aplicação das normas, certo de que possui os meios de organização da dominação política<sup>110</sup>.

“Antes disso, a ideia de constituição relaciona-se com a teoria da justiça e derivada concepção pública de justiça”<sup>111</sup>. Canotilho<sup>112</sup> percebe essa pretensão de justiça na Constituição pelas normas principiológicas e argumentativas, por meio das quais há a fundamentação de aplicação do Direito e a correção do sistema jurídico. Neste momento de afirmação do sistema constitucional, dotado de regras e princípios, é que se insere a fraternidade<sup>113</sup>.

### ***1.2.2. A fraternidade como categoria política***

Giuseppe Tosi traz dúvida acerca da categorização política da fraternidade<sup>114</sup>. Essa preocupação é importante, porquanto, como visto, o jurídico e o político constituem uma via de mão-dupla. Nesse sentido, a desconfiança acerca da categoria política da fraternidade é levantada devido a três fundamentos: “a constatação histórica de ‘eclipse’ do ideal fraterno e seus corolários nas disciplinas políticas [;] e dificuldades na realização prática desse princípio em intensidade idêntica ao que ocorreu com a liberdade e a igualdade”; ademais da dubiedade da legitimidade de um ideário que possui origens teológicas, após o filtro “secularizador” e limitante da modernidade<sup>115</sup>.

Embora tenha tido origem ligada à vida cristã, o fato é que a fraternidade foi elevada a princípio universal de caráter político pela Revolução Francesa de 1789. Baggio<sup>116</sup> considera a importância da assunção do tema fraternidade contemporaneamente devido à “realização incompleta dos projetos civilizatórios veiculados pelo binômio igualdade-fraternidade”<sup>117</sup>. Assim, possui função política pertinente, especialmente por comunidades que buscam a realização dos valores democráticos<sup>118</sup>.

---

<sup>110</sup> FONSECA, 2019, pp. 46-47.

<sup>111</sup> Id., p. 47.

<sup>112</sup> CANOTILHO, 2003, p. 1361.

<sup>113</sup> FONSECA, 2019, p. 48.

<sup>114</sup> Cf. TOSI, 2009.

<sup>115</sup> FONSECA, 2019, p. 48.

<sup>116</sup> BAGGIO, 2009, p. 11 e ss.

<sup>117</sup> FONSECA, 2019, p. 49.

<sup>118</sup> Id., p. 49.

Segundo Argôlo e Tenório, o próprio surgimento da fraternidade na Revolução Francesa é uma dificuldade para a categorização política do ideal fraterno<sup>119</sup>. Contudo, verifica-se que, anteriormente à referida Revolução, isto é, no medievo e na Era moderna, a fraternidade já era percebida com importância pública, na medida em que expressava um elo universal entre seres igualmente dignos, que, por sua vez, acabava por deslindar em solidariedade social<sup>120</sup>.

O ideal fraterno revolucionário francês, se pensado em sua origem religiosa, é paradoxal em si mesmo, dado que a Revolução foi ocasionada pelos racionalistas iluministas contra a Igreja e a aristocracia. Porém, a fraternidade foi a saída escolhida para se obter união, igualdade e liberdade. Estas duas últimas posteriormente foram vertidas em benefício do direito de propriedade<sup>121</sup>. Nessa sequência, a fraternidade foi esquecida propositadamente com a ascensão do Estado liberal, o qual concebeu a igualdade e a liberdade de maneira meramente formal e instrumentalizada para o atingimento de interesses econômicos<sup>122</sup>.

Diante desse contexto, segundo Baggio<sup>123</sup>, o Estado sofre crise existencial, a qual tem como consequência “rejeição dos valores da política atual, intangibilidade dos fundamentos morais necessários ao próprio Estado e da insignificância de valores, com a perda da ética pública.”<sup>124</sup> Esse cenário aponta para o pensamento-lógico que é o da retomada do princípio da fraternidade, de modo que haja igualdade e liberdade materialmente traduzidas, uma vez que somente é passível de percebê-las, em substância, por meio de uma causa unificante<sup>125</sup>.

Isso porque a experiência e metodologia concernentes à fraternidade, tal como proposta por Chiara Lubich, são caracterizadas pelos seguintes elementos: (i) compreensão da fraternidade como experiência possível, (ii) o estudo e a interpretação da história à luz da fraternidade, (iii) a colaboração entre teoria e prática da fraternidade na esfera pública, (iv) a interdisciplinaridade dos estudos e (v) o diálogo entre culturas.<sup>126</sup>

Sob essa metodologia, é possível entrelaçar a fraternidade como categoria política capaz de recriar a Democracia, dado que a fraternidade consegue conjugar a igualdade (isonomia) e liberdade (diversidade)<sup>127</sup>. “Logo, o conteúdo mínimo desse princípio político expressa-se

---

<sup>119</sup> ARGÔLO; TENÓRIO, 2018, p. 10.

<sup>120</sup> FONSECA, 2019, p. 51.

<sup>121</sup> Id., p. 52.

<sup>122</sup> Id., p. 53.

<sup>123</sup> BAGGIO, 2016, p. 15-18.

<sup>124</sup> FONSECA, 2019, p. 54.

<sup>125</sup> Id., pp. 54-55.

<sup>126</sup> Id.

<sup>127</sup> Id., p. 55.

como a condição de igualdade entre irmãos e irmãs de modo a ser possível que cada um seja livre na sua própria diversidade.”<sup>128</sup>.

[...] no Direito das Famílias, a fraternidade é acentuada e traduzida também como cuidado. “O conceito de fraternidade não dilui o conceito de cuidado. Antes ao contrário, potencializa o conceito de um e outro, ambos são fortalecidos entre si. É que, se de um lado a fraternidade ocupa-se na consideração com o outro, o cuidado desvela-se na prática com o outro. Um é a compreensão e o reconhecimento com o outro; o cuidado é, em si, o agir em face do outro. Seja como for, o conceito de fraternidade adotado neste não é a eficácia da ação fraterna, senão a garantia de cuidado para o outro – no caso, com atenção voltada à criança”<sup>129</sup>

Nesse cenário, a percepção social deve ser que igualdade é a promoção da isonomia, por meio da alteridade. A construção da cidadania, portanto, necessariamente passa pela diversidade. É pelo reconhecimento do outro que a igualdade é buscada, e “é necessário que haja o diferente para que exista o outro.”<sup>130</sup> É essa relação que faz dos humanos sujeitos humanos.<sup>131</sup>

Provada a característica política do princípio, é importante ressaltá-lo no processo de tomada de decisões políticas, e tomá-lo como instrutor na interpretação hermenêutica do sistema jurídico<sup>132</sup>.

### **1.2.3. Princípio político-jurídico**

O fraterno, como valor político da Constituição, é princípio também atribuído ao Direito, no qual estabelece a estrutura da dignidade humana. Assim, “ao traduzir-se no código jurídico, a fraternidade possui natureza normativa principiológica, servindo para a construção hermenêutica de outras normas, mas impondo comandos deônticos mediante a soberania estatal”<sup>133</sup>.

Posto isso e tendo como premissa que a Constituição é uma escolha política, a fraternidade se apresenta como princípio explícito e implícito na Constituição Federal de 1988. Explícito desde o preâmbulo, e implícito quando traduzido no direito ao bem-estar coletivo. À vista disso, a fraternidade possui fundamentos políticos e jurídicos para nortear e substanciar as decisões, além de ser condição primária para a construção do ser social<sup>134</sup>.

<sup>128</sup> FONSECA, 2019, p. 55.

<sup>129</sup> VERONESE; ROSSETTO, 2021, p. 18.

<sup>130</sup> PEREIRA, 2012, p. 99.

<sup>131</sup> Id., p. 99.

<sup>132</sup> FONSECA, 2019, p. 55.

<sup>133</sup> Id.

<sup>134</sup> Id., pp. 55-57.

Em meio ao paradigma democrático, a Constituição — institucionalização da soberania popular, por meio de sujeitos igualmente dignos — funda o ordenamento jurídico ao mesmo tempo em que se coloca acima e no centro dele. Acima, porque suprema em relação às demais normas. E no centro, porque reconhece os direitos fundamentais, “que ocupam posição central no sistema jurídico.”<sup>135</sup>. Dessa maneira, reconhece-se a constitucionalização do Direito, cujas normas constitucionais possuem eficácia direta e força cogente. Nesse sentido, há a constitucionalização da fraternidade, pois reverbera em todo ordenamento jurídico<sup>136</sup>.

Por outro lado, partindo da fraternidade como harmonizadora da diferença (liberdade) junto à isonomia (igualdade), busca-se, por meio de pessoas igualmente dignas, vida em comunidade. É a fraternização da Constituição<sup>137</sup>. De fato, conforme sustenta Pereira, “a igualdade de todos perante a lei, como ideia iluminista, reforçada pela Revolução Francesa e pela Declaração de Direitos do Homem, deve ser repensada”<sup>138</sup>. O autor busca enfatizar a importância da diferença — isto é, da alteridade — para a igualdade material, e não apenas formal.<sup>139</sup> Apesar de não mencionar expressamente, o que se quis dizer foi a real promoção da igualdade junto à liberdade, por meio da fraternidade (materialmente traduzida).

Nesse sentido, a fraternidade é indispensável para a formação da relação social democrática triangular. Sem ela, não é possível promover a igualdade, sequer a liberdade, pois a compreensão da materialização de qualquer uma dessas pressupõe a fraternidade. De um modo ou de outro, a observância da fraternidade passa a ser obrigatória “por imposição constitucional”<sup>140</sup>. A fraternidade, portanto, pode ser classificada como um *sobreprincípio*, uma vez que é mais do que uma meta-regra (princípio). É, antes, “meta-meta-regra (sobreprincípio, que existe independentemente de posituação).”<sup>141</sup>.

#### **1.2.4. Fraternidade pela dignidade da pessoa humana.**

Assim como a teoria da fraternidade perpassou por aspectos teóricos do próprio Direito e alcançou o *status* de princípio jurídico-político<sup>142</sup> — uma vez que apoiada na construção

---

<sup>135</sup> FONSECA, 2019, p. 78.

<sup>136</sup> Id., pp. 78-79.

<sup>137</sup> Id., pp. 77-78.

<sup>138</sup> PEREIRA, 2012, p. 99.

<sup>139</sup> Id., p. 99.

<sup>140</sup> FONSECA, 2019, p. 80.

<sup>141</sup> Id.

<sup>142</sup> Em situação também semelhante à fraternidade, a dignidade da pessoa humana também revisitou o filtro da secularização, posto que era encontrada já no estoicismo (ser humano é distinto dos demais seres e é igual em dignidade); na Bíblia (do homem à imagem e semelhança de Deus, e com valor intrínseco). (FONSECA, 2019, pp. 80-81).

histórico-política do neoconstitucionalismo<sup>143</sup> —, a dignidade da pessoa humana<sup>144</sup> também se revelou como fundamento máximo do Estado contemporâneo, pois foi justificada pela e na estrutura da história e da política das atrocidades anteriores ao Estado democrático<sup>145</sup>.

A dignidade deve ser pensada como um conceito aberto, plástico, plural. Revivificada no mundo do segundo pós-guerra, foi ela a ideia unificadora da reação contra o nazismo e tudo o que ele representava. Pouco a pouco, consolidou-se o consenso de ser ela o grande fundamento dos direitos humanos, ideia-símbolo do valor inerente da pessoa humana e da igualdade de todos, inclusive de homens e mulheres. [...] <sup>146</sup>.

Do processo constituinte da Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana foi elevada a fundamento da República<sup>147</sup>. No que diz respeito à família, foi dada maior atenção aos vulneráveis, entre eles, as crianças, os adolescentes e o jovem. Assim, trata-se de dever do Estado, da sociedade e da família garantir a dignidade a eles, com absoluta prioridade (art. 227 da Constituição Federal)<sup>148</sup>.

Uma vez compreendida a dignidade humana como fundamento do próprio Estado, a conclusão de seu valor supremo em relação aos demais princípios é automática pela escolha da própria soberania da Constituição. Desse modo, o reconhecimento da juridicidade da fraternidade necessariamente estará atrelada à dignidade de alguma maneira, por esta última ser valor supremo no sistema<sup>149</sup>.

---

<sup>143</sup> Conforme Fonseca (2019, p. 80): “Em consonância ao pensamento de Peter Häberle, após o segundo pós-guerra, observam-se nos textos constitucionais uma percepção de humanidade e sua importância no Estado Constitucional. Isso porque ‘[e]m todas as Constituições em que se reconhecem direitos fundamentais como direitos de todas as pessoas, pensa-se a ‘humanidade’,’ sendo assim ‘a ‘humanidade’ se converte em tema constitucional, mediante o qual, por sua vez, se constrói a própria humanidade.’ Na verdade, no próprio preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, refere-se à ‘consciência da humanidade’ e a ocorrência de seu ultraje a partir das experiências de violação massiva dos direitos humanos.”

<sup>144</sup> “A expressão ‘dignidade da pessoa humana’ é uma criação da tradição kantiana no começo do século XIX. Não é, diretamente, uma criação de Kant. *Em sua Fundamentação da metafísica dos costumes* (1785), ao argumentar que havia em cada homem um mesmo valor por causa da sua razão, empregou a expressão ‘dignidade da natureza humana’, mais apropriada para indicar o que está em questão quando se busca uma compreensão ética – ou seja, da natureza – do ser humano.” (PEREIRA, 2004, pp. 68-69). Em Kant, no reino dos fins, tudo possui preço ou dignidade. A coisa possui preço pois é meio, ou seja, tem valor condicionado. Contudo, a dignidade é constituída de valor interno e não substituível, por isso é inerente ao ser humano. (BARROSO, 2010, p. 17) A herança de Kant, porém, está na igualdade de dignidade, sendo a liberdade, no exercício da razão, o único requisito para ser tomado por ela. Logo, basta-se a condição humana para ser dotado de dignidade (CUNHA, 2005, p. 88).

<sup>145</sup> BARROSO, 2010, p. 4 e ss.

<sup>146</sup> Id., p. 18.

<sup>147</sup> Nesse sentido, conforme Silva (2000, p. 146): “Portanto, a dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos *a priori*, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana.”

<sup>148</sup> FONSECA, 2019, p. 81.

<sup>149</sup> Id., p. 83.

Portanto, quando o preâmbulo<sup>150</sup> da Constituição dispõe sobre a finalidade de instituir uma “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”<sup>151</sup>, com o intuito de assegurar valores supremos, a fraternidade está se remetendo à dignidade da pessoa humana. Assim, a fraternidade passa a ser fundamento e objetivo principal do Estado brasileiro<sup>152</sup>.

À vista disso, a dignidade humana é premissa para a legitimação dos direitos fundamentais<sup>153</sup>, os quais são “traduz[idos] no constitucionalismo fraternal, por tratar-se de valor inerente a todo e qualquer ser humano, notadamente se inclui o elemento da alteridade.”<sup>154</sup>. Dessa narrativa, conclui-se que a dignidade humana é a estrutura para a fraternidade ao mesmo tempo em que a fraternidade é substancial para compor a dignidade humana. Portanto, inevitavelmente, para o exercício de uma, incluir-se-á também a percepção da outra<sup>155</sup>.

Em conclusão a esta seção, torna-se difícil pensar a concretização da fraternidade como categoria jurídica, sem o registro do princípio da dignidade da pessoa humana, por ser este também núcleo promocional e valorativo do Estado brasileiro.<sup>156</sup>

Contudo, o fato de a dignidade humana ter se subsumido à categoria jurídica traz peso e necessidade de observá-la com objetividade quanto à sua interpretação e aplicabilidade, sob pena de alcançar relativismo a tudo, e consectário esvaziamento<sup>157</sup>. Nesse sentido, a dignidade humana está revestida de impositivo dever genérico, de maneira que a própria pessoa não está disponível sequer a si mesma<sup>158</sup>. Dessa maneira, a dignidade transpõe o campo somente da conquista de direitos e passa a exigir deveres.

---

<sup>150</sup> “Em companhia de José Afonso da Silva, parte-se da compreensão de que quando o Preâmbulo da Constituição de 1988 — tido como referencial nesta digressão — vale-se do verbo ‘assegurar’ e, mais, ‘assegurar o exercício’ de direitos e valores, apresenta-se com destacada função de garantia dogmático-constitucional, além de inequívoca função pragmática, com efeito imediato de prescrever ao Estado uma ação em favor da efetiva realização dos valores, com conteúdo específico, em direção aos destinatários das normas constitucionais que dão a esses valores conteúdo específico. O preâmbulo possuirá, pois, inegavelmente nítida função diretiva.” (MACHADO, 2014, pp. 178-179).

<sup>151</sup> “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte *para instituir* um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma *sociedade fraterna*, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.” (Preâmbulo da Constituição Federal de 1988) grifos acrescentados.

<sup>152</sup> FONSECA, 2019, p. 83.

