

O Estatuto da Criança e do Adolescente e os Desafios do Novo Código Civil

TÂNIA DA SILVA PEREIRA

PROFESSORA DA UERJ

Dando prosseguimento aos temas da tarde, gostaria de esclarecer inicialmente que, pelo fato de termos participado de inúmeros trabalhos juntas e sermos, Dra. Kátia Maciel e eu mesma, professoras do Curso de Pós-Graduação de Direito Especial da Criança e do Adolescente da UERJ, e termos sido contemporâneas na Primeira Vara da Infância e Juventude (ela como Promotora e eu atuando como Coordenadora do PAPI-Posto Avançado Proteção Integral da OAB/RJ), propusemos à organização deste evento que dividíssemos este Painel, ao invés de ela ser debatedora.

Dentro da programação, apresentaremos *aspectos gerais do Direito da Criança em face do novo Código Civil*, a Professora Kátia prosseguirá sobre a *Tutela e Pátrio Poder* (doravante *Poder Familiar*) e encerrarei expondo sobre o instituto da *Adoção*.

O grande desafio será, sem dúvida, compatibilizar da Lei nº 10.406/ 2002 com as demais leis ordinárias e com os textos internacionais ratificados.

É fundamental compreender a estrutura legislativa em nosso país após a entrada em vigor do novo Código Civil; temos de assumir, em primeiro lugar, a Constituição Federal como coordenadora, convencidos de que o Código Civil, como afirma o Prof. Caio Mário da Silva Pereira “*perdeu a sua função de Direito Comum*”.

Seguindo a orientação da mais recente Doutrina Constitucional, devemos reconhecer que os “*princípios gerais de direito*” foram, gradativamente, substituídos pelos princípios constitucionais. As “*Leis Especiais*” são universo já im-

plementado no nosso sistema jurídico abrangendo áreas destinadas a interesses especiais. Seria irresponsabilidade afirmar, de forma genérica, a revogação das mesmas.

Não podemos afastar a vigência de leis fundamentais, não só para a infância-adolescência como no Direito de Família. A título de exemplo, podemos citar a “*Lei de Alimentos*”, bem como, não podemos ignorar a grande discussão que se formou neste país quanto a vigência ou não da “*Lei do Divórcio*”.

Para entendermos o nosso sistema legislativo, parece-nos fundamental reportar-nos ao artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal quando fala que, além dos direitos enumerados nos 77 incisos do artigo 5º, como propõe J.J. Canotilho, existem outros “*Direitos Fundamentais dispersos*” na Constituição Federal com o mesmo grau de importância e eficácia. Não existem direitos fundamentais de segunda categoria.

Devemos reconhecer como *Direitos Fundamentais*, aqueles decorrentes do regime e dos princípios assumidos pela Carta Magna, assim como aqueles indicados nos tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte. Aqui nos interessa, diretamente, os Documentos Internacionais relativos à infância, porque fica muito claro que a doutrina constitucional, na sua maioria, reconhece, hoje, o princípio da não-tipicidade dos Direitos Fundamentais, de forma a confirmar o não congelamento dos direitos enumerados no art. 5º – CF.

Existem princípios constitucionais que vão nos interessar diretamente. Acrescentaria, além do *planejamento familiar*, a proteção do Estado à comunidade formada por qualquer dos pais e seus

Palestra proferida no Seminário realizado em 13/09/2002

descendentes, reconhecendo-a como entidade familiar. (Art. 226, § 4º, CF); proteção contra o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente. (Art. 227, § 4º, CF) e a equiparação de filhos e a vedação de designações discriminatórias relativas à filiação (Art. 227, § 6º, CF)

Mas, a grande conquista, sem dúvida (aliás, não é novidade para os constitucionalistas), vincula-se à não exigência de ratificação das convenções e tratados de Direitos Humanos; basta que o Brasil seja signatário para que os seus princípios sejam reconhecidos, como esclarece o Prof. Celso de Albuquerque Melo.

Destacamos, especialmente, os “Direitos Fundamentais dispersos” contidos no artigo 227 da Constituição, ao reconhecer criança e adolescente como titulares de Direitos Fundamentais, como o adulto. É muito importante que nós entendamos que eles não só têm os mesmos direitos dos adultos como a eles são reconhecidos direitos especiais, próprios de pessoas em fase de desenvolvimento.

Nesta identificação de primazias, buscamos entender, em princípio, as “leis gerais” — diga-se o Código Civil — convivem com as “leis especiais” dentro do critério estabelecido pelo art. 2º, § 2º, da *Lei de Introdução ao Código Civil*, que assim dispõe: “a lei nova que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”.

Marco Aurélio Sá Vianna, civilista mineiro, no entanto, adverte: “devemos entender a questão em termos corretos: a generalidade de princípios numa lei geral não cria incompatibilidade com regra de caráter especial. A disposição especial disciplina o caso especial, sem afrontar a norma genérica da lei geral, que, em harmonia, vigorarão simultaneamente. A lei nova que estabelece disposições gerais ou especiais a par das existentes não revoga ou modifica a lei anterior”.

Neste contexto chamamos a atenção para a Lei Complementar 95/98, com

as modificações introduzidas pela Lei Complementar 107/2001 ao estabelecer que “a cláusula de revogação deverá indicar, expressamente, as leis e disposições legais revogadas”. A regra do artigo 9º da lei complementar referida veio resolver para nós um problema importante ao indicar a necessidade de indicação expressa para a revogação. Com isso, se examinarmos as “disposições transitórias” no final do novo Código Civil, vemos no artigo 2.045: “*Revogam-se a Lei 3.071/16 - Código Civil e a Parte Primeira do Código Comercial, Lei 556, de 25 de junho 1850*”.

Na realidade, foram essas as únicas revogações expressas, o que nos autoriza conciliar o novo Código com leis especiais e microssistemas. O Professor Caio Mário, atualmente trabalhando na atualização da sua obra, no Prefácio das novas edições, chama atenção para o fato de que “o Código Civil exerce, hoje, um papel residual diante de uma nova realidade legislativa, no qual os microssistemas e as leis especiais constituem pólos autônomos, dotados de princípios próprios, impondo inovadora técnica administrativa”.

Eu gostaria de lembrar que em obra recente, Paulo Afonso Garrido de Paula chama a atenção para a existência de uma tutela jurisdicional diferenciada para a infância e a juventude, onde pontua aspectos básicos – aos quais tomei a liberdade de acrescentar alguns – para identificarmos questões relevantes que vão interessar, diretamente, no estudo do novo Código Civil.

Realmente, o Estatuto da Criança e do Adolescente determina a garantia permanente do acesso à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário. Da mesma forma, a Constituição Federal indica o advogado como indispensável à administração da justiça. Se em outras jurisdições elas são importantes, aqui ela é permanente. O Ministério Público assume posição relevante e assistimos com satisfação, inclusive, na Justiça da Infância e Juventude, muitas vezes o Ministério Pú-

blico ajuizar ações para defender interesse de uma única criança, como por exemplo, para garantir uma vaga na escola; acho que isso tem sido constante na Primeira Vara da Infância e Juventude da Comarca do Rio de Janeiro, dentro da nossa experiência.

Cabe destacar em efetivo funcionamento há quatro anos, fruto de um convênio da OAB/RJ com a Primeira Vara da Infância e Juventude do Rio de Janeiro, com o apoio da UERJ (os alunos da UERJ têm trabalhado lá também), onde desenvolvemos no PAPI – *Posto Avançado Proteção Integral* – onde realizamos o mesmo atendimento da Defensoria Pública.

Outra conquista significativa dessa tutela jurisdicional diferenciada é a gratuidade dos serviços judiciários na justiça menorista.

Destaque-se, ainda, a possibilidade do “Juízo de retratação” : o artigo 198, VII do ECA fala da possibilidade de o juiz, antes de remeter a apelação, poder reconsiderar a decisão, inclusive em termos de mérito (é diferente da hipótese do parágrafo único do artigo 518 do Código de Processo Civil, que diz que “apresentada a resposta, é facultado ao juiz o reexame dos pressupostos de admissibilidade do recurso”.

Efetivamente, temos aqui princípios finalísticos na tutela jurisdicional diferenciada. O Brasil adotou a Doutrina Jurídica da Proteção Integral: qualquer criança, em qualquer situação, deverá ter prioridade no atendimento; não se resume apenas em ser sujeito de direitos, mas ser respeitado como pessoa em fase peculiar de desenvolvimento, deixando de ser apenas objeto passivo dessa proteção. Sem dúvida já se reconhece à criança e ao adolescente a titularidade de direitos da personalidade.