<sup>153</sup> É imprescindível mencionar que a dignidade da pessoa humana não é apenas princípio constitucional fundamental, mas muito além disso. Ela é fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, logo, não é apenas um princípio jurídico, antes, porém, é valor supremo na política, no social, no econômico, no cultural etc. Destarte, a dignidade humana é o núcleo de todos os direitos fundamentais. (SILVA, 2000, pp. 145-146)

<sup>154</sup> FONSECA, 2019, p. 84.

<sup>155</sup> Id.

<sup>156</sup> Id., p. 85.

<sup>157</sup> BARROSO, 2010, p. 19.

<sup>158</sup> CUNHA, 2010, pp. 98-99.

### 1.2.5. *Fraternidade, direitos fundamentais e família*

A história demonstra a correlação sistêmica necessária entre a promoção dos direitos fundamentais e o Estado democrático de Direito. “Nesses termos, todo o arcabouço doutrinário e institucional relacionado ao Poder Público é relido ante a finalidade de concretização dos direitos fundamentais como obra máxima da persecução do interesse público.”<sup>159</sup>

A condição de centro da Constituição, no Estado Democrático de Direito, faz com que a antiga separação entre público e privado desapareça. Todos os atos e fatos jurídicos devem estar em conformidade com a Carta de Direitos e com seu “respectivo projeto político subjacente”<sup>160</sup>. Trata-se da constitucionalização do Direito Privado — mais especificamente do Direito Civil<sup>161</sup>. Assim, sob esse pressuposto, é possível apresentar a fraternidade como categoria jurídica, pela concepção da teoria dos direitos fundamentais<sup>162</sup>.

Alexy, em resposta a críticos de sua Teoria dos princípios, apresenta dois conceitos de constituição: como ordem-fundamento e como ordem-moldura. Quanto à constituição como ordem-fundamento, Alexy explica ser a constituição em sentido qualitativo ou substancial, ou seja, a constituição materialmente ordenada que dispõe sobre questões fundamentais à comunidade<sup>163</sup>. Assim, nessa primeira perspectiva, a Constituição Federal brasileira de 1988 demonstra que o ideal de fraternidade é componente indispensável no projeto político que está sendo instituído com o pacto constitucional fundante. Essa relação ocorre pela escolha política do paradigma fraterno já no preâmbulo da Constituição<sup>164</sup>.

Por outro lado, quanto à constituição como ordem-moldura, há a simbologia da “moldura”, isto é, dos limites e das obrigações que o legislador ordinário deve seguir. Ou seja, a constituição oferece o caminho delimitado e as regras pelas quais o legislador deve e pode percorrê-lo. Nesse sentido, a fraternidade, como categoria jurídica, mostra-se como obrigação ao legislador ordinário brasileiro, pois este deve agir a fim de atingir um dos objetivos imperativos constitucionais: o da construção de uma sociedade fraterna<sup>165</sup>.

Além disso, segundo Konrad Hesse, a constituição exprime força normativa, a qual está presente na consciência geral e se realiza por meio das tarefas impostas. Nessa perspectiva, a fraternidade, como norma jurídica, exige ser observada como também vivenciada diária e

---

<sup>159</sup> FONSECA, 2019, p. 91.

<sup>160</sup> Id.

<sup>161</sup> LÔBO, 1999, p. 99 e ss.

<sup>162</sup> FONSECA, 2019, p. 91.

<sup>163</sup> ALEXY, 2008, p. 584.

<sup>164</sup> FONSECA, 2019, p. 92.

<sup>165</sup> Id.

conscientemente pela comunidade política<sup>166</sup>. Essa condição é reforçada pela garantia da eficácia imediata da fraternidade, tal como é dada no regime jurídico dos direitos fundamentais<sup>167</sup>.

Há que se tratar igualmente da força simbólica da Constituição, cujo “recurso a um ideário abstrato e universal é elemento retórico essencial para a superação de situações concretas de negação dos direitos, incitando uma ampla realização do modelo normativo no futuro e perquirindo condições fáticas de conquista do prometido [...]”. Portanto, a fraternidade possui força simbólica na busca da justiça e da liberdade sociais<sup>168</sup>.

Quanto à categoria jurídica da fraternidade, esta também se apresenta como direito fundamental. Isso é percebido por meio da definição de fraternidade como categoria jurídica e do conceito de direito fundamental: ambos apontam para direito público subjetivo oponível ao Estado<sup>169</sup>. Portanto, “a fraternidade é um direito fundamental autônomo cujo centro axiológico repousa sobre a dignidade da pessoa humana e desenvolve-se como valor com coloração analítica própria”<sup>170</sup>, pois consegue harmonizar os princípios da igualdade e da liberdade, sem deixar de reconhecer a alteridade para a prática jurídica<sup>171</sup>.

Após essa exposição, é importante abordar a controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca da força normativa do preâmbulo da Constituição. Apesar de inicialmente o Supremo Tribunal Federal (STF) declará-la ineficaz, na ADI 2.076, de relatoria do Ministro Carlos Velloso<sup>172</sup> — com a tese da irrelevância jurídica do preâmbulo —, isso não se mostra sustentável<sup>173</sup>. Conforme expõe Barros Carvalho, a função do Direito é ser a linguagem de comando, por meio da qual há a regulação das condutas sociais. Nesse sentido, o que o preâmbulo prevê tem que ser considerado<sup>174</sup>. Posteriormente, na ADI 2.649, de relatoria da

---

<sup>166</sup> Id., p. 93.

<sup>167</sup> Id., p. 95.

<sup>168</sup> Id., p. 94.

<sup>169</sup> Id., pp. 95-96.

<sup>170</sup> Id., p. 96.

<sup>171</sup> Id., p. 96.

<sup>172</sup> A ADI 2.076 (STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.076, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, j. 15.08.2002, Publ. DJ 08.08.2003) discutia acerca da obrigatoriedade da invocação de Deus no preâmbulo da Constituição estadual, tal qual faz a Constituição Federal. Como resultado, foi declarada a ineficácia normativa do preâmbulo. Portanto, não sendo necessária a reprodução da invocação de Deus na constituição estadual. Não adentrando a situação do termo “Deus” em específico, a questão da ação levou a doutrina a se interessar pelo tema da eficácia normativa do preâmbulo. (FONSECA, 2019, p. 99).

<sup>173</sup> FONSECA, 2019, p. 99.

<sup>174</sup> Id., pp. 99-100.



Ministra Cármen Lúcia<sup>175</sup>, a Corte mudou o entendimento, para reconhecer a força normativa do preâmbulo da Constituição Federal<sup>176</sup>.

Com a eficácia normativa<sup>177</sup> do preâmbulo, fica ainda mais claro “que os princípios da fraternidade e da comunhão resgatam a Ética, o Direito e a própria Democracia e sugere[m] um novo paradigma de Justiça.”<sup>178</sup> Com essa perspectiva, assim como com as ideias de fraternidade, é necessário tratar acerca de alguns princípios do Direito das famílias<sup>179</sup>, notadamente, para o assunto da adoção, a fim de alcançar esse novo paradigma e ideal de justiça.

---

<sup>175</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.649, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 08.05.2008, Publ. em DJe 17.10.2008.

<sup>176</sup> FONSECA, 2019, p. 100.

<sup>177</sup> A questão da força normativa do preâmbulo da Constituição pode ser resolvida de várias maneiras; uma delas é a partir da Teoria da norma jurídica de Bobbio. O autor discorre acerca da valoração das normas jurídicas, as quais, segundo ele, possuem problemas, cujas saídas se dão por meio de três resoluções: o da justiça, o da validade e o da eficácia, que são independentes entre si, porém só fazem parte de um problema mais geral que é o do estabelecimento de uma melhora na convivência social (BOBBIO, 2003, pp. 45-50). Norberto Bobbio identifica que existem problemas de diversas áreas que envolvem as normas jurídicas. Como proposta de resolução, o autor sugere um modelo: o da avaliação delas. Esse modo de avaliação das normas jurídicas possui três vieses, isto é, dispõe de uma tríplice ordem independentes entre si. O primeiro é discernir se uma norma é justa ou injusta, ou problema deontológico do Direito. Nesse ponto é avaliado o problema da justiça da norma, para tanto, é pensado no “problema da correspondência ou não da norma aos valores últimos ou finais que inspiram um determinado ordenamento jurídico”. Aqui, não cabe dizer se há um ideal de bem universal. Essa relação é pensada a partir de uma dicotomia entre o que deve ser (norma justa) e o que não deve ser (norma injusta). Nesse sentido, é empregado um contraste entre mundo ideal e mundo real. Na existência de valores supremos, a indagação a ser feita é se esta norma é capaz ou não para realizar esses valores. Em casos de valores absolutos, a interpelação reside na congruência ou não da norma com a historicidade que determinou tais valores (BOBBIO, 2003, p. 46). Neste primeiro ponto, fica evidente o encaixe da fraternidade como norma jurídica, uma vez que justa, pois, como se demonstrou desde o Tópico 1.1. deste trabalho, a fraternidade adveio da e na construção da história, adentrando o Direito como sobreprincípio (FONSECA, 2019, p. 80), isto é, valor do dever ser. O segundo é discernir se uma norma é válida ou inválida, ou problema ontológico do Direito. Nessa conjuntura, é analisada a “existência da regra enquanto tal” (BOBBIO, 2003, p. 46). Assim, esse problema se resolve com o juízo de fato, no qual a validade jurídica é dada pela existência desta norma como regra jurídica. Com o intuito de estabelecer essa validade, Bobbio evidencia a investigação empírico-racional, cujos desmembramentos se darão em três níveis: 1- na averiguação da autoridade, se esta é legítima para o determinado fim. Nesse momento, Bobbio retoma Kelsen quanto à regra fundamental que é critério de validade para todas as demais; 2- na revisão se a norma que fixa autoridade ainda é legítima ou se ainda não surgiu outra regra que a tenha regulado; 3- na averiguação da compatibilidade com as outras normas, visto que duas regras incompatíveis não podem ser ambas válidas. Quanto a isso, Bobbio refere-se a Kelsen novamente quanto a hierarquia das normas, onde as regras ordinárias precisam obedecer às normas ordinárias. (BOBBIO, 2003, pp. 46-47). Nesse sentido, fica ainda mais clara a normatividade do preâmbulo, dado que, passados os crivos para a consideração da validade enquanto norma jurídica. Não há dúvidas — após a explanação de toda a construção da teoria da fraternidade como categoria jurídica e política — que a fraternidade possui autoridade, legitimidade e compatibilidade com as demais normas. Aliás, como visto, a fraternidade é estrutura fundamental para a própria construção do ordenamento jurídico (FONSECA, 2019). O terceiro é diferenciar de normas eficazes e ineficazes, ou problema fenomenológico do Direito. A este respeito, é explorada a tese de uma norma ser ou não seguida pelos indivíduos para quem ela foi destinada, os chamados destinatários da norma jurídica. A metodologia de certificação dessa norma é de caráter histórico-sociológico, pois tem como base a investigação do comportamento dos membros de determinado grupo social, para estabelecer se há o cumprimento ou não de uma dada regra, e seus motivos. (BOBBIO, 2003, pp. 47-48). Quanto a este último ponto, fica evidente o caráter histórico-sociológico da fraternidade, para a caracterização de sua eficácia: antes de tudo, a fraternidade é um objetivo no qual o Estado brasileiro galga sua história e constrói o futuro (FONSECA, 2019).

<sup>178</sup> Id., p. 56.

<sup>179</sup> PEREIRA, 2004, p. 67.

Isto significa que toda e qualquer decisão deve, necessariamente, considerar os princípios aqui elencados. Sem isto as decisões e concepções doutrinárias certamente se distanciarão do ideal de justiça ou ficarão contraditórias com um sistema jurídico que se pretende ético, no sentido universalizante em contraposição aos perigosos particularismos morais.<sup>180</sup>

### 1.2.6. *Afeto, família e fraternidade*

A família passou por mudanças ao longo do tempo. Eventos histórico-sociológicos, como a inserção da mulher no mercado de trabalho e o planejamento familiar, retiraram a imagem do *pater familias* do centro dessa instituição<sup>181</sup>. Essas transformações fizeram com que o elo unitivo da família passasse do patrimônio — isto é, da finalidade principalmente econômica — para o preponderantemente afetivo<sup>182</sup>.

A realização pessoal da afetividade e da dignidade humana, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época. Suas antigas funções econômica, política religiosa e procracional feneceram, desapareceram, ou desempenham papel secundário. Até mesmo a função procracional, com a secularização crescente do direito de família e a primazia atribuída ao afeto, deixou de ser sua finalidade precípua.<sup>183</sup>

Contudo, para que haja a constituição familiar, Rodrigo da Cunha Pereira sustenta que “é necessário um afeto especial ou, mais precisamente, um afeto familiar, que pode ser conjugal ou parental.”<sup>184</sup>. Assim, não basta a existência da afetividade<sup>185</sup> para compor um núcleo familiar<sup>186</sup>. Segundo Paulo Lôbo, há outros dois elementos para o reconhecimento da família: a ostensibilidade e a estabilidade. Portanto, são três os requisitos: (i) a afetividade, que é o fundamento e a finalidade da família; (ii) a estabilidade, que exige comunhão de vida com permanência ou constância no tempo; e (iii) a ostensibilidade, característica da publicização da família e o reconhecimento dela como tal pelo social<sup>187</sup>.

Rodrigo da Cunha Pereira soma a esses elementos apresentados por Paulo Lôbo um outro — que se une ao lado deles e, ao mesmo tempo, reúne todos eles em si: a estrutura

---

<sup>180</sup> PEREIRA, 2004, p. 67.

<sup>181</sup> Id., p. 127.

<sup>182</sup> Id., pp. 127-128.

<sup>183</sup> LÔBO, 2004, p. 155.

<sup>184</sup> PEREIRA, 2004, p. 128.

<sup>185</sup> Importante mencionar que Lôbo concebe afeto e afetividade como institutos distintos: “A afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; [...]” (LÔBO, 2011, p. 71).

<sup>186</sup> BARROS, 2002, p. 8

<sup>187</sup> LÔBO, 2002, p. 91.

psíquica.<sup>188</sup> “Esse elemento, ou melhor, essa noção de família sustentada pelo afeto, deve conter, em seu núcleo, uma estrutura psíquica.”<sup>189</sup>

Contudo, ainda que se possa identificar outros requisitos que servem para reconhecer a composição de um núcleo familiar, a afetividade continua sendo o mais relevante, pois é o que coaduna os membros integrantes, criando laços relacionais<sup>190</sup>.

A proposta central escondida atrás do princípio da dignidade da pessoa humana é a da realização pessoal<sup>191</sup>. Nesse sentido, desde a “despatrimonialização” do Direito Privado — por consequência, do Direito Civil — à elevação da dignidade humana como fundamento máximo do próprio Estado brasileiro, preocupou-se com a realização do projeto pessoal. É nesse cenário que a família é parte fundamental, uma vez que, sem dúvida, ela tem lugar privilegiado para perseguir esse objetivo<sup>192</sup>, “pois é *locus* onde [a pessoa] inicia seu desenvolvimento pessoal, seu processo de socialização, onde vive as primeiras lições de cidadania e uma experiência pioneira de inclusão no laço familiar.”<sup>193</sup>

Porém, a família, pelo viés da dignidade humana, é valorizada pela ordem jurídica, à medida em que se revela o local de realização pessoal de cada membro da família. Portanto, para fins jurídicos, a família é relevante enquanto útil para a efetivação da dignidade de cada membro individualmente considerado<sup>194</sup>.

O reconhecimento da funcionalização da família para a promoção da dignidade humana, logo, para a realização dos membros individualmente considerados, aponta para a possibilidade de responsabilização na família. “O fato de a família ser um lugar privilegiado para a construção do afeto e das existenciais da pessoa humana não desobriga o aplicador do direito da fundamental tarefa de conhecer detidamente os conceitos do ilícito, culpa, dano e nexos causal.”<sup>195</sup>

---

<sup>188</sup> Em relação a este novo elemento que é adicionado por Rodrigo da Cunha Pereira (estrutura psíquica), importante fazer pequeno comentário. Inicialmente, cabe tratar do sentido etimológico de afeto, que é o de “um conjunto de fenômenos psíquicos que se manifestam sob a forma de emoções, sentimentos e paixões, acompanhados sempre da impressão de dor ou prazer, de satisfação ou insatisfação, de agrado ou desagradado, de alegria ou tristeza” (SCHIMIDT, 2013, p. 188). Nesse sentido, o elemento da estrutura psíquica da família para a identificação dela, de fato, reúne todos os demais requisitos. Uma vez considerado o afeto indispensável para a caracterização do núcleo familiar, mais ainda é a estrutura psíquica dele.

<sup>189</sup> PEREIRA, 2004, p. 129.

<sup>190</sup> Id.