Para Roberto Senise Lisboa, em se tratando de crianças e jovens, o sofrimento se presume para justificar a indenização por dano material e moral.

Eles devem ser ouvidos naquilo que seja de seus interesses. É importante distinguirmos a hipótese do artigo 405

do Código de Processo Civil, que fala que menores de 16 anos não podem depor. Ao mesmo tempo o Estatuto esclarece que “sempre que for possível, será ouvida a criança”. A eles será dado o direito de esclarecer o que é de seu pessoal interesse.

Quando a *Convenção Internacional dos Direitos da Criança*, (ratificada pelo Decreto 99.710/90), no art. 12, assegura “ *criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre os assuntos relacionados com ela, considerando a sua idade e maturidade*”, garanta-lhe, inclusive, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que lhe afete diretamente, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional. Portanto, a estrutura do Judiciário deve ser preparada para que possam ser ouvidos.

Uma decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal esclarece na hipótese de uma criança vítima de maus tratos: “*mesmo sendo ela uma criança de apenas oito anos de idade, há que se lhe dar o devido crédito se a sua narrativa se mostra coerente com os outros elementos de prova*”.

Outro desafio dentro desses princípios finalísticos é responder à seguinte indagação: para nós, operadores de Direito, o que representa a garantia constitucional de “prioridade absoluta” para menores de 18 anos? Parece-nos, inicialmente, um discurso vazio. O Professor Aluizio Azevedo, educador em São Paulo, afirma que a palavra “prioridade” não admite plural; para ele “*priorizar prioridades é contra-senso*”.

O “Estatuto” teve uma preocupação em determinar o que é, em princípio, essa prioridade. O artigo 4º-ECA faz indicações próprias: a preferência em receber proteção e socorro, a precedência do atendimento em serviços públicos, a primazia na formulação das políticas sociais, a destinação dos recursos. Quantas vezes as ações civis públicas são propostas com esse objetivo! Infelizmente, em graus de recurso, prevalece,

quase sempre, a tese da não interferência entre Poderes, o que leva as conquistas judiciais a “morrerem na praia”.

Quando nos referimos ao princípio do *melhor interesse da criança*, reportamos ao instituto inglês do *parens patriae* (Século XIII) que representou a prerrogativa do Rei de proteger aqueles que não poderiam fazê-lo por conta própria. Foi recepcionado pela jurisprudência norte-americana em 1813, no caso *Commonwealth vs. Addicks*, no qual a Corte da Pensilvânia afirmava a prioridade do interesse de uma criança em detrimento dos interesses de seus pais. No caso em exame, a guarda da criança foi concedida à mãe acusada de adultério, já que este resultado representava o melhor interesse para aquela criança mediante as circunstâncias dadas.

Por sua vez, a *Convenção Internacional dos Direitos da Criança* de 1989 ampliou a aplicabilidade deste princípio, destacando no art. 3.1: “*todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o melhor interesse da criança*”.

Existe um trabalho publicado por uma autora portuguesa, Marta Santos Paes, em que ela afirma que “na promulgação de uma lei nova, ou na hipótese de revisão de uma lei existente, é essencial indagar se as soluções propostas são as melhores para a criança”. Emílio Garcia Mendes identifica-o como um princípio obrigatório principalmente para as autoridades, reconhecendo que é dirigido, precisamente, contra elas.

Gostaria de salientar um aspecto importante: quando interpretamos uma lei, é necessário revelar o seu sentido apropriado à vida real. Pedro Demo convida interpretar a lei como um dispositivo motivador ao serviço da criatividade.

No que concerne ao princípio da equiparação de filhos, sobre o que a professora Heloisa Barboza expôs com seu habitual brilhantismo, chamo atenção para um aspecto relevante: após a Car-

ta de 88 passou-se a discutir, nesse país, o incesto, no contexto da violência intrafamiliar. É importante destacar como este assunto vem, cada vez mais, chegando ao sistema de Justiça. Apresenta-se como um desafio enfrentar o problema do abuso sexual no âmbito familiar, quando a única testemunha é a própria vítima.

Temos defendido a tese, inclusive junto ao Poder Judiciário, identificando decisões nas quais o objeto da tutela jurisdicional não é o conflito entre os pais, mas a da proteção da criança. Diante de flagrantes indícios de abuso sexual e de situação de risco, há que se sobrepor a proteção da criança e do adolescente aos conflitos entre os pais, impedindo o progenitor de conviver com os filhos, mesmo em regime de visitação.