<sup>191</sup> PEREIRA, 2023, p. 87.

<sup>192</sup> PEREIRA, 2004, p. 129.

<sup>193</sup> Id., p. 129.

<sup>194</sup> “Esta noção de sujeito interessa particularmente ao Direito de Família porque é somente na família, ou através dela, que um humano pode tornar-se sujeito e humanizar-se. Não é possível existir sujeito sem que se tenha passado por uma família, e sem sujeito não há Direito, por isso a máxima, ‘família é a base da sociedade’”. (PEREIRA, 2004, p. 137).

<sup>195</sup> ROSENVALD; FARIAS; NETTO, 2019, p. 1.108.

Se a sociedade de riscos se torna reflexiva e se assume como um problema para si própria, deverá o ordenamento jurídico necessariamente dialogar com os personagens que nela habitam e sobrevivem. [...] a Constituição Federal assumiu um discurso antropocêntrico, deslocando o ser humano e sua especial dignidade para o protagonismo do sistema normativo. Esse personalismo ético influenciou decisivamente a filtragem dos dispositivos do Código Civil de 2002 e microsistemas, submetendo toda a atividade econômica aos influxos igualitários e solidaristas de um Estado Democrático de Direito, profundamente comprometido com a transformação de uma sociedade deveras excludente, incapaz de resgatar as promessas iluministas da modernidade. Nesse período, assistimos ao florescer de todo um arcabouço protetivo da personalidade humana; uma revisão da teoria das incapacidades com destaque para a tutela da autonomia existencial; para a boa-fé objetiva como vetor de confiança nas relações obrigacionais; a funcionalização do contrato e da propriedade; a despatrimonialização da família e a sua conversão de instituição em instrumento de construção do afeto e da privacidade da família.<sup>196</sup>

À vista disso, a partir da desinstitucionalização da família e ascensão da dignidade humana, o fundamento para a tutela da família precisou ser outro: o afeto. A partir daí, ele passou a ser considerado como valor jurídico para o Direito das Famílias. Essa virada argumentativa causou o desenvolvimento da valorização do afeto em lugar do interesse advindo somente pelo sangue. Nesse sentido, os filhos passaram a ser considerados igualmente e, a convivência familiar, constitucionalmente tutelada<sup>197</sup>. Assim, por possuir desdobramentos lesivos na dignidade da criança ou do adolescente, o abandono afetivo passou a ser objeto de responsabilização civil<sup>198</sup>.

Não se trata, aqui, de uma imposição jurídica de amar, mas de um imperativo judicial de criação da possibilidade da construção do afeto, em um relacionamento em que o amor, a afetividade lhe seria inerente. Essa edificação torna-se apenas possível na convivência, na proximidade, no ato de educar, no qual são estruturados e instalados a referência paterna. Em função da expressa negativa deste pai de proporcionar ao filho a possibilidade da construção mútua da afetividade, violando por esta razão, seus direitos de personalidade é que foi imputado ao pai o pagamento da indenização por dano moral.<sup>199</sup>

Neste momento, com o delineamento da fraternidade, percebe-se o ideal atual de família também revestido pelo constitucionalismo fraternal. De modo especial e mais incisivo, a igualdade materialmente considerada entre as pessoas — logo, também entre os filhos — é uma das conquistas mais importantes para o Direito das Famílias. Sem o elemento consanguíneo e com o afeto tomando parte central na relação familiar contemporânea, inaugura-se um novo paradigma para a relação familiar<sup>200</sup>.

<sup>196</sup> ROSENVALD; FARIAS; NETTO, 2019, p. 34.

<sup>197</sup> PEREIRA, 2004, pp. 132-133.

<sup>198</sup> PEREIRA, 2004, p. 133.

<sup>199</sup> PEREIRA, 2004, p. 134.

<sup>200</sup> RENON, 2009, p. 35.

Não se trata de tutelar o afeto pelo afeto. “São as relações sociais de maneira afetiva que engendram condutas suscetíveis de merecer incidência de normas jurídicas”<sup>201</sup>. Isto é, como enfatizado anteriormente, a família recebe relevância jurídica, porquanto é veículo funcionalizador da promoção da dignidade<sup>202</sup>. Dessa forma, é a dignidade humana, que — por meio do afeto— pode ser lesada, que é protegida. Contudo, por abarcar potencial lesivo à dignidade, o afeto veste a roupagem dela, para fazer emergir deveres, por meio do princípio jurídico da afetividade.

Nesse sentido, Paulo Lôbo expõe que “a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. [...] Por isso, sem qualquer contradição, podemos referir a dever jurídico de afetividade oponível a pais e filhos e aos parentes entre si”<sup>203</sup>, ainda que não haja sentimento. Sob esta perspectiva, inclusive, foi proferido o acórdão do Recurso Especial 1.159.242, São Paulo<sup>204</sup>, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi.

Se a fraternidade, no âmbito social, emite comandos deônticos<sup>205</sup>, maiormente essa relação é levantada em meio ao núcleo familiar, pois o paradigma fraternal converge para a responsabilização de uns pelos outros<sup>206</sup>. Isso reforça a relação existente entre a fraternidade e a tutela da dignidade humana.

---

<sup>201</sup> LÔBO, 2011, p. 29.

<sup>202</sup> PEREIRA, 2004, p. 130.

<sup>203</sup> LÔBO, 2011, p. 71.

<sup>204</sup> STJ, REsp 1.159.242-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 24/4/2012. EMENTA. 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 consequente 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 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.

<sup>205</sup> FONSECA, 2019, p. 55.

<sup>206</sup> HORITA, 2013, pp. 17063-17064.

### 1.3. O PROBLEMA FRENTE À DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E AO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA/ADOLESCENTE

Dada a mudança, quanto à razão de ser da família, do viés econômico para a afetividade, “a família, enquanto instituição, perdeu seu valor intrínseco”<sup>207</sup>. Como visto no tópico anterior, a família passou a ser juridicamente relevante, porque é local favorável para a realização pessoal, característica importante para o desenvolvimento da dignidade humana.<sup>208</sup> Assim, como sujeito individualmente digno, o menor de idade passou a ser visto de outra maneira, especialmente por ser pessoa em desenvolvimento ou por “ainda não ter alcançado maturidade suficiente para conduzir a própria vida sozinho”<sup>209</sup>.

Desse modo, conforme Veronese, um novo paradigma veio à tona quanto aos menores: o de serem considerados sujeitos de direitos fundamentais.<sup>210</sup> “Ao adotar, portanto, a Doutrina da proteção integral, o sistema jurídico brasileiro abandonou a velha e obsoleta Doutrina da situação irregular ou também conhecida como Doutrina tutelar do menor, a qual coisificava a infância, pois não os reconhecia como sujeitos de direitos”<sup>211</sup>

Assim, um desdobramento do fundamento da dignidade da pessoa humana para as crianças e adolescentes foi conquistado com a introdução do Princípio da Proteção Integral<sup>212</sup> na Constituição Federal de 1988<sup>213</sup>. Esse princípio abrange vários direitos e os garante, com máxima prioridade, por meio da imposição do dever ao Estado, à família e à sociedade de incumbirem-se deles<sup>214</sup>. Esse dever decorre da situação de fragilidade da criança e do adolescente, aos quais o Direito dá posição privilegiada<sup>215</sup>.

Todas as normas que os envolvem (a criança e o adolescente), são oriundas da doutrina da proteção integral, que atende às premissas da condição peculiar em que se encontram, tendo como objetivo o pleno desenvolvimento enquanto sujeitos de direitos que são.

Além disso, há a prioridade absoluta destinada a eles, onde o interesse dos mesmos deve preponderar em todos os âmbitos, concretizando os direitos fundamentais referentes à sua condição. Também, o superior interesse, como garantidor da vontade

---

<sup>207</sup> PEREIRA, 2004, p. 90.

<sup>208</sup> PEREIRA, 2004, p. 129.

<sup>209</sup> PEREIRA, 2004, p. 90.

<sup>210</sup> VERONESE, 2019, p. 21.

<sup>211</sup> VERONESE, 2016, p. 75.

<sup>212</sup> “A Doutrina da Proteção Integral foi trazida para o universo jurídico pela Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, aprovada pela Resolução nº. 44/25 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989.” (VERONESE, 2019, p. 14).

<sup>213</sup> A doutrina da proteção integral foi amplamente recepcionada pela Constituição Federal de 1988, transparecendo essa recepção no próprio texto expreso (VERONESE, 2019, p. 20).

<sup>214</sup> CONRAD, 2019, p. 213-214.

<sup>215</sup> PEREIRA, 2004, p. 90.

da criança e do adolescente perante a imprescindibilidade de seu pleno desenvolvimento.<sup>216</sup>

No caso das crianças e adolescentes, em face da busca pela afirmação da dignidade humana da pessoa individualmente considerada, está a condição deles de formação da personalidade. Assim, a pergunta dessa situação é: como garantir que a realização pessoal deles está sendo buscada? “Afinal, o conceito de melhor interesse é bastante relativo.”<sup>217</sup>

Conforme argumenta Rodrigo da Cunha Pereira, o melhor interesse da criança/adolescente se trata de um princípio<sup>218</sup>, logo, não tem aplicabilidade no tudo ou no nada, tal como têm as regras. Desse modo, o que vem a ser melhor interesse da criança/adolescente se dá no caso em concreto, visto que possui sentido aberto<sup>219</sup>.

Uma maneira mais objetiva de compreender o melhor interesse da criança/adolescente é pela via da relação com os direitos e garantias fundamentais gerais — isto é, os que os adultos também possuem e usufruem — em conjunto com os especialmente dirigidos aos menores. Desse modo, garantindo tal totalidade de direitos, estar-se-á atendendo ao interesse deles<sup>220</sup>.

Os direitos fundamentais dos menores, quanto à proteção normativa, estão no tripé da Doutrina da proteção integral<sup>221</sup>, o qual deve ser perseguido com prioridade absoluta: são os direitos sintetizados no art. 227 da Constituição Federal<sup>222</sup>, nos arts. 3º<sup>223</sup> e 4º<sup>224</sup> do Estatuto da

---

<sup>216</sup> FREITAS; FREITAS, 2021, p. 453.

<sup>217</sup> PEREIRA, 2004, p. 91.

<sup>218</sup> “Em se tratando de princípio seria impróprio trazer soluções preconcebidas e predeterminadas do que seja o Princípio do Melhor Interesse do Menor. A função da matéria principiológica é exatamente poder pairar sobre interesses maiores, ainda que eles contrariem regras, já que eles são mandados de otimização do direito. São eles que vão autorizar que o direito seja justo acima do legal. É o intérprete, através de uma escolha racional e valorativa, que deve averiguar, no caso concreto, a garantia do exercício dos direitos e garantias fundamentais pelo menor” (PEREIRA, 2004, p. 100).

<sup>219</sup> PEREIRA, 2004, p. 91-92.

<sup>220</sup> PEREIRA, 2004, p. 92.

<sup>221</sup> VERONESE; ROSSETTO, 2021, p. 30.

<sup>222</sup> Art. 22, da CF/88. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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

<sup>223</sup> Art. 3º, do ECA. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

<sup>224</sup> Art. 4º, do ECA. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Criança e do Adolescente (ECA<sup>225</sup>), e no preâmbulo<sup>226</sup> da Convenção Internacional dos Direitos da Criança<sup>227</sup>, ratificada<sup>228</sup> pelo Brasil.<sup>229</sup>

A consequência do reconhecimento de tais dispositivos como fonte de princípios é que eles informarão a interpretação de todo o ordenamento jurídico pátrio, além de serem fonte de orientação das decisões judiciais a serem tomadas, em que envolvam crianças e adolescentes, sem olvidar da atividade legislativa, que também deve tê-los como seu norte hermenêutico.<sup>230</sup>

À vista disso, percebe-se que a Doutrina da proteção integral da criança e do adolescente acaba por estar intimamente ligada à própria cláusula de tutela da pessoa humana<sup>231</sup>, para a qual não basta comportamentos negativos (omissivos), mas exigem, principalmente, condutas afirmativas (comissivas), “de modo que os responsáveis possam promover a personalidade do menor<sup>232</sup>. Dos deveres fundamentais positivos impostos aos pais está a paternidade e a maternidade responsável, que deve ocorrer antes mesmo da criança nascer<sup>233</sup> ou, para o caso da adoção, antes de adotar.

Justifica-se a doutrina da proteção integral, principalmente, na razão de se acharem em peculiar condição de pessoa humana em desenvolvimento, isto é, encontram-se em situação especial de maior fragilidade e vulnerabilidade, que autoriza atribuir-lhes um regime especial de proteção, para que consigam se estruturar enquanto pessoa humana e se autogovernar.<sup>234</sup>

Entretanto, a mudança do mundo dos fatos não foi paradigmática como foi no mundo normativo, como deveria ter ocorrido. Isto é, não houve a quebra do paradigma de “uso” da criança e do adolescente como objeto, a dar sentido verdadeiro à dignidade humana tal qual se apresenta na norma legislada. Isso é mais definido quando se pensa que ainda hoje se discute a “devolução” de crianças e adolescentes ao acolhimento, como se itens fossem<sup>235</sup>.

<sup>225</sup> A Lei n.º 8.069/1990 dispõe sobre o ECA.

<sup>226</sup> Tal qual o preâmbulo da Constituição Federal, aqui também se atribuiu eficácia normativa a ele.

<sup>227</sup> “Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.”

<sup>228</sup> A Convenção Internacional dos Direitos da Criança foi ratificada pelo Brasil e introduzida ao ordenamento jurídico por meio do Decreto n.º 99.710/1990. Dessa maneira, conforme entendimento do STF, os tratados internacionais que versarem acerca dos direitos humanos e forem ratificados pelo Brasil, segundo o procedimento previsto na Constituição Federal, serão incorporados no ordenamento jurídico brasileiro com status de norma supralegal. Vide STF, ADI 5.240, voto do rel. min. Luiz Fux, P, j. 20-8-2015, DJE 18 de 1º-2-2016.

<sup>229</sup> PEREIRA, 2004, p. 92.

<sup>230</sup> Id., p. 93.

<sup>231</sup> Id., p. 94.

<sup>232</sup> Id.

<sup>233</sup> SILVA, 2014, p. 17.

<sup>234</sup> PEREIRA, 2004, p. 94.

<sup>235</sup> GAGLIANO; BARRETTO, 2020, p. 2.



A dignidade humana permeia a essência da pessoa, logo, ser pessoa é ter dignidade, uma vez que a pessoa humana é fim em si mesma. Contudo, quando os holofotes são voltados para a realidade social atual, percebe-se o debate desarrazoado de “restituição” da criança e do adolescente. Infelizmente, embora tenha havido a ascensão da Doutrina da proteção integral, é necessário reconhecer e “sempre é bom ressaltar a estrutura autoritária da sociedade brasileira que recorrentemente se volta contra a Proteção Integral da infantoadolescência.”<sup>236</sup>

O estudo “Família é muito sofrimento: um estudo de casos de ‘devolução’ de crianças”<sup>237</sup> discutiu os motivos expressos pelos quais os adotantes se disponibilizaram para ser pais, porém desistiram da adoção, após já terem recebido a guarda da criança ou do adolescente. Na pesquisa, foram avaliados dez processos de adoção: em todos eles as crianças foram as “culpadas” pela desistência. “As dificuldades apresentadas pelos adultos quanto a lidar com a diferença e suportar frustrações, a falta de vínculo, a incapacidade de conter a agressividade da criança e dar-lhe um sentido, destacaram-se entre as características presentes nas diversas situações analisadas.”<sup>238</sup>

À vista disso, ainda que a norma e a doutrina tenham sido direcionadas a estruturarem-se no panorama da doutrina da proteção integral, a realidade das varas de infância mostra a contramão disso. É a partir desse problema que a responsabilização faz sentido.

É posto, nas crianças e nos adolescentes, caráter de meio/instrumental, ou seja, eles estão condicionados a determinada finalidade, que eventualmente é frustrada e dá ensejo para serem retornados ao acolhimento<sup>239</sup>. É urgente o reconhecimento de como essa situação fere a dignidade da criança e deixa um lapso no que é para ser proteção integral e absoluta.

Não há cabimento em desistir da adoção pela identificação por parte do adulto que o jovem adotando possui características e questões a serem trabalhadas, que acabam sendo enfrentadas pelos adultos como “defeitos”, dando a entender que as crianças ou adolescentes não passaram no “test drive”, portanto, necessitam ser devolvidas tal qual um produto, visto que possuem vícios.<sup>240</sup>

Presume-se que, para chegar ao estágio de deter a guarda provisória, o candidato a adotante passou por várias etapas, nas quais se trabalhou a decisão de adotar. Em outras palavras, era sabido e bem amadurecida a decisão da adoção, e tudo o que nela e para ela implicava<sup>241</sup>. Logo, “as famílias precisam compreender que adotar não é escolher a criança, é

---

<sup>236</sup> SANTOS, 2019, p. 83.

<sup>237</sup> LEVY; PINHO; FARIA, 2009.

<sup>238</sup> Id. 2009, p. 58.

<sup>239</sup> GAGLIANO; BARRETTO, 2020, p. 2.

<sup>240</sup> GHILARDI; CANAVARROS, 2021, p. 349.

<sup>241</sup> Id., p. 350.

decidir pela adoção de uma criança, é incorporá-la como filho, é investir afeto para o resto da vida.”<sup>242</sup> Isto é, quebrar o paradigma de instrumentalização da criança para suprir algo, para o paradigma de decisão.

A fim de perceber como esse contexto lesa a dignidade humana,

Kant afirma [...] que o homem não deve jamais ser transformado num instrumento para a ação de outrem. Embora o mundo da prática permita que certas coisas ou certos seres sejam utilizados como meios para a obtenção de determinados fins ou determinadas ações, e embora também não seja incomum historicamente que os próprios seres humanos sejam utilizados como tais meios, a natureza humana é de tal ordem que exige que o homem não se torne instrumento da ação ou da vontade de quem quer que seja. Em outras palavras, embora os homens tendam a fazer dos outros homens instrumento ou meios para suas próprias vontades ou fins, isso é uma afronta ao próprio homem. É que o homem, sendo dotado de consciência moral, tem um valor que o torna sem preço, que o põe acima de qualquer especulação material, isto é, coloca-o acima da condição de coisa.<sup>243</sup>

Porém, como argumenta Fonseca, “a mudança de paradigma, de cultura, não é fácil.” Essa dificuldade advém principalmente da capacidade de reconhecimento do outro como sujeito de direitos livre e igual a mim, logo, também dotado de dignidade<sup>244</sup>. Contudo, essa barreira só consegue ser quebrada, por meio da fraternidade.

O processo de satanização de pessoas e/ou de instituições me faz lembrar SARTRE: ‘o inferno é o outro’, que, na verdade, quer dizer, ‘o inferno é o ego’, pois o outro é a diversidade, a mundividência, seu peculiar modo de conceber e praticar a vida. É necessário, portanto, como diz Britto, ocorrer ‘o eclipse do ego’ para surgir a luz. Assim, precisamos de um Sistema de Justiça eficiente e célere, que acompanhe as transformações sociais, mas que, ao mesmo tempo, garanta os direitos humanos fundamentais, propiciando sempre a abertura para uma sociedade fraterna. Efetivamente, a Carta Política de 1988 consagrou a fraternidade como categoria jurídica. Logo, cabe aos operadores do Direito dar aplicabilidade e eficácia, tornando-a força viva e não objeto de decoração ou de mera promessa.<sup>245</sup>

No momento em que os pretensos adotantes desistem “imotivadamente” do processo e devolvem a criança para a instituição de acolhimento, há muita frustração a ser suportada por ela, visto que gera uma quebra de expectativas. Levy, Pinho e Faria mencionam que, por vezes, os pretendentes à adoção pensam que podem “experimentar a criança” e que, se não gostarem do “produto”, podem simplesmente desistir do processo, visto que, do ponto de vista jurídico, a adoção se torna irrevogável somente após a sentença do juiz. Contudo, do ponto de vista psicológico, as autoras referem que os requerentes à adoção, ao levarem a criança para casa,

---

<sup>242</sup> SCHREINER, 2004, p. 19.

<sup>243</sup> PEREIRA, 2004, p. 69.

<sup>244</sup> FONSECA, 2019, p. 93.

<sup>245</sup> FONSECA, 2016, p. 46.

sob sua guarda provisória, já estabelecem um compromisso ético com ela em relação à adoção<sup>246</sup>.

Assim, a fraternidade se configura como precioso bem relacional. “É no reconhecimento do outro que as relações [...] [se] apresentam como o indispensável elemento (componente) de revitalização das relações sociais”<sup>247</sup>. Veronese enfatiza afirmando que essa percepção, por meio da fraternidade, atinge “o princípio da autonomia de cada sujeito, antes, confere-lhe algo a mais: a riqueza das relações interpessoais, que [,] colocando cada sujeito um ao lado do outro, não o categoriza, não o estratifica, antes o situa na dimensão fraterna presente em cada um”<sup>248</sup>.

---

<sup>246</sup> LEVY; PINHO; FARIA, 2009, p. 63

<sup>247</sup> FONSECA, 2019, p. 77.

<sup>248</sup> VERONESE, 2016, p. 76.

## 2. RESPONSABILIDADE CIVIL POR QUEBRA DA PROMESSA

Uma vez munido de todo o arcabouço principiológico necessário, é possível se estabelecer uma análise da responsabilidade civil do pretendente adotante que desiste da adoção, de modo inteligente e autêntico, visto a falta de sistematização específica sobre esse tema. De maneira mais incisiva, essa relação é ainda mais urgente quando compreendido que o sistema de responsabilização civil brasileiro não é especial, isto é, orienta apenas por uma cláusula geral aberta de não causar dano<sup>249</sup>. Nesse sentido, incumbe-se aos tribunais a atribuição de aplicar e delimitar os danos indenizáveis<sup>250</sup>.

Por outro lado, é bastante coerente essa tarefa ser atribuída ao Judiciário, posto que, para haver a configuração da responsabilização, é preciso se aferir, no caso a caso, os requisitos típicos: a conduta comissiva ou omissiva, a lesão e o nexo de causalidade entre eles. Soma-se a estes o elemento da culpa, caso a responsabilização seja subjetiva<sup>251</sup>. Importante mencionar que, em determinadas situações, o dano é presumido (*in re ipsa*), ou seja, não precisa ser provado; como ocorre nos casos de desistência da adoção.

O dano causado em uma criança e adolescente que foram retornados e, mais uma vez, rejeitados<sup>252</sup> é presumido. Não necessita de prova e a demanda por esta reforçaria o caráter danoso e os revitimizaria. O dano não precisa ser demonstrado quando o próprio ato diz por si próprio (responsabilidade objetiva). Nesse sentido, apesar de a proibição da desistência não constar expressa e especificamente no ECA, a tutela da expectativa decorrente dessa relação jurídica provém diretamente da Constituição e dos valores que mantêm e formam o Estado<sup>253</sup>.

Soma-se a isso a constatação feita por Gagliano e Barretto<sup>254</sup> de que o ECA, no art. 197-E, § 5º<sup>255</sup>, aponta positivamente para a responsabilização civil, pois prevê “demais sanções legais” para o adotante desistente. “Tal medida, apesar de não estabelecer especificamente o

---

<sup>249</sup> GHILARDI; CANAVARROS, 2021, 342.

<sup>250</sup> Id., pp. 340-342.

<sup>251</sup> Id., p. 342.

<sup>252</sup> GAGLIANO; BARRETTO, 2020, p. 3.

<sup>253</sup> GHILARDI; CANAVARROS, 2021, pp. 351-352.

<sup>254</sup> GAGLIANO; BARRETTO, 2020, pp. 5-6.

<sup>255</sup> Art. 197-E, § 5º, do ECA. A desistência do pretendente em relação à guarda para fins de adoção ou a devolução da criança ou do adolescente depois do trânsito em julgado da sentença de adoção importará na sua exclusão dos cadastros de adoção e na vedação de renovação da habilitação, salvo decisão judicial fundamentada, sem prejuízo das demais sanções previstas na legislação vigente.

dever de reparar o dano moral<sup>256</sup> causado, abriu margem para que [,] diante desses casos, se apliquem outras sanções previstas em lei, como por exemplo o dever de reparação civil”<sup>257</sup>.

Este posicionamento, em que há amplo quadro de responsabilização, é confirmado quando é analisada a tramitação do Projeto de Lei (PL) n.º 370, de 2016. A iniciativa do Senador Aécio Neves propunha a responsabilização dos adotantes que desistiram da adoção durante o estágio de convivência. O referido PL tramitou de 06/10/2016 a 22/12/2022, dentro da própria Casa iniciadora (Senado Federal), onde foi também arquivado por perda de objeto.

Conforme a relatora Senadora Rose de Freitas, o PL perdeu o objeto com o advento da Lei n.º 13.509/2017, que alterou o ECA para acrescentar o § 5º ao art. 197-E. Segundo a senadora, “a proposição em pauta pretende punir, com a inabilitação, os pretendentes à adoção que desistem imotivadamente durante o estágio de convivência, intento esse que já está abrangido com o recente dispositivo supracitado”<sup>258</sup>, quando dispõe “sem prejuízos das demais sanções previstas na legislação vigente”. Assim, fica clara a posição política do Legislativo acerca do interesse em responsabilizar essa conduta.

Contudo, a argumentação teórica para a responsabilização é fundamental. Isto é, onde encontrar, na teoria do Direito, o respaldo para que essa responsabilização seja legítima, dado que não há regra específica e trata-se do exercício de um direito potestativo? De um lado há a clara lesão aos que deveriam ser absolutamente protegidos, e, de outro, o exercício de um direito. Os princípios constitucionais deveriam e são suficientes para tal tarefa, visto sua eficácia horizontal, notadamente a da dignidade da pessoa humana. Porém se busca a construção do caminho argumentativo não só materialmente produzido, mas também formalmente. É que — apesar de tutelar o mesmo objeto final, a dignidade do menor — a causa de pedir pode ser distinta em cada situação em concreto.

Nesse sentido, a doutrina tem buscado fundamentar a responsabilidade civil pela desistência da adoção, no estágio de convivência, em basicamente duas teorias: a do abuso de direito e a da perda de uma chance. Busca-se elaborar a Teoria da responsabilidade civil por quebra da promessa.

---

<sup>256</sup> “No Brasil, a denominação danos extrapatrimoniais significa a mesma coisa que danos morais. A Constituição Federal de 1988, no art. 5º, incisos V e X, bem como o art. 186 do Código Civil empregam a expressão danos morais para se referir a todas as espécies de danos não patrimoniais.” (ROSENVALD; FARIAS; NETTO, 2019, p. 372)

<sup>257</sup> CONRAD, 2019, p. 241.

<sup>258</sup> Secretaria de Apoio à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, relatório da Senadora Rose de Freitas, com voto pela prejudicialidade do Projeto. Cf.: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7933800&ts=1674177447307>>. Acesso: 18 jul. 2023.

## 2.1. OBSERVAÇÕES PROPEDEÚTICAS

A Teoria da responsabilidade civil por quebra da promessa<sup>259</sup> possui três pilares: a responsabilidade civil contratual; o ato jurídico com destinatário<sup>260</sup>; e a proteção da confiança.<sup>261</sup>

### 2.1.1. Sobre a clássica dicotomia: responsabilidade contratual e extracontratual

“O conceito de responsabilidade é seguramente um dos mais importantes para a Ciência do Direito. Atribuir responsabilidade é impor providências ou situações [...]”<sup>262</sup>, a fim de reparar danos patrimoniais ou existenciais.<sup>263</sup> Desse modo, a responsabilidade civil se destacou por impor obrigação de indenizar danos tanto de obrigações inadimplidas, quanto de violação de direitos. Esta é a responsabilidade civil *lato sensu*.<sup>264</sup>

Historicamente, entretanto, concebeu-se a responsabilidade civil de modo dicotômico: “responsabilidade civil *stricto sensu* (delitual ou aquiliana) e a responsabilidade contratual (negocial ou obrigacional). Trata-se de uma *summa divisio* decorrente do critério da origem do dever descumprido, ou seja, o contrato ou o delito.”<sup>265</sup>.

Por responsabilidade contratual entende-se a obrigação de indenizar a outra parte por um risco particular de dano criado pela própria relação jurídica entre os sujeitos. Portanto, a inobservância de qualquer dever da relação obrigacional já faz incidir a responsabilização.<sup>266</sup>

Por outro lado, a responsabilidade extracontratual é aquela que visa a estabelecer uma convivência pacífica<sup>267</sup>. Não se pressupõe uma relação preexistente entre lesante e lesado. Isto é, basta o descumprimento de um dever genérico do tráfico social<sup>268</sup> para incidir a responsabilização. “Não há agora intervenção direta em uma ordem de condutas

---

<sup>259</sup> Esta teoria foi escrita em 1997, havendo poucos ou quase nenhum registro sobre ela. Contudo, a tutela da confiança é imprescindível para as relações jurídicas. Assim, o resgate da Teoria é importante, especialmente para a análise da expectativa gerada no menor e a consequente responsabilidade, aqui debatida.

<sup>260</sup> “compreendendo qualquer promessa para cuja quebra a lei põe à disposição um remédio legal ou cujo cumprimento a lei põe à disposição um remédio legal ou cujo cumprimento a lei reconheça, de alguma forma, como dever” (GONÇALVES, 1997, p. 22)

<sup>261</sup> GONÇALVES, 1997, p. 22

<sup>262</sup> Id. p. 21.

<sup>263</sup> ROSENVALD; FARIAS; NETTO, 2019, p. 91.

<sup>264</sup> Id.

<sup>265</sup> Id.

<sup>266</sup> Id.

<sup>267</sup> Id., pp. 91-92.

<sup>268</sup> Acerca da expressão “tráfico social”, trata-se do trato social. O autor a utilizou por se tratar da linguagem à época.

preestabelecidas pela autonomia privada, mas tão somente a presença de um dever de indenizar, pelo qual se atribui a alguém a obrigação de suportar um dano sofrido por outrem.”<sup>269</sup>

Apesar de doutrinária e jurisprudencialmente útil para alguns fins, a teoria dicotômica da responsabilidade civil é incompleta, porque “o inadimplemento não é um fenômeno restrito aos contratos, mas a qualquer obrigação, tenha ela origem em um contrato ou em um negócio jurídico unilateral.”<sup>270</sup>. Isso se reflete nas promessas: negócios jurídicos unilaterais que fazem nascer obrigações apenas pela “manifestação pública de vontade do promitente”<sup>271</sup>, ou seja, independe de consentimento da outra parte<sup>272</sup>. Logo, o descumprimento ou “quebra” da promessa pode ser subsumido na categoria de responsabilidade contratual, ainda que não haja um contrato. Dessa maneira, “se nem todo inadimplemento de obrigação é um descumprimento contratual, a recíproca não se impõe. Todo descumprimento contratual é um inadimplemento, apenas qualificado pelo fato de que a fonte da obrigação é um contrato.”<sup>273</sup>

### **2.1.2. O dano como elemento comum às “duas responsabilidades”**

Quanto à conduta que dá ensejo à indenização, é necessária a prática de um ato ilícito na responsabilidade extracontratual. Contudo, o inadimplemento de uma obrigação contratual também não deixa de se traduzir em um “ilícito relativo” — transgressão a um preceito negocialmente concebido —, ao contrário do que se dá na responsabilidade civil [*strictu sensu*/extracontratual], na qual a expressão “ilícito absoluto” consubstancia uma violação ao *neminem laedere*.<sup>274</sup>

Portanto, o ilícito (absoluto) sempre e só será premissa da responsabilidade civil extracontratual. Por outro lado, na responsabilidade contratual, “o nexó de imputação será delimitado pelo risco da atividade e pelo legislador, independentemente da constatação da antijuridicidade do comportamento do agente.”<sup>275</sup> Dessa maneira, a responsabilidade civil contratual é objetiva.<sup>276</sup>

Contudo, conforme o art. 396 do Código Civil<sup>277</sup>, para a configuração da mora, necessariamente — isto é, independentemente de a responsabilidade ser contratual ou

<sup>269</sup> ROSENVALD; FARIAS; NETTO, 2019, p. 92.

<sup>270</sup> Id., p. 93.

<sup>271</sup> Id.

<sup>272</sup> Id.

<sup>273</sup> Id.

<sup>274</sup> ROSENVALD; FARIAS; NETTO, 2019, p. 93 (grifos no original).

<sup>275</sup> Id.

<sup>276</sup> Id.

<sup>277</sup> Art. 396, do Código Civil. Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora.

extracontratual — exige-se o elemento subjetivo da culpa do devedor. Nesse sentido, na responsabilidade civil extracontratual, caso o devedor cometa ato ilícito (inadimplemento absoluto) por causa superveniente, a obrigação será extinta por impossibilidade, logo, inimputável ao devedor.<sup>278</sup>

Outrossim, na esteira da lição de JORGE CESAR FERREIRA DA SILVA considerando-se o inadimplemento como o não cumprimento de qualquer dever emanado do vínculo, ele surgirá independente do responsável pelo descumprimento, sendo suficiente que restem os interesses do credor não atendidos – seja por ato do devedor ou fato da natureza. No campo dos efeitos, classifica-se o inadimplemento em objetivo quando independe do devedor e, subjetivo, quando decorre do ato do devedor. Neste, liga-se a conduta ao resultado; naquele, presta-se atenção apenas ao resultado.<sup>279</sup>

Em outras palavras, seja na responsabilidade extracontratual (com o inadimplemento objetivo: independente do devedor/ fato da natureza<sup>280</sup> ou subjetivo: decorre do ato do devedor) seja na responsabilidade contratual, em ambas as responsabilidades há o elemento comum e indispensável: o dano, isto é, o interesse do credor não atendido.<sup>281</sup>

Dessa forma, percebe-se que a relação da dicotomia é incompleta, pois, em ordenamentos jurídicos complexos e abertos às demandas sociais, como o brasileiro, há interpenetração entre as duas responsabilidades<sup>282</sup>.