Daí a competência da Justiça da infância e Juventude. Destacamos aqui a decisão precursora no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro tendo como Relator o Desembargador Nagib Slaibi Filho, em decisão unânime junto à 16ª Câmara Cível ao esclarecer que “*a Vara da Infância e Juventude possui competência absoluta em razão da matéria, para processar e julgar o pedido de guarda quando, com base nos aspectos fáticos particulares da hipótese, vislumbra-se a existência de risco ao menor. No caso vertente, a simples existência de indícios de abusos sexuais contra o menor exige a imediata adoção de medida de cautela, até que a questão reste completamente esclarecida.*”

Ontem, recebi uma decisão de Minas Gerais, com a mesma orientação, e fiz um contato com dois juizes em Santa Catarina, constatando que esta também está sendo a orientação no Tribunal daquele Estado.

É da competência da Justiça da Infância e Juventude prevista no art. 98, II- ECA as situações que envolvem a, “*falta, omissão ou abuso dos pais*”, abrangendo vasta Doutrina as situações de abuso de caráter sexual. O parágrafo único, letra d do art. 148 do ECA também prevê a competência deste Juízo Especializado para “*conhecer de pedidos baseados em*

discordância paterna ou materna, em relação ao exercício do pátrio poder”.

Esta divergência, aliada às situações de abuso sexual, autoriza a atuação do Juiz da Infância e Juventude que, diante da denúncia de hipótese que tenha como agente um dos genitores, traz ínsita a existência de atritos e desentendimentos, implicando na divergência no exercício do Poder Familiar.

Por outro lado, art.1.638 do Código Civil determina a perda do Poder Familiar “*ao pai ou à mãe que praticar atos contrários à moral e aos bons costumes*”;

Diante da conveniência técnica de, sempre que possível, se especializar os juízos e de se buscar maior agilidade e eficiência à prestação jurisdicional, deverá o Sistema de Justiça reconhecer, em definitivo, a competência da Vara da Infância e Juventude para o julgamento de ações que envolvam a violência sexual nas relações intrafamiliares, inclusive nos procedimentos cautelares que visem o afastamento do agressor da moradia comum, na hipótese de indícios de violência sexual impostos pelos pais ou responsáveis abrangendo as providências que envolvam a suspensão da visitação, tratando-se de pais separados.

Destacamos ainda dois aspectos relevantes indicados pelo Dr. Paulo Afonso Garrido de Paulo na jurisdição diferenciada para a infância: ela é *preventiva*, no sentido de impedir a ação e a omissão violadoras de algum direito lembrando que a Constituição prevê no artigo 5º, XXXV a garantia da prestação jurisdicional em razão da ameaça a um Direito. Por outro lado a tutela da infância tem caráter de *urgência*: a criança não pode esperar. Há necessidade imediata de sua efetivação, de proteção em tempo próprio, senão estaremos conduzindo-a à inocuidade e reduzindo a sua eficácia; o art. 4º- ECA determina a primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias.

Devemos lembrar que o “Estatuto” tem procedimentos próprios a exemplo da colocação em família substituta, destituição de o pátrio poder (doravante po-

der familiar) etc. Foi adotado pelo ECA o sistema recursal do Código de Processo Civil, inclusive no caso de aplicação de medidas socioeducativas.

Outro aspecto relevante: os recursos têm efeito meramente devolutivo, com exceção apenas daquelas hipóteses previstas no art. 198-ECA concernente à Adoção Internacional e, quando houver a concessão do efeito devolutivo, possa acarretar dano irreparável. Cabe lembrar, ainda, que, em grau de recurso, tratando-se de processo oriundo da Justiça a Infância e Juventude dispensa-se o revisor.

Paulo Afonso Garrido de Paulo indica em sua obra o fundamento objetivo dessa tutela jurisdicional diferenciada: temos um microsistema disciplinador das relações jurídicas especiais para infância e juventude e uma forma diversificada de distribuição de justiça daquela habitual da codificação em geral.