Igualmente, como visto, a responsabilidade civil por quebra da promessa também tem pressuposto de natureza jurídica contratual (objetiva), ainda que se trate de negócio unilateral. Logo, a primeira premissa da responsabilidade civil contratual para a aplicação da Teoria da responsabilidade civil por quebra da promessa fica superada.<sup>283</sup>

[...] Vejamos, assim, quais as diferenciações geralmente apontadas entre as duas espécies de responsabilidade. 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. O devedor só não será condenado a reparar o dano se provar a ocorrência de alguma das excludentes admitidas na lei: culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior. Incumbe-lhe, pois, o *onus probandi*.<sup>284</sup>

<sup>278</sup> ROSENVALD; FARIAS; NETTO, 2019, p. 93.

<sup>279</sup> Id., p. 94.

<sup>280</sup> Hipótese na qual a obrigação não poderá ser imputável ao devedor.

<sup>281</sup> ROSENVALD; FARIAS; NETTO, 2019, p. 94.

<sup>282</sup> Id., p. 91.

<sup>283</sup> “Há quem critique essa dualidade de tratamento. São os adeptos da tese unitária ou monista, que entendem pouco importar os aspectos sob os quais se apresente a responsabilidade civil no cenário jurídico, pois uniformes são os seus efeitos. De fato, basicamente as soluções são idênticas para os dois aspectos. Tanto em um como em outro caso, o que, em essência, se requer para a configuração da responsabilidade são estas três condições: o dano, o ato ilícito e a causalidade, isto é, o nexo de causa e efeito entre os primeiros elementos. Esta convicção é, hoje, dominante na doutrina. Nos códigos de diversos países, inclusive no Brasil, tem sido, contudo, acolhida a tese dualista ou clássica, embora largamente combatida.” (GOLÇALVES, 2023, p. 27).

<sup>284</sup> Id.



### 2.1.3. *Acerca da natureza jurídica da adoção*

Importante mencionar expressamente que Gonçalves desenvolve a Teoria da responsabilidade civil por quebra da promessa “em torno da figura do contrato em seu sentido mais amplo [...] que gravita um elemento com o qual [...] livro irá sempre lidar: a confiança.”<sup>285</sup> Contudo, não se está dizendo que a natureza jurídica da obrigação advinda da adoção é de contrato. Como é possível compreender pela progressão da Teoria do interesse negativo no tempo, isto é, na história, chegou-se a tal abrangência do conceito de interesse negativo, que se passou a tutelar o ato jurídico direcionado.

Como argumenta Rodrigo Pereira, até o advento da Constituição Federal de 1988, a equiparação dos filhos não existia. Logo, “discutia-se a natureza jurídica da adoção: como ficção jurídica, como ato bilateral (contrato), como instituição etc.”<sup>286</sup> Dessa maneira, não há grande pertinência em considerar a natureza jurídica da adoção, embora grande parte da doutrina o faça e não se chegue a um entendimento pacífico<sup>287</sup>. Entretanto, para fins acadêmicos de filiação a uma doutrina, este trabalho adotou a natureza jurídica da adoção como ato jurídico em sentido estrito.<sup>288</sup>

A pertinência sobre o assunto da natureza jurídica está em considerar a tutela/proteção da confiança na relação jurídica aí considerada somente por meio da hermenêutica jurídica. Nesse sentido, Gonçalves busca demonstrar o critério da “simples restituição ao estado anterior das coisas, a partir da premissa de que esta medida se inspira na proteção à confiança.”<sup>289</sup> Isso é feito por Gonçalves por meio da Teoria do interesse negativo.<sup>290</sup>

---

<sup>285</sup> GONÇALVES, 1997, p. 22.

<sup>286</sup> PEREIRA, 2023, p. 441.

<sup>287</sup> Nesse sentido: “É muito controvertida entre os autores a natureza jurídica da adoção. Enquanto adoção constitui assunto de foro particular das pessoas interessadas, a doutrina inclinou-se abertamente para o carácter negocial do acto. A adoção tinha como elemento fundamental a declaração de vontade do adoptante, sendo os seus efeitos determinados por lei de acordo com o fim essencial que o declarante se propunha alcançar (...) Logo, porém, que os sistemas jurídicos modernos passaram a exigir a intervenção dos tribunais, não para homologarem, mas para concederem a adoção, a requerimento do adoptante, quando entendessem, pela apreciação das circunstâncias concretas do caso que o vínculo requerido serviam capazmente o interesse da criação e educação do adoptando, a concepção dominante na doutrina quanto à natureza jurídica do acto mudou de sinal. Passou a ver-se de preferência na adoção um acto de natureza publicística (um acto judicial) ou um acto complexo, de natureza mista” (VARELA, 1999, p. 146-147).

<sup>288</sup> “Como se sabe, o ato jurídico em sentido estrito ou não negocial caracteriza-se por ser um comportamento humano cujos efeitos estão legalmente previstos. Vale dizer, não existe, aqui, liberdade na escolha das consequências jurídicas pretendidas. Ora, a partir do momento em que a adoção passou a ser oficializada e disciplinada por meio de normas de natureza cogente e de ordem pública, concluímos que a subsunção do conceito de adoção à categoria de ato em sentido estrito seria mais adequada do que à do negócio jurídico. Mas advertimos que, a par do nosso esforço científico e classificatório, o ato de adotar apresenta tantas peculiaridades que, se o qualificarmos também como “complexo”, erro técnico não haveria.” (GAGLIANO; FILHO, 2022, p. 236).

<sup>289</sup> GONÇALVES, 1997, p. 22.

<sup>290</sup> Id., pp. 22-24.

## 2.2. TEORIA DO INTERESSE NEGATIVO

### 2.2.1. *Interesse negativo*

“Não há como estudar o ressarcimento contratual com vistas ao restabelecimento do estado anterior das coisas sem um pormenorizado exame da tradicional Teoria do interesse negativo.”<sup>291</sup> A expressão “interesse negativo” ou “interesse de confiança”<sup>292</sup> está conectada à sistematização da responsabilização civil e de direito contratual. Porém, o uso do termo “interesse” deve ser analisado sob o ponto de vista técnico<sup>293</sup>. “De fato, o sentido técnico do termo não poderia ser obtido a partir do uso corrente do termo na linguagem comum.”<sup>294</sup> A noção de “interesse” é analisada, mesmo no âmbito jurídico, de variadas formas, o que demonstra sua relevância jurídica. Quanto à responsabilidade civil, o termo “interesse” tem relevância aumentada.<sup>295</sup>

“‘Interesse negativo’ é uma expressão técnica criada para designar uma medida de ressarcimento aplicável a várias hipóteses de responsabilidade civil pré-contratual.”<sup>296</sup> A expressão foi criada pelo jurista Rudolph von Jhering, sendo utilizada pela primeira vez na obra “Culpa na contratação e indenização por perdas e danos nas convenções nulas ou que restaram imperfeitas”<sup>297</sup>. Nessa obra, Jhering sustentou sua preocupação em relação a eventuais danos que as pessoas poderiam vir a ter, ao depositar confiança na validade de um contrato, que, posteriormente é invalidado pela outra parte.<sup>298</sup>

Segundo Jhering, duas situações ou comportamentos do contratante poderiam ocorrer: (i) interesse na manutenção do contrato, com seus efeitos como se válido fosse; e (ii) interesse na não-conclusão do contrato, com efeitos como se nunca tivesse sido válido e existido. Para o autor, essas são as duas formas do interesse se manifestar: a primeira positivamente e a segunda negativamente.<sup>299</sup>

<sup>291</sup> GONÇALVES, 1997, p. 25

<sup>292</sup> “Partindo-se do pressuposto de que o interesse negativo está fundado na proteção da confiança, as expressões ‘interesse negativo’ e ‘interesse de confiança’ podem ser entendidas como sinônimos. Ainda assim, deve-se ter em mente que o ‘interesse negativo’ é uma medida que tem limites definidos; portanto, para ser empregada como sinônimo de ‘interesse de confiança’, deve-se admitir que a confiança fica suficientemente protegida nesses limites.” (GONÇALVES, 1997, p. 26).

<sup>293</sup> “A existência de múltiplas acepções do vocábulo mantém-se mesmo quanto a usos estritamente técnicos do termo. Com efeito, há exatas cinquenta e quatro menções expressas ao termo no Código Civil, as quais perpassam todos os livros da legislação civil e, assim, não se referem unicamente a um único significado.” (STEINER, 2016, p. 9).

<sup>294</sup> STEINER, 2016, p. 8.

<sup>295</sup> Id.

<sup>296</sup> GONÇALVES, 1997, p. 25.

<sup>297</sup> No original: *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen.*

<sup>298</sup> GONÇALVES, 1997, p. 26.

<sup>299</sup> Id., pp. 26-27.

“Essa é a origem da expressão ‘interesse negativo’: *o interesse é negativo porque se deseja que o contrato nulo ou anulado seja encarado como se jamais houvesse existido como ocorrência fática.*”<sup>300</sup> Assim, o interesse negativo se contrapõe ao interesse positivo ou interesse de cumprimento, que é aquele em que se deseja a permanência do contrato. Portanto, o interesse negativo visa a reestabelecer ou retornar à situação fática anterior ao contratado. Esse desejo de volta ao *status quo ante* fica mais claro nos casos em que “não fosse possível a restauração pretendida, no interesse em obter uma indenização tal que ficasse restaurada, o mais fielmente possível, a situação econômica anterior ao contrato nulo ou invalidado.”<sup>301</sup>

Tal como foi exposto, essa era a Teoria do interesse negativo de Jhering. Entretanto, essa doutrina recebeu críticas quanto à abstração e limitação. Assim, a Teoria foi reinterpretada pela doutrina e pela jurisprudência, a fim de suprir essas demandas. Visando sanar o problema do abstracionismo do conceito, objetificou-se o interesse negativo.<sup>302</sup>

Dessa maneira, chegou-se à conclusão que o interesse negativo é a tutela de todos os prejuízos causados pela confiança depositada. “Satisfazer o interesse negativo, em um contexto como esse, é efetivamente pagar os prejuízos. Estes, dessa forma, equivalem, objetivamente [,] ao próprio interesse negativo.”<sup>303</sup>

Quanto ao problema da limitação excessiva do conceito, ampliou-se o uso para as demais relações jurídicas que não o pacto tradicional contratual em sentido estrito. Ou seja, seria relevante o uso do conceito de interesse negativo em outros campos, como, por exemplo, na declaração unilateral de vontade. “A partir desta constatação, a técnica jurídica terminou por ligar a ideia da medida do interesse negativo à noção do negócio jurídico.”<sup>304</sup>

Importante mencionar que o negócio jurídico foi criado pela doutrina alemã do final do século XVIII, quando da sistematização do jusnaturalismo. De fato, para os jusnaturalistas, o agir humano era desdobramento da liberdade, a qual andava em consonância com a responsabilidade, uma vez que só era possível se imputar um ato a alguém por meio do exercício da liberdade do indivíduo. Dessa maneira, a abrangência conceitual foi moldada com mais adequação.<sup>305</sup>

“A essência do negócio jurídico reside na manifestação de uma vontade direcionada a dar causa a determinados efeitos jurídicos. A delimitação aplicada ao conceito de negócio

---

<sup>300</sup> Id., p. 27. (grifos do original)

<sup>301</sup> Id.

<sup>302</sup> Id., p. 28.

<sup>303</sup> Id.

<sup>304</sup> Id., pp. 28-29.

<sup>305</sup> Id., p. 29.

jurídico conduz a categoria especial de atos jurídicos.”<sup>306</sup> Desse modo, abarcando os atos jurídicos com destinatário, o conceito de interesse negativo alcançou vários outros institutos jurídicos que não somente o contrato. “Assim, é mais correto (do que limitar a um contrato) afirmar que a medida do interesse negativo pode ser concedida em virtude da desconstituição de um negócio jurídico.”<sup>307</sup>

Se o que está em causa é a tutela dos sujeitos, na condição de interessados nos efeitos jurídicos que um ato de outrem vise a produzir ou na lisura da conduta alheia relativamente aos seus próprios atos, também nos negócios jurídicos unilaterais como nos puros atos jurídicos tem cabimento a proteção da confiança.<sup>308</sup>

Contudo, a abrangência da responsabilidade civil se alargou de tal modo que ultrapassou a noção de negócio jurídico nulo ou anulável, para adentrar até mesmo quando “não se chegasse a celebrar negócio algum em virtude da ruptura do seu processo formativo.”<sup>309</sup> Entretanto, conforme expõe Gonçalves, o próprio Jhering não negava uma pretensão de generalidade, exigindo um dever geral de diligência positiva àquele que adentraria um negócio jurídico.<sup>310</sup>

Assim, partindo-se da formação de um contrato, foi possível se distinguir três tipos de fatos constitutivos de reponsabilidade: (i) “ausência ou não conclusão de um contrato, cujas negociações se iniciaram”; (ii) “celebração de um contrato ferido de invalidade ou ineficácia”; e (iii) “conclusão de um contrato válido e eficaz, em que surgiram, das respectivas negociações, danos a indenizar.”<sup>311</sup>

Portanto, passou-se a associar o interesse negativo a toda forma de responsabilidade pré-contratual, compreendendo o conceito de maneira mais abrangente. Nesse sentido, começaram a associar o acolhimento do interesse negativo ao ressarcimento do dano causado pela lesão à “confiança de uma das partes por ocasião das preliminares e da formação do negócio.”<sup>312</sup> E verificou-se o encaminhamento legislativo para o sentido cada vez mais amplo do interesse.<sup>313</sup>

Desde o final da primeira década [do século XX], passou-se a decidir que ‘quando as partes entrem em negociações e um contrato, uma relação de confiança passa a existir entre elas, independentemente do sucesso ou do fracasso das negociações. Assim, proteção é devida contra a conduta que impede a consumação do contrato’. [...] A regra de que a interrupção injustificada de negociações responsabiliza, mesmo que

---

<sup>306</sup> Id.

<sup>307</sup> Id.

<sup>308</sup> Id., pp. 29-30.

<sup>309</sup> Id., p. 30.

<sup>310</sup> Id.

<sup>311</sup> Id., pp. 30-31.

<sup>312</sup> Id., p. 31.

<sup>313</sup> Id., pp. 31-34.

pelo interesse negativo, a parte que, tendo criado na outra a convicção de que a contrária, se retrata, é afirmada de uma maneira constante.<sup>314</sup>

A noção de interesse negativo expandiu e encontra cada vez mais terreno para expansão. Do mesmo modo que o contrato foi sendo substituído pelo ato jurídico com destinatário, o interesse negativo passou a ser entendido como um dano de confiança. O efeito jurídico disso, praticamente, é a tutela da confiança não somente nos negócios inválidos, mas também nos válidos ou até mesmo nos que nunca vieram a ser perfeitos e acabados.<sup>315</sup>

Gonçalves se filia e apresenta, então, o conceito de interesse negativo em sentido amplo (*lato sensu*) como “o dano sofrido pelo destinatário de uma declaração, em razão da sua confiança e — surgida no contexto e durante o *iter* constitutivo de um determinado ato jurídico — na correção, validade e eficácia do declarado”<sup>316</sup>. Ou, em palavras leigas, o dano causado a uma pessoa por ter confiado na promessa de outra<sup>317</sup>.

Então, reflete-se acerca da natureza jurídica do interesse negativo sob dois aspectos: subjetivo e objetivo. Quanto ao sentido subjetivo, ainda que abstrato, é interessante para compreender o conceito de interesse em “interesse negativo”. Como visto acima, trata-se do sentido de interesse adotado por Jhering:

Designa o sentimento que se tem das condições da vida. Se me interesso por uma pessoa, por um objeto, por uma situação, é porque sinto que dependo dela, desde o ponto de vista de minha existência ou meu bem-estar, de minha satisfação ou de minha felicidade. Os interesses são, pois, as condições da vida em seu sentido lato. O sentido que tomo aqui a noção de condição de vida é completamente relativo: o que para um constitui parte da vida em sua plenitude, isto é, seu bem-estar, está desprovido de todo e qualquer valor para outro.

Sob esse prisma relativo e abstrato, há um interesse negativo por parte de alguém quando existe um desejo de que se opere a restituição de determinada situação ao *status quo ante*, em relação ao momento em que confiou em uma declaração que era incorreta ou que não persistiu.<sup>318</sup>

Por outro lado, a dimensão objetiva do interesse negativo é o retrato do próprio dano, ou seja, do dano de confiança, que se materializou, na prática, por meio de prejuízo aos direitos ou interesses do lesado.<sup>319</sup>

Ambas dimensões do interesse negativo coexistem, são conciliáveis e completam-se. São duas faces da mesma moeda da situação fática: enquanto o aspecto subjetivo retrata o

<sup>314</sup> Id., p. 35.

<sup>315</sup> Id., p. 36.

<sup>316</sup> Id., p. 37.

<sup>317</sup> De acordo com o texto original: “[interesse negativo] é o prejuízo sofrido pelo sujeito que confiou em vão na promessa de outrem.” (GONÇALVES, 1997, p. 37).

<sup>318</sup> GONÇALVES, 1997, p. 38.

<sup>319</sup> Id.

desejo da volta ao *status quo ante* e o sentimento interno (psicológico) causado pelo dano à confiança; o aspecto objetivo é o dano propriamente (elemento externo).<sup>320</sup> “Essa estrutura complexa do interesse negativo dá fundamento à sua natureza jurídica.”<sup>321</sup> As duas dimensões se “fundem e produzem os necessários contornos de uma idônea medida de ressarcimento em causas de responsabilidade civil pré-negocial.”<sup>322</sup>

Se a análise da natureza jurídica de algo é verificar o que aquilo representa para o Direito, a natureza jurídica do interesse negativo é a de uma medida de ressarcimento.<sup>323</sup> Algumas considerações sobre os termos técnicos da responsabilidade civil merecem ser desenvolvidos neste momento.

A responsabilidade possui a função principal de reparar danos, sejam patrimoniais ou extrapatrimoniais. Desse modo, “como um gênero, a reparação de danos abrange a indenização do dano patrimonial e a satisfação ou compensação dos danos extrapatrimoniais.”<sup>324</sup> Quanto à indenização patrimonial, a reparação é instrumentalizada pela tutela restitutória e ressarcitória. Na primeira, objetiva-se a reparação para o retorno às condições que o lesado estava, antes de sofrer o dano, “como exigência de uma repriminção ao *status quo*.”<sup>325</sup> Quanto à tutela ressarcitória, esta é incidente nas situações em que se objetiva pagar o lesado pelos prejuízos econômicos sofridos.<sup>326</sup>

A tutela restitutória, ao pretender retornar ao estado das coisas anterior ao dano, geralmente apresenta uma satisfação *in natura*. Nesse sentido, a ressarcitória pode ter aspecto subsidiário à restitutória. Essa relação de subsidiariedade ocorre nas hipóteses em que a restitutória não for viável.<sup>327</sup> É o que prevê o art. 947 do Código Civil<sup>328</sup>: Trata-se da tutela reparatória para direitos que advém da dignidade, aqui pretendidos se tutelar. Portanto, o termo ressarcimento é utilizado em sentido estrito.

Diante do exposto, a doutrina se debruçou acerca do alcance da tutela ressarcitória do interesse negativo. “Há quem afirme ‘haver unanimidade em computar como elementos integrantes e na linha marcada por *Jhering*, tanto os gastos inutilmente realizados (dano emergente), quanto a perda efetiva de outra oportunidade (lucro cessante)’”<sup>329</sup> Dessa maneira,

---

<sup>320</sup> GONÇALVES, 1997, pp. 38-39.

<sup>321</sup> Id., p. 39.

<sup>322</sup> Id.

<sup>323</sup> Id.

<sup>324</sup> ROSENVALD; FARIAS; NETTO, 2019, p. 376.

<sup>325</sup> Id., pp. 376-377.

<sup>326</sup> Id., p. 377.

<sup>327</sup> Id.

<sup>328</sup> Art. 947, do Código Civil. Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente.

<sup>329</sup> GONÇALVES, 1997, p. 39. (grifos do original)

estruturados pela Teoria do interesse negativo, os danos emergentes abarcariam as despesas materiais e o dano moral.<sup>330</sup> “Quanto aos lucros cessantes, ficariam limitados ao valor da perda de outra oportunidade.”<sup>331</sup>

Em relação aos lucros cessantes, Gonçalves argumenta que, de fato, não é razoável que a vítima do dano de confiança seja indenizada por lucros que teria caso o negócio em que confiou obtivesse êxito, tal como era esperado. Contudo, o fato de perdido uma outra oportunidade é passível de ressarcimento. Portanto, os lucros cessantes ficariam adstritos ao valor da indenização pela perda de outra oportunidade.<sup>332</sup>

Entretanto, a forma de indenização de lucro cessante, pela perda de uma oportunidade, retiraria a identidade da Teoria do interesse negativo. Logo, ainda que perfeita na prática, essa maneira de lidar com a indenização convergirá para a Teoria do interesse positivo, motivo pelo qual o autor defende que a indenização fique restrita aos danos emergentes.<sup>333</sup>

Quanto à titularidade do interesse negativo, a distinção entre pessoa específica e pessoa não específica é importante. No primeiro caso, somente a pessoa lesada seria titular. No segundo caso, é legitimada qualquer pessoa que tenha sido lesada pela declaração.<sup>334</sup>

O que é imprescindível é que a vítima que pretenda ver ressarcido seu interesse negativo não tenha tido conhecimento prévio de que a declaração em que confiou era temporária, falsa, inválida ou invalidável, nem tenha podido alcançar esse conhecimento, se tivesse empregado a diligência que era de se esperar dele, nas circunstâncias em que se deu o acontecido.<sup>335</sup>

### **2.2.2. Da necessidade de ressarcir o interesse negativo**

Gonçalves também analisou a legitimidade da tutela jurídica da responsabilização civil pela Teoria do interesse negativo. Dado que a própria vida em sociedade é marcada por riscos inerentes, isto é, “decorrem do próprio e indispensável relacionamento humano”<sup>336</sup>, é questionável se o interesse negativo deve ser tutelado juridicamente.<sup>337</sup>

Contudo, ainda que existam fundamentos contrários à tutela do interesse negativo, é certo que deve haver esclarecimentos mútuos das partes acerca de toda a situação (pré, durante

---

<sup>330</sup> Id., p. 38.

<sup>331</sup> Id., p. 41.

<sup>332</sup> Id.

<sup>333</sup> Id.

<sup>334</sup> Id., p. 42.

<sup>335</sup> Id., p. 43.

<sup>336</sup> Id., p. 51.

<sup>337</sup> Id.

e pós) que envolve o negócio, e o dever de lealdade nessa relação, de forma a tutelar a confiança ali depositada, portanto, da expectativa.<sup>338</sup>

Nessa perspectiva, Gonçalves analisa todas as teorias subjetivas e objetivas da responsabilidade e como, em cada uma delas, dar-se-á a relação pré, em vigência e pós contratual. Assim, por exemplo, há autores que defendem que o ressarcimento do interesse negativo é estruturado pela igualdade. Raymond Saleilles e Pontes de Miranda argumentam que, quanto à responsabilidade pré-negocial, ao se propor a participar de negociações, está se submetendo ao “risco das consequências imediatas e diretas dessa aceitação”, um ‘risco legal, imposto pela lei, sobre a base da equidade e à razão de um fato voluntário’.<sup>339</sup>

Thöl e Windscheid fundamentam a responsabilidade civil pelo interesse negativo a partir de “um direito de honra e da lealdade segundo a boa-fé”. Outros autores justificam o ressarcimento pela segurança do tráfico. Existem, ainda, aqueles que defendem o fundamento do interesse negativo por este ser consequência do princípio da confiança.<sup>340</sup>

Enfim, ao final da pesquisa, Gonçalves percebe que o fundamento da responsabilização deve resultar (i) das teorias mais objetivas, isto é, daquelas em que a responsabilidade decorre do fato material que lesam princípios gerais do Direito; e (ii) das teorias legais, pois “a lei é mesmo o mais idôneo meio para, em ocorrendo interesse negativo ou de confiança, fazer nascer o correspondente direito ao seu ressarcimento.”<sup>341</sup> Trata-se, portanto, de fundamento objetivo legal.<sup>342</sup>

Aliás, o fundamento legal conduz as demais teorias objetivas. Isto é, “são fundadas no fato material da causalidade. Desde que a parte descumpra uma regra com a qual ela mesmo concordou anteriormente, não importa o motivo: haverá o dever de ressarcir a parte contrária.”<sup>343</sup> Ressalvadas, por óbvio, as excludentes da responsabilidade: caso fortuito e culpa exclusiva da vítima ou de terceiro.<sup>344</sup>

Portanto, “o que nessas teorias varia é o que a lei protege: poderá ser a boa-fé, o direito de honra, a segurança do tráfico, a equidade ou a confiança.”<sup>345</sup> Mas, a partir da análise de cada uma delas<sup>346</sup>, percebe-se que o que a lei tutela mesmo é a confiança. “Aquele que lesa a

---

<sup>338</sup> GONÇALVES, 1997, pp. 64-70.

<sup>339</sup> Id., p. 63.

<sup>340</sup> Id.

<sup>341</sup> Id., p. 70.

<sup>342</sup> Id.

<sup>343</sup> Id.

<sup>344</sup> Id.

<sup>345</sup> Id.

<sup>346</sup> “Veja-se cada hipótese. Não será por certo a boa-fé, pois o responsável poderá ter agido de boa fé. Nem o direito de honra, pois se alguém desonrou um compromisso foi, justamente, o responsável.” (GONÇALVES, 1997, p. 70).



confiança torna inseguro o tráfico jurídico e age de forma contrária à equidade. Deve, por isso, ser responsabilizado.”<sup>347</sup>

À vista disso, pode-se estabelecer o ideal de responsabilidade, pelo interesse negativo, pelo critério formal, por três quesitos, e, quanto material, quatro:

Quanto ao fundamento formal: a reparação do interesse negativo, para poder valer em todas as hipóteses já estudadas, tem de ter [1] *base extracontratual*. [2.1] O fundamento da reparação *deve decorrer diretamente de uma lei*, que poderá ser *case law* no direito comum. [2.2] *Não decorrer*, portanto, *somente de um contrato*.

Quanto ao fundamento material, o ressarcimento do interesse negativo deve encontrar sua justificativa na [1] *tutela dos princípios da confiança, da equidade e da segurança do tráfico jurídico*, que são princípios gerais da Ciência do Direito. Essa [2] *tutela deve ser objetiva*, na medida em que deve prescindir do exame da culpa de quem deu causa ao dano. Tecnicamente, deve-se falar em uma [3] *assunção obrigatória (em razão de preceito legal específico) do risco de lesar a confiança*, ao se assumir um comportamento contrário à equidade e ao tráfico, em se tendo [4] *obtido proveito com determinada conduta* (teoria do risco-proveito).<sup>348</sup>

---

<sup>347</sup> GONÇALVES, 1997, p. 70.

<sup>348</sup> Id., p. 71. (grifos acrescentados)

### 3. APLICAÇÃO DA TEORIA

#### 3.1. QUEBRA DE PROMESSA FAMILIAR

A promulgação da Constituição Federal de 1988 causou mudanças paradigmáticas em todas searas, inclusive, na família. “Na medida em que [esta] foi deixando de ser essencialmente um núcleo econômico e de reprodução, para ser o espaço do amor e do afeto, foi perdendo sua força como instituição para ser o centro formador e estruturador do sujeito.”<sup>349</sup> Assim, por ser local privilegiado para o desenvolvimento da pessoa humana, a família passou a ser tutelada. Essa discussão perpassa a controvérsia acerca da natureza jurídica da família: é pública ou privada?<sup>350</sup>

Pela ascensão do afeto como valor jurídico importante, a família se tornou local íntimo. Dessa maneira, “a tendência do Direito de Família é que o Estado se afaste cada vez mais das questões privadas e de foro íntimo, e tende a intervir somente para dar proteção às pessoas vulneráveis, sob o comando do princípio da responsabilidade”.<sup>351</sup>

À luz já do novo paradigma familiar e tendo em vista essa tendência, “não se costuma permitir que alguém demande uma reparação de um dano de confiança provocado pela confiança depositada em promessas feitas no seio familiar.”<sup>352</sup> Contudo, isso não quer dizer que a família não seja vista sob o princípio da responsabilidade, de modo particular, as relações que envolvem menores e incapazes. Portanto — ainda que, como regra, não se incida a intervenção do Estado por meio da reparação nas relações familiares —, no caso da adoção, ela é presente. Particularmente, essa correspondência é visível na responsabilidade civil por quebra da promessa, com fundamento na Teoria do interesse negativo.<sup>353</sup>

A fim de adotar o conceito mais completo e coerente com as mudanças tidas ao longo da “evolução” conceitual, Gonçalves, como já visto, defende a forma mais ampla de interesse negativo.<sup>354</sup> Nesse sentido, é possível analisar a dupla natureza jurídica do interesse negativo trazendo o conceito para dentro do âmbito do processo de adoção.

---

<sup>349</sup> PEREIRA, 2023, p. 2.

<sup>350</sup> Conforme Rodrigo da Cunha Pereira, “é ramo do Direito Privado, uma subdivisão do direito civil, pois os sujeitos de sua relação são entes privados, mas contém elementos e princípios que são verdadeiros comandos do Direito Público, como nas questões envolvendo interesses de crianças, adolescentes e incapazes.” (PEREIRA, 2023, p. 1).

<sup>351</sup> PEREIRA, 2023, p. 1.

<sup>352</sup> GONÇALVES, 1997, p. 146.

<sup>353</sup> PEREIRA, 2023, p. 2.

<sup>354</sup> GONÇALVES, 1997, p. 37.

O sentido subjetivo do interesse é o “sentimento que se tem das condições da vida.”<sup>355</sup> Nas relações familiares, de acordo com o novo paradigma relacional, isso é traduzido pelo afeto como constituinte da dimensão da dignidade humana, porque, consoante abordado, “se me interesso por uma pessoa, por uma situação, é porque sinto que dependo dela, desde o ponto de vista de minha existência ou meu bem-estar, de minha satisfação ou de minha felicidade.”<sup>356</sup> Assim, a composição do interesse negativo, sob o ponto de vista da criança ou do adolescente, é de desejo de que se opere a restituição do *status quo ante*, em relação ao momento que confiou que seria adotada ou adotado, a partir da declaração tácita — por meio do processo de adoção e detenção da guarda provisória do menor no estágio de convivência — que era incorreta ou que não persistiu.

De outra parte, a noção objetiva do interesse negativo — que retrata a forma pela qual este interesse se materializa na prática —, é o próprio dano de confiança. Na relação da desistência da adoção sob esse prisma, o interesse negativo é a lesão à dignidade humana do infantoadolescente, visto que houve a violação dos interesses mais legítimos e dos direitos subjetivos mais inerentes à pessoa humana.

De acordo com a teoria, as duas dimensões do interesse se “fundem e produzem os necessários contornos de uma idônea medida de ressarcimento em causas de responsabilidade civil pré-negocial.”<sup>357</sup> Isso conversa amplamente com o princípio da reparação integral da responsabilidade civil — maior e mais especificamente desenhado dentro da Doutrina da proteção integral e da busca pelo melhor interesse da criança.

Essa conjuntura associativa (subjetiva mais objetiva) é percebida na relação adotante-adotando ainda quando concebida a noção de que dano moral não é aquele advindo de aborrecimentos da vida<sup>358</sup>. A convivência familiar aqui não é entendida sob o ponto de vista psicológico, mas à sombra do direito fundamental à convivência familiar, dentro da dimensão da dignidade da pessoa humana. Portanto, o interesse negativo deste contexto visa ao ressarcimento dos danos que compõem a própria personalidade do sujeito.

Com efeito, o objetivo da responsabilidade civil é o de reparar danos sofridos pelo comportamento lesivo do outro. Essa reparação é gênero, cuja indenização patrimonial e compensação dos danos extrapatrimoniais são espécies. Assim, o ressarcimento, em sentido

---

<sup>355</sup> GONÇALVES, 1997, p. 38.

<sup>356</sup> Id.

<sup>357</sup> Id., p. 39.

<sup>358</sup> Em primeiro momento, o dano moral surge como um sofrimento, uma tristeza, que justificaria essa indenização. Por isso havia uma grande oscilação da jurisprudência, levando a uma “Indústria do dano moral”. Dano moral, porém, é uma resposta do ordenamento para violação de direitos de personalidade ou dano de moral é uma violação da cláusula geral de tutela personalidade.

estrito, é a tutela adequada à reparação dos danos suportados na esfera da dignidade humana. Essa condição é existente, porque o ressarcimento pode ser tido como a tutela subsidiária à restitutória nas situações em que a tutela *in natura* não é suficientemente reparadora. Especialmente, isso próprio dos danos morais.

Assim, “a indenização consiste no ressarcimento de todos os prejuízos efetivos suportados pela vítima, desde que adequadamente ligados por um nexo causal ao fato gerador da responsabilidade. Esta diretiva constitui regra para quaisquer formas de responsabilidade civil”<sup>359</sup>, logo, é aplicável também ao interesse negativo.