Fiz questão de apresentar esses aspectos iniciais porque, trabalhando na área da infância, vemos como, muitas vezes, os advogados, os juízes e os promotores, não têm a visão nítida desta jurisdição com características próprias. Considerei relevante, diante de um novo Código Civil a vigorar a partir de 2003, não só identificarmos como será a proteção dos menores de 18 anos neste novo contexto em confronto com leis especiais e com o Estatuto, como também, a possibilidade de identificar a tutela jurisdicional diferenciada para infância e juventude, que para nós é da maior importância, nos seus elementos básicos.

Adoção no Novo Código Civil

Retomando, nesta tarde minhas reflexões, desta feita sobre o instituto da Adoção, cabe esclarecer que, após a entrada em vigor do novo Código, que estaremos tratando do Estatuto da Criança e do Adolescente sempre como um “microsistema” dentro de um contexto de uma tutela jurisdicional diferenciada; sua revogação, mesmo parcial, será catastrófica.

Cabe lembrar que a figura do “Curador especial” sempre esteve presente no Código Civil, no Código de Processo Civil e no Estatuto e nunca se discutiu se seria revogado ou não; assim, considero que a adoção tem que permanecer no Estatuto para atender aos menores de 18 anos. Sua regulamentação em ambos os diplomas legais, quando compatíveis e complementares, não representará qualquer problema para o intérprete e operadores do Direito.

O artigo 1.618 diz que: “*Só a pessoa maior de 18 (dezoito) anos pode adotar*” condicionando a capacidade para adotar à maioridade civil. Assim, o adotante poderá ter 18 anos e o adotado deverá ser menor desta idade. Mantém-se, portanto, a competência exclusiva das Varas da Infância e Juventude quando o adotando for menor de 18 anos, na forma do art. 148 inciso III do Estatuto da Criança e do Adolescente. Esta mudança representa um efetivo desafio para a equipe interprofissional ao analisar as condições daquela pessoa que está adotando com 18 anos ou mais. O legislador quis ser coerente com a capacidade civil, reduzida para os 18 anos.

Consideramos que mantém em vigor a regra do art. 40-ECA ao determinar que o adotando “deve contar, no máximo, 18 anos à data do pedido, *salvo se já estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes*”, permanecendo a competência do Juiz da Infância e Juventude para a concessão da medida.

Ao identificar as pessoas que podem adotar cabe ressaltar, salvo eventual restrição eclesiástica, não existe impedimento para um sacerdote ter acesso à medida, inclusive lembrando que, muitas vezes, o indivíduo casado tem filhos, fica viúvo e assume mais tarde a vida eclesiástica. Não existe impedimento algum em relação à adoção.

Quanto aos índios - classificados pela lei 6.001/73 em “*isolados*”, “*em vias de integração*” e “*integrados*” - não se pode afastar a possibilidade da iniciativa da adoção de uma criança índia por pessoa

de outra cultura. Mesmo nestas hipóteses estamos diante da competência exclusiva da Vara da Infância e Juventude. A Constituição fala da competência da Justiça Federal para disputa sobre direitos indígenas; no entanto, estamos falando da Doutrina Jurídica da proteção integral, que conduz à competência do Juiz da infância na hipótese de adoção.

O projeto 6.960/2002 que a Professora Heloisa lembrou, incluiu a proibição da medida através de procuração e prevê a sua irrevogabilidade, atendendo aos princípios estatutários; da mesma forma, o projeto prevê a proibição de adoção por ascendentes e irmão, uma flagrante omissão no Código Civil, que entrará em vigor no próximo ano.

Na realidade, estamos também diante de uma hipótese da qual venho me questionando. O artigo 1.520 do novo Código afirma a antecipação da capacidade civil pelo casamento, para aqueles que ainda não completaram 16 anos para evitar a imposição criminal ou no caso de gravidez. Já que o legislador civil buscou unificar a adoção de maiores e menores, qual será o juízo competente para se adotar esse emancipado pelo casamento? Juízo da Infância e Juventude ou será o Juízo de Família? Desafios como este se nos apresentam impondo a aplicação de princípios diversos das regras legais. Considero que sendo o adotando emancipado pelo casamento deverá ser competente a Vara de Família, sem dispensar a intervenção do Ministério Público e da equipe interdisciplinar.

Manteve o art. 1.619 do novo Código Civil a mesma diferença de 16 anos entre adotante e adotado, assumida, originalmente, pela lei civil e presente no § 3.º do artigo 42 do ECA. Não se pode recusar a concessão da medida mesmo se não existir a diferença indicada em relação a um dos Requerentes. Esta foi, inclusive, a orientação do § 2.º do Estatuto ao admitir a adoção desde que um dos Requerentes tivesse atingido a capacidade civil.