A análise do que se trata “todos os prejuízos” passa pela análise da extensão indenizatória. No interesse negativo, o alcance da tutela ressarcitória também é bem delimitado. De maneira unânime na doutrina, “são elementos integrantes [,] e [,] na linha marcada por Jhering, tanto os gastos inutilmente realizados (dano emergente), quanto a perda efetiva de outra oportunidade (lucro cessante)”<sup>360</sup>.

No interesse negativo, dano emergente “[compreende], além da restituição do que se deu ou se pagou, o dano moral e outras despesas efetivamente suportadas pela vítima.”<sup>361</sup> Dessa maneira, traduzidos para a relação do processo de adoção, no estágio de convivência, os danos emergentes podem ser aqueles próprios do processo; assim como eventuais alimentos não pagos entre outras despesas materiais, além dos danos morais.

Como visto no capítulo anterior, os lucros cessantes, na Teoria do interesse negativo, não abrangem todos os lucros, como se o negócio (em sentido *lato*) em que se confiou tivesse sido cem por cento exitoso. Acerca disso não há controvérsia. Transladando esse entendimento para a situação relacional em discussão, acredita-se que também não há oposição para negar uma possível obrigação de prestar alimentos até a independência financeira do adotando, como ocorreria, caso houvesse a sentença transitada em julgado.

No entanto, o ressarcimento dos lucros cessantes, na Teoria do interesse negativo — por visar ao retorno do *status quo ante* — confunde-se com a indenização por perda de outra oportunidade que poderia ter sido exitosa. Essa concepção faz correspondência à responsabilização por perda de uma chance. Porém, Gonçalves tece crítica em relação a essa compreensão. Segundo o autor, estar-se-ia retirando a identidade da Teoria do interesse negativo para suplantá-la a do interesse positivo. Nesse sentido, ele sustenta que não deve haver a

---

<sup>359</sup> GONÇALVES, 1997, p. 39.

<sup>360</sup> Id.

<sup>361</sup> Id. p. 40.

consideração dos lucros cessantes na Teoria do interesse negativo, restando apenas os danos emergentes ao final da “conta”.<sup>362</sup>

Contudo, ao se verter a Teoria do interesse negativo à situação da adoção, deve-se carregar toda bagagem hermenêutica-constitucional acerca da fraternidade, e do desdobramento dela também na dignidade da pessoa humana. Nessa perspectiva, há que se observar que, mais do que atos negativos, a fraternidade emite comandos deônticos afirmativos, isto é, comissivos. Nesse seguimento, não há motivos razoáveis e proporcionais que levem a desconsiderar a responsabilização por lucros cessantes, por mero apego teórico em face de princípios e direitos fundamentais de vulneráveis, cuja proteção deve ser integral e com absoluta prioridade.

Portanto, o entendimento é de que deve haver a responsabilização também em lucros cessantes, isto é, por perda de uma chance, no caso da desistência da adoção. Aliás, isso somente reforça os estudos recentes que vêm sendo feitos acerca do tema. Logo, ainda que desague em outra teoria (a do interesse positivo), a responsabilização é visível.

A propósito, ainda que a Teoria do interesse negativo seja o pontapé inicial necessário à compreensão da responsabilização civil pela desistência da adoção, na medida em que visa ao ressarcimento e ao estabelecimento do *status quo ante*, ela não se mostra suficiente, quando analisado que o interesse (em sentido *lato* e comum) da adoção, que deve ser aquele visto pela ótica do melhor interesse da criança, não se manifestou, isto é, a concretização da adoção não ocorreu.

Por fim, acerca da legitimidade na titularidade do interesse negativo, esta é evidente que é cumprida, posto que se trata de pessoa específica: a criança ou o adolescente adotando.

Feitas essas considerações acerca da aplicabilidade da Teoria do interesse negativo, resta checar os critérios estabelecimentos por Gonçalves para haver a confirmação da aplicabilidade da Teoria.

## **3.2. CRITÉRIO FORMAL**

### **3.2.1. Base extracontratual**

Apesar de ter sido demonstrado no capítulo anterior a superação da dicotômica teoria contratual e extracontratual, ela é ainda útil para alguns efeitos. O que Gonçalves quis dizer com a base tendo de ser extracontratual foi no sentido de que a responsabilidade não é demandada da relação jurídica específica ali estabelecida, mas do dever genérico a ser observado em todas as relações jurídicas, qual seja: o da confiança.

---

<sup>362</sup> GONÇALVES, 1997, pp. 40-41.

Assim, a conclusão de a base da tutela da confiança ser extracontratual surge com a intenção de estabelecer a convivência pacífica. Esse fundamento leva ao segundo critério formal: fundamento da lei.

### **3.2.2. *Fundamento diretamente da lei***

A base da responsabilidade ser extracontratual já aponta para este critério, uma vez que, aqui, lei está em seu sentido lato, isto é, de norma jurídica, seja regra ou princípio. Desse modo, a confiança é tutelada e decorre dos princípios gerais do Direito, do dever de boa-fé etc. Em especial, na adoção, isso é verificado por meio dos princípios específicos que regem a situação existencial da criança e do adolescente, sendo sintetizados na Doutrina da proteção integral e do melhor interesse da criança.

Acerca da lei, formalmente dita, apesar de não haver comando específico e estrito acerca da responsabilização pela desistência da adoção, comentários são necessários acerca desse tema. Inicialmente, cabe dizer que, por mais que o Projeto de Lei de 2016 não tenha sido aprovado, ele, em si, por sua fundamentação emite comandos normativos. Isto é, ao declarar a perda do objeto do PL, por já haver direcionamento normativo no mesmo sentido com a atualização do o ECA de 2017, está se reafirmando a eficácia e conteúdo material de responsabilização contida dentro dessa regra: parte final do art. 197, § 5º, do ECA, ao dispor acerca de “outras sanções legais”.

## **3.3. CRITÉRIO MATERIAL**

### **3.3.1. *Tutela dos princípios da confiança, da equidade e da segurança jurídica***

A tutela material dos princípios da confiança, da equidade e da segurança jurídica é percebida pela própria responsabilização. Isto é, a responsabilidade civil possui várias funções; entre elas está a de tutelar o bem jurídico repressivamente, por meio da sanção, mas também tem a atribuição da postura punitivo-pedagógica, preventiva e compensatória. Isso visa ao objetivo clarividente da segurança jurídica.

### **3.3.2. *Tutela objetiva***

A tutela objetiva ressarcitória é vista pelos comandos decorrerem da lei, independente e antecipadamente da relação jurídica vir a se formar. Essa condição fica clara ao delimitar objetivamente e como devem ser as regras e expectativas de conduta. Logo, remete-se ao critério material anterior.

### 3.3.3. Assunção obrigatória do risco de lesar a confiança

O risco de lesar a confiança está atrelado materialmente com a segurança jurídica e com a estabilização das expectativas de comportamento. Nesse sentido, “a quebra da promessa” assume a elevação desse risco.

### 3.3.4. Teoria do risco-proveito

Por derradeiro, a Teoria do risco-proveito diz respeito à razoabilidade existente de os sujeitos não entrarem em determinada relação jurídica se tiverem consciência de que dela poderiam advir muitos danos. Nesse sentido:

Não há como conceber, pois, tendo em vista todos os deveres, a assunção dos riscos da falsidade, ineficácia ou invalidade da declaração de vontade em que puser confiança. As pessoas não podem mais negociar cada uma por si, em desconsideração com os co-negociantes.

Aliás, se as pessoas soubessem que ao confiarem em alguma declaração de vontade estariam assumindo todos os riscos daí decorrentes, posto que não poderiam contar com nenhum auxílio por parte do ordenamento jurídico, simplesmente muitos poucos confiariam, se chegassem mesmo a confiar em qualquer coisa.<sup>363</sup>

Assim, apesar de a criança ou de o adolescente poder se manifestar durante o processo de adoção, não é razoável que lhes seja exigida a compreensão de que possivelmente poderá ocorrer uma desistência durante ele. De fato, a posição de vulnerabilidade encontra-se pendente totalmente para os menores. Logo, a confiança precisa ser tutelada, pois, em conformidade com o que argumenta Gonçalves, se as crianças e os adolescentes soubessem que, ao confiarem na promessa tácita da adoção, por meio do processo, estariam assumindo todos os riscos daí decorrentes, notadamente, o de serem “devolvidas”, e que não poderiam contar com nenhum auxílio por parte do ordenamento jurídico, simplesmente não iriam confiar que poderiam ser adotadas.

À vista de todo o exposto e uma vez demonstrada a subsunção do problema da desistência da adoção no estágio de convivência à Teoria do interesse negativo, para fundamentação da responsabilidade civil do adotante desistente, ficam bem claros os três requisitos típicos da responsabilização: a conduta (comissiva) de desistir; a lesão (presumida – *in re ipsa*) e o nexo de causalidade entre elas.

---

<sup>363</sup> GONÇALVES, 1997, p. 54.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O problema da “devolução” de crianças durante o estágio de convivência (em sentido estrito) demonstra, em última análise, a falha no objetivo principal do Poder Público: perseguir uma sociedade fraterna. A Teoria da fraternidade, que é estruturada por meio da Teoria do Direito, demonstra que o ideal fraterno é um *sobreprincípio*, sem o qual não é possível se assegurar a dignidade da pessoa humana.

No decurso da história e ascensão do Estado Liberal, a fraternidade passou a ser um princípio esquecido propositadamente. Entretanto, com o advento de um novo paradigma relacional do Estado democrático de Direito, a fraternidade é elo unitivo entre a igualdade e a liberdade, sem o qual não é possível haver isonomia por meio da alteridade. Nesse sentido, a fraternidade passa a ser o arcabouço constitucional, cuja representação é a dignidade da pessoa humana.

Apesar da tendência de o Estado se afastar das relações íntimas, portanto, de interferência na autonomia privada familiar, após a ascensão do paradigma da dignidade, a família passou a ser tutelada, por ser *locus* privilegiado para o desenvolvimento da personalidade de cada sujeito individualizado. Nesse contexto, sob o princípio da responsabilidade, o ordenamento jurídico passou a estar mais voltado para a proteção das pessoas em desenvolvimento, que não são capazes de buscar o seu melhor interesse por si sós: os menores.

Ergue-se, então, a Doutrina da proteção integral da criança/adolescente, que é orientada pelo princípio do melhor interesse da criança/adolescente. Este último pode ser medido objetivamente por meio da garantia dos direitos fundamentais, dentre os quais está o da convivência familiar. À vista disso, a adoção pode ser tida como um instrumento para ter esse direito resguardado. Contudo, a desistência dela, durante o procedimento do estágio de convivência, é potencialmente danosa, visto que já foi gerada e estabilizada expectativa legítima no adotando, por meio da promessa tácita do adotante.

Nesse seguimento, a responsabilidade civil, como instituto corolário do Direito a fim de assegurar direitos, é reclamada para tutelar, em última análise, a dignidade dos infantoadolescentes. A responsabilidade civil pela quebra da promessa tem como cerne a Teoria do interesse negativo, a qual é capaz de promover a proteção da confiança neste caso, pois tem suporte estrutural para atender à Doutrina da proteção integral e à busca pelo melhor interesse da criança e do adolescente.



Contudo, ao se subsumir a situação da adoção à Teoria do interesse negativo, deve-se carregar toda bagagem hermenêutica-constitucional acerca da fraternidade, e do desdobramento dela na dignidade da pessoa humana. Assim, apesar de a Teoria do interesse negativo não considerar incidentes os lucros cessantes — pois se estaria apontando para a Teoria do interesse positivo—, não há motivos razoáveis e proporcionais que levem a desconsiderar a responsabilização por lucros cessantes.

Nem se que coloca em xeque o mero apego teórico em face de princípios e direitos fundamentais de quem deve ser absoluta prioridade. Portanto, considerou-se que a responsabilização em lucros cessantes é devida e constitucional. Logo, percebeu-se que a responsabilidade civil por quebra da promessa, por meio da Teoria do interesse negativo, é necessária à compreensão da responsabilização civil pela desistência da adoção, porém não se mostra suficiente. Tudo isso leva ao pensamento de que “adotar é lançar ao solo sementes de amor, [o qual] precisa se dar no terreno da responsabilidade e da consciência de que as relações paterno ou materno-filiais, quaisquer que sejam as suas origens, são repletas de arestas que demandam paciência, resiliência e afeto para serem aparadas.”<sup>364</sup>

Em suma, vivemos em uma sociedade complexa, multifacetada, que, há muito tempo, abandonou a roupa velha da vingança privada. Optamos pelo chamado constitucionalismo fraternal (CF/88, art. 3º) — expressão tão bem defendida, como visto, no Brasil, pelo ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro-Poeta Britto, em que os princípios da fraternidade, da solidariedade e da paz são valores indispensáveis.

A mudança de paradigma, de cultura, não é fácil. O processo de satanização de pessoas e/ou de instituições me faz lembrar SARTRE: ‘o inferno é o outro’, que, na verdade, quer dizer, ‘o inferno é o ego’, pois o outro é a diversidade, a mundividência, seu peculiar modo de conceber e praticar a vida. É necessário, portanto, como diz Britto, ocorrer ‘o eclipse do ego’ para surgir a luz.

Assim, precisamos de um Sistema de Justiça eficiente e célere, que acompanhe as transformações sociais, mas que, ao mesmo tempo, garanta os direitos humanos fundamentais, propiciando sempre a abertura para uma sociedade fraterna.

Efetivamente, a Carta Política de 1988 consagrou a fraternidade como categoria jurídica. Logo, cabe aos operadores do Direito dar aplicabilidade e eficácia, tornando-a força viva e não objeto de decoração ou de mera promessa.<sup>365</sup>

---

<sup>364</sup> GAGLIANO; BARRETTO, 2020, p. 13.

<sup>365</sup> FONSECA, 2016, p. 46.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BAGGIO, Antonio Maria. Fraternidade, democracia e direito na crise existencial do Estado. *III Congresso Nacional de Comunhão e Direito*, [Recurso eletrônico on-line] organização CeD/ ASCES-UNITA/UFSC, Caruaru: CeD, 2016. Disponível em: <<http://repositorio.asc.es.edu.br/bitstream/123456789/2578/1/ANAIS%20DO%20III%20CONGRESSO%20NACIONAL%20DE%20COMUNH%C3%83O%20E%20DIREITO.pdf>>. Acesso em 10 jul. 2023.

BAGGIO, Antonio Maria. *O Princípio Esquecido*. v. 1. São Paulo: Cidade Nova, 2008.

BARROS, Sérgio Resende de. *A ideologia do afeto*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 4, n. 4, jul./set. 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no Direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dez. de 2010. Disponível em: <[https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf)>. Acesso em 5 jul. 2023.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Bauru: Edipro, 2003, p. 45-55.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CONRAD, Tarciane Isabel. Responsabilidade civil dos adotantes e a (in)aplicabilidade do dano moral em caso de desistência: entendimento dos Tribunais de Justiça da Região Sul. In: *A Criança e seus Direitos: entre violações e desafios* [recurso eletrônico] / Josiane Rose Petry. Veronese; Rosane Leal da Silva (Orgs.). Porto Alegre/RS: Editora Fi, 2019. p. 213-255. Disponível em: <<https://crbnacional.org.br/wp-content/uploads/2021/01/A-Crianca-e-seus-Direitos-entre-violacoes-e-desafios.pdf>>. Acesso em 7 jul. 2023

COSTA, Epaminondas da. *Estágio de convivência, “devolução” imotivada em processo de adoção de criança e de adolescente e reparação por dano moral e/ou material*. Tese aprovada no XVIII Congresso da Conamp. — Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. nov. 2009.

CUNHA, Alexandre dos Santos. *A normatividade da pessoa humana: o estatuto jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DEHON, Miguel. *A responsabilidade civil e sua grassa no direito contemporâneo*. Rio de Janeiro: Processo, 2020.

FREIRE, Fernando. *Abandono e adoção: contribuições para uma cultura da adoção*. Curitiba/PR: Terre des hommes, 1991.

FREITAS, Maria Fernanda Corrêa.; FREITAS, Maria Enilza Pinto Corrêa. Direito da criança e do adolescente e fraternidade: a educação em tempos de pandemia. In: *Estudos de direito e*

*fraternidade na fronteira da paz* [livro eletrônico]: diálogos com a pandemia da covid-19. / Deisemara Turatti; Luciane Cardoso Barzotto, Reynaldo Soares da Fonseca; Tânia Regina Silva Reckziegel (Orgs.). Brasília, DF: Associação dos Magistrados Brasileiros, 2021. p. 449-472. Disponível em:

<<https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/241998/001140722.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 12 jul. 2023.

FONSECA, Reynaldo Soares da. Fraternidade e comunhão: em busca de um novo paradigma de justiça. In: *III Congresso Nacional de Comunhão e Direito* [Recurso eletrônico on-line] organização CeD/ ASCES-UNITA/UFSC; Coordenadores: Carlos Augusto Alcântara Machado, Fernando Gomes de Andrade e Paulo Muniz Lopes — Caruaru: CeD, 2016. p. 44-57. Disponível em: <<https://indd.adobe.com/view/a087ceb4-1c67-4bbc-960a-4c13ba227f03>>. Acesso em 12 jul. 2023.

FONSECA, Reynaldo Soares da. *O princípio constitucional da fraternidade: seu resgate no Sistema de Justiça*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze e BARRETTO, Fernanda Carvalho Leão. *Responsabilidade Civil pela Desistência na Adoção*. Publicado no Jus Navigandi em 26 de julho de 2020. Disponível no: <<https://jus.-com.br/artigos/46411/responsabilidade-civil-pela-desistencia-na-adocao>>.

GAGLIANO, Pablo Stolze; BARRETTO, Fernanda Carvalho Leão. *Responsabilidade civil pela desistência na adoção*. Aula proferida pelo coautor Pablo Stolze Gagliano, em aula, por videoconferência, proferida no dia 17 de julho de 2020, a convite da ilustre Promotora de Justiça Márcia Rabelo, coordenadora do Caoca do Ministério Público do Estado da Bahia. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=qUwQEwdmtYM&t=2445s>>. Acesso em 5 jul. 2023.

GAGLIANO, Pablo S.; FILHO, Rodolfo P. *Novo curso de direito civil: direito de família*. v.6. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. Disponível em:<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553622258/>>. Acesso em: 07 jul. 2023.

GHILARDI, Dóris.; CANAVARROS, Leandro. Desistência da adoção de crianças e adolescentes e a responsabilidade civil. In: *Lições de Direito da Criança e do Adolescente*. v. 1 [recurso eletrônico] / Josiane Rose Petry Veronese. (Org.). Porto Alegre/RS: Editora Fi, 2021. p. 340-358. Disponível em: <<https://portaliedf.com.br/wp-content/uploads/2021/07/189-Licoes-de-Direito-da-Crianca-e-do-Adolescente-vol.-1.pdf>>. Acesso em 9 jul. 2023.

GONÇALVES, Carlos R. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553624450. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624450/>>. Acesso em: 8 jul. 2023.

GONÇALVES, Vitor Fernandes. *Responsabilidade civil por quebra da promessa*. Brasília/DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 180.

HORA, Yara Oliveira Florencio da. Responsabilidade civil dos pais quando da devolução de crianças adotivas. ETIC 2015, *Encontro de Iniciação Científica*. Disponível em:

<<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/4960>>. Acesso em: 13 jul. 2023.

HORITA, Fernando Henrique da Silva. *Afeto, amor e fraternidade: por novos paradigmas no direito de família*. RIDB, ano 2, 2013, n.º 14. p. 17049-17068. Disponível em: <[https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/14/2013\\_14\\_17049\\_17068.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/14/2013_14_17049_17068.pdf)>. Acesso em 13 jul. 2023.

JABORANDY, Clara Cardoso Machado. Fraternidade, deveres fundamentais e ética de responsabilidade. In: *III Congresso Nacional de Comunhão e Direito* [Recurso eletrônico online] organização CeD/ ASCES-UNITA/UFSC; Coordenadores: Carlos Augusto Alcântara Machado, Fernando Gomes de Andrade e Paulo Muniz Lopes — Caruaru: CeD, 2016. p. 26-44. Disponível em: <<https://indd.adobe.com/view/a087ceb4-1c67-4bbc-960a-4c13ba227f03>>. Acesso em 12 jul. 2023.

LEVINZON, Gina K.; LISONDO, Alicia Dorado de; ARIOLLI, Ana Carolina G. *Adoção: desafios da contemporaneidade*. São Paulo: Editora Blucher, 2018. E-book. ISBN 9788521212751. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788521212751/>. Acesso em: 07 jul. 2023.

LEVY, Lúcia; PINHO, Patrícia Glycerio R.; FARIA, Márcia Moscon de. Família é muito sofrimento: um estudo de casos de “devolução” de crianças. In: *Psico*, Porto Alegre, PUCRS, v. 40, n. 1, p. 58-63, jan./mar., 2009. Disponível em: <<https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/revistapsico/article/download/3730/4142/>>. Acesso em: 13 jul. 2023.

LIMA DUTRA, T. A responsabilidade civil perda de uma chance decorrente de desistência do processo de adoção. SCIAS. *Direitos Humanos e Educação*, [S. l.], v. 4, n. 2, p. 181–199, 2021. Disponível em: <<https://revista.uemg.br/index.php/sciasdireitoshumanoseduacao/article/view/6003>>. Acesso em: 14 jul. 2023

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *Revista de informação legislativa*, v. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/453>>. Acesso em 14 jul. 2023.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A responsabilização das relações de família. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 6, n. 24, jun/jul. 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *A garantia constitucional da fraternidade: constitucionalismo fraternal*. 2014. 272 f. (Tese) (Doutorado em Direito Econômico) — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/6436>>. Acesso em 12 jul. 2023.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo. *Responsabilidade civil no direito de família*. São Paulo: Grupo GEN, 2015. E-book. Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597000689/>>. Acesso em: 14 fev. 2023.

MOREIRA, Silvana do Monte. *Adoção, desconstruindo mitos*. Entre Laços e Entrelaços. Curitiba: Juruá, 2020.

ESPEZIM DOS SANTOS, D. M.; VERONESE, J. R. P. A proteção integral e o enfrentamento de vulnerabilidades infantoadolescentes. *Revista de Direito*, [S. l.], v. 10, n. 02, p. 109–157, 2019. DOI: 10.32361/20181022056. Disponível em:

<<https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/2056>>. Acesso em: 12 jul. 2023.

NAKAMURA, Carlos Renato. Criança e adolescente: sujeito ou objeto da adoção? Reflexões sobre menorismo e proteção integral. *Serviço Social & Sociedade* [online]. 2019, n. 134, p. 179-197, jan.-abr 2019. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/0101-6628.172>> e <<https://www.scielo.br/j/ssoc/a/pDJGXRmCnrhJTRZxS5TbKNr/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em 9 jul. 2023.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais e norteadores do direito de família*. 2004. 157 f. (Tese) (Doutorado em Direito) — Universidade Federal do Paraná – UFPR, Paraná, 2004. Disponível em:

<[https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2272/Tese\\_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf](https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf)>. Acesso em 12 jul. 2023.

PEREIRA, Rodrigo da C. *Direito de Família - Uma Abordagem Psicanalítica*, 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, Grupo GEN, 2012. E-book. ISBN 978-85-309-4413-1. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4413-1/>>. Acesso em: 10 jul. 2023.

PEREIRA, Rodrigo da C. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559648016. Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559648016/>>. Acesso em: 9 jul. 2023.

PIRES, Nara Suzana Stainr.; PIRES, Flávia Stainr. Fraternidade legitimada como princípio jurídico. In: *III Congresso Nacional de Comunhão e Direito* [Recurso eletrônico on-line] organização CeD/ ASCES-UNITA/UFSC; Coordenadores: Carlos Augusto Alcântara Machado, Fernando Gomes de Andrade e Paulo Muniz Lopes — Caruaru: CeD/2016. p. 278-283. Disponível em: <<https://indd.adobe.com/view/a087ceb4-1c67-4bbc-960a-4c13ba227f03>>. Acesso em 12 jul. 2023.

RAUBER, A. C. Borba da Silveira Sulzbach.; MELO, F. Alvares Barbosa de. A aplicação da teoria da perda de uma chance contra adotantes nas hipóteses de abandono afetivo decorrentes da desistência do processo de adoção. *Caderno de Graduação - Humanas e Sociais - UNIT - Pernambuco*, [S. l.], v. 5, n. 1, p. 11, 2021. Disponível em:

<<https://periodicos.set.edu.br/facipehumanas/article/view/10189>>. Acesso em: 13 jul. 2023.;

RENON, Maria Cristina. *O princípio da dignidade da pessoa humana e sua relação com a convivência familiar e o direito ao afeto*. Dissertação (Mestrado) — Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Santa Catarina — UFSC, Florianópolis, Santa Catarina, 2009. Disponível em:

<<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/92963/267427.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 13 jul. 2023.

- REZENDE, Guilherme Carneiro de. A responsabilidade civil em caso de desistência da adoção. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná*, Curitiba, ano 1, nº 1, dez. 2014. Disponível em: <[https://site.mppr.mp.br/sites/hotsites/arquivos\\_restritos/files/migrados/File/publi/mppr/revista\\_juridica\\_mppr\\_n01\\_2014.pdf](https://site.mppr.mp.br/sites/hotsites/arquivos_restritos/files/migrados/File/publi/mppr/revista_juridica_mppr_n01_2014.pdf)>. Acesso em: 12 jul. 2023.
- RIBEIRO, Joana.; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Princípios do Direito da Criança e do Adolescente e Guarda Compartilhada: estudos de casos com a Família ampliada ou extensa* [recurso eletrônico]. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021. Disponível em: <[https://www.tjpb.jus.br/sites/default/files/anexos/2021/08/principios\\_do\\_direito\\_da\\_crianca\\_e\\_do\\_adolescente\\_e\\_guarda\\_compartilhada\\_0.pdf](https://www.tjpb.jus.br/sites/default/files/anexos/2021/08/principios_do_direito_da_crianca_e_do_adolescente_e_guarda_compartilhada_0.pdf)>. Acesso em 12 jul. 2023.
- RIBEIRO, Joana. A Doutrina da Proteção Integral: o grande marco do Direito da Criança e do Adolescente. In: *Lições de direito da criança e do adolescente*. vol. 1 [recurso eletrônico] / Josiane Rose Petry Veronese (Org.) – Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021. p. 37-126. Disponível em: <<https://portaliedf.com.br/wp-content/uploads/2021/07/189-Licoes-de-Direito-da-Crianca-e-do-Adolescente-vol.-1.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2023.
- RIEDE, J. E.; SARTORI, G. I. Z. Adoção e os fatores de risco: do afeto à devolução das crianças e adolescentes. *Perspectiva*, v. 37, n. 138, p. 143-154, jun. 2013. Disponível em: <[https://www.uricer.edu.br/site/pdfs/perspectiva/138\\_354.pdf](https://www.uricer.edu.br/site/pdfs/perspectiva/138_354.pdf)>. Acesso em 13 jul. 2023.
- ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto B. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. E-book. ISBN 9788553612086. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553612086/>>. Acesso em: 9 jul. 2023.
- SALEH, Nicole Martignago. Eu tenho direito a uma família? O direito à convivência familiar das crianças e adolescentes em lista de espera para adoção. In: *A Criança e seus Direitos: entre violações e desafios* [recurso eletrônico] / Josiane Rose Petry Veronese; Rosane Leal da Silva (Orgs.). Porto Alegre/RS: Editora Fi, 2019. p. 319-341. Disponível em: <<https://crbnacional.org.br/wp-content/uploads/2021/01/A-Crianca-e-seus-Direitos-entre-violacoes-e-desafios.pdf>>. Acesso em 7 jul. 2023.
- SANCHES, Helen Crystine Corrêa. *Adoção socioafetiva: a (des)proteção legal da criança e do adolescente filhos de criação*. Orientadora: Josiane Rose Petry Veronese. 2009. Dissertação (Mestrado) — Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Santa Catarina — UFSC, Florianópolis, Santa Catarina, 2009. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp108431.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2023.
- SANTOS, Danielle Maria Espezim. A luta por direitos infantoadolescentes no Brasil: doutrina da proteção integral e o direito fundamental à assistência social. In: *A Criança e seus Direitos: entre violações e desafios* [recurso eletrônico] / Josiane Rose Petry Veronese; Rosane Leal da Silva (Orgs.). Porto Alegre/RS: Editora Fi, 2019. p. 65-87. Disponível em: <<https://crbnacional.org.br/wp-content/uploads/2021/01/A-Crianca-e-seus-Direitos-entre-violacoes-e-desafios.pdf>>. Acesso em 7 jul. 2023.
- SCHREINER, Gabriela. *Por uma cultura da adoção para a criança?: grupos, associações e iniciativas de apoio à adoção no Brasil*. São Paulo: Consciência Social, 2004.

SILVA, Heleno Florindo da; FABRIZ, Daury Cesar. A família e o afeto: O dever fundamental dos pais em dar afeto aos filhos como mecanismo de proteção ao desenvolvimento da personalidade e concretização da dignidade humana. *Derecho y Cambio Social*, ISSN-e 2224-4131, año 11, n. 36, 2014. Disponível em:

<<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5472552>>. Acesso em 13 jul. 2023.

SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular* (estudos sobre a Constituição). São Paulo — SP: Malheiros, 2000.

SILVA, Maiara Patrícia da; POZZER, Milene Ana dos Santos. Responsabilidade civil pela devolução de crianças e adolescentes em estágio de convivência no processo de adoção. *Revista Síntese: Direito de Família*, São Paulo, v. 15, n. 83, p. 9-44, abr/mai, 2014. Disponível em:

<[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RDF\\_83\\_miolo%5B1%5D.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDF_83_miolo%5B1%5D.pdf)>. Acesso em: 13 jul. 2023.

SILVEIRA, Daniel Barile da. Hermenêutica constitucional como instrumento de justificação do direito: lições para o entendimento da complexidade social moderna. *Revista Jurídica*, Brasília, n. 85, jun./jul., 2007, p. 83-91. Disponível em:

<<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/307/300>>. Acesso em 10 jul. 2023.

SOUZA, Ismael Francisco de; SOUZA, Glauca Martinha Borges Ferreira de. A necessidade de um novo olhar sobre os reabandonos de crianças e adolescentes na adoção: a teoria da perda de uma chance e a sua (não) aplicação na Justiça brasileira. *Revista Direito & Paz*, São Paulo, SP—Lorena, Ano XI, n. 40, 1 sem. 2019, p. 162-182.

STEINER, Renata Carlos. *Interesse positivo e interesse negativo: a reparação de danos no Direito Privado brasileiro*. Orientador: Cristiano de Sousa Zanetti. Tese (Doutorado em Direito na área de concentração Direito civil). Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016. Disponível em:

<[https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-20082016-121314/publico/Renata\\_Carlos\\_Steiner\\_INTEGRAL.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-20082016-121314/publico/Renata_Carlos_Steiner_INTEGRAL.pdf)>. Acesso em 19 jul. 2023.

TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina B. *Fundamentos do Direito Civil: Direito de Família*. v.6. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559643936. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643936/>>. Acesso em: 15 jul. 2023.

TOSI, Giuseppe. A fraternidade é uma Categoria Política? In: BAGGIO, Antonio Maria (org.). *O Princípio Esquecido: exigências, recursos e definições da fraternidade na política*. v. 2. São Paulo: Cidade Nova, 2009.

VARELA, Antunes. *Direito de Família*. 5 ed. Lisboa: Petrony, 1999.

VERONESE, Josiane Rose Petry. O direito no século XXI: o que a fraternidade tem a dizer. In: *III Congresso Nacional de Comunhão e Direito* [Recurso eletrônico on-line] organização CeD/ ASCES-UNITA/UFSC; Coordenadores: Carlos Augusto Alcântara Machado, Fernando Gomes de Andrade e Paulo Muniz Lopes — Caruaru: CeD, 2016. p. 70-81. Disponível em:

<<https://indd.adobe.com/view/a087ceb4-1c67-4bbc-960a-4c13ba227f03>>. Acesso em 12 jul. 2023.

VERONESE, Josiane Rose Petry. O direito e o tempo na perspectiva da construção do ser criança. In: *A Criança e seus Direitos: entre violações e desafios* [recurso eletrônico] / Josiane Rose Petry Veronese; Rosane Leal da Silva (Orgs.). Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2019. p. 12-35. Disponível em: <<https://crbnacional.org.br/wp-content/uploads/2021/01/A-Crianca-e-seus-Direitos-entre-violacoes-e-desafios.pdf>>. Acesso em 12 jul. 2023.

VERONESE, Josiane Rose Petry.; ROSSETTO, Geralda Magella De Faria. O mal que causamos e o mal que sofremos: por mais cuidados com a criança. In: *Lições de direito da criança e do adolescente*. Vol. 1 [recurso eletrônico] / Josiane Rose Petry Veronese (Org.) – Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021. p. 15-36. Disponível em: <<https://portaliedf.com.br/wp-content/uploads/2021/07/189-Licoes-de-Direito-da-Crianca-e-do-Adolescente-vol.-1.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2023.

VIEIRA, M. de M.; SILLMANN, M. C. M. Desistência da adoção de crianças e de adolescentes durante o estágio de convivência: reflexões sobre uma possível responsabilização civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 46, p. 93–125, 2021. DOI: 10.22456/0104-6594.107714. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/107714>>. Acesso em: 13 jul. 2023.