O novo Código acolheu no art. 1.620 a regra do art. 44 -ECA ao exigir do tu-

tor ou curador a prestação de contas de sua administração para adotar o pupilo ou curatelado. Cabe ao Ministério Público, por força do art. 82-II-CPC intervir, obrigatoriamente, nos procedimentos pertinentes, sob pena de nulidade.

O artigo 1.621 vai nos trazer alguns pontos de reflexão. Primeiro, a necessidade de consentimento, o qual é incondicional e não pode ser objeto de transação. O adotando adolescente deve ser obrigatoriamente ouvido; o jovem que vai ser adotado precisa, efetivamente, concordar com a medida.

O artigo 1.622 cometeu uma falta que o Dr. Leonardo Gomes, Juiz auxiliar da Primeira Vara da Infância, já indicou. Na hipótese, os divorciados e judicialmente separados podem adotar, desde que constem do processo de separação as cláusulas de visitação. No entanto, se o casal viveu em união estável e encerrou-a após iniciada a adoção ou deferida a guarda provisória, pela leitura rígida do parágrafo único não será possível a concessão da medida, porque o legislador restringiu-a aos “divorciados e os judicialmente separados...”. Como o Estatuto não fixou condições mínimas para a configuração da união estável para fins de Adoção, limitando-se a exigir que seja comprovada a estabilidade da família (art. 42, § 2º, da lei n.º 8.069/90), deve-se estender aos antigos companheiros o direito de regulamentar a convivência e ressaltar o direito de prosseguir na adoção, mesmo separados. O Código de 2002, no art.1.723, mantém o critério anterior no sentido de exigir a comprovação de uma “convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

O artigo 1.623 determinou que a adoção “obedecerá a processo judicial, observados os requisitos estabelecidos neste Código”, diverso do Estatuto que estabelece procedimentos comuns (arts. 165/170, ECA) para todas as formas de colocação familiar – guarda, tutela e adoção.

Destaque-se, no entanto, o parágrafo único do artigo 1.623 ao indicar

que “a adoção para os maiores de 18 anos dependerá, igualmente, “da assistência efetiva do Poder Público e de sentença constitutiva.” Diante dessa determinação legal, caberá ao Código de Organização Judiciária dos Estados indicar o Juízo competente e promover as adaptações necessárias. Sugerimos a manutenção da competência absoluta da Justiça da Infância e Juventude para os menores de 18 anos e para aqueles indicados no artigo 40-ECA. (Art. 148, caput, da Lei n.º. 8.069/90). Caberá à Justiça de Família promover os procedimentos relativos a Adoção dos maiores desta idade.

Destacamos a impropriedade do art. 10.º do novo Código ao prever a averbação em registro público os “atos extrajudiciais de adoção”, uma vez que o novo diploma legal passou a exigir procedimento judicial para a adoção de menores e maiores de idade. Em jurisdição voluntária, não vemos razões para excluir a escritura pública, cabendo ao Magistrado e ao Ministério Público fazer exigências concernentes à assistência de uma equipe técnica, para posterior homologação. Cabe lembrar que o art. 165-I-ECA exige a anuência do cônjuge ou companheiro, o que não foi recepcionado pelo novo Código. Não concordamos, no entanto, com a proposta de mudanças no Código ao exigir dos outros filhos o consentimento para a adoção e, se forem menores, serão representados por curador especial.

O artigo 1.624 é objeto do meu profundo questionamento. Nós sabemos que se as crianças estão abrigadas e os pais não as visitam, o Doutor Siro Darlan, Juiz da 1ª Vara da Infância, tem feito audiências nas instituições de abrigo para forçar os pais a comparecerem, estarem presentes. Se não for dessa forma, por iniciativa do Ministério Público serão promovidas a suspensão e a destituição do pátrio poder (doravante poder familiar) para que essa criança seja colocada numa família substituta. Neste aspecto, há um grande mérito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, pelo menos aqui na capital.

A expressão “infante exposto” me lembra a roda dos expostos, extinta desde o Código de Menores de 1927 como forma anônima de abandono; também o Código de 2002 se refere ao “órfão não reclamado por qualquer parente por mais de 1 (um) ano”, se a criança órfã está abrigada e não tem referência dos pais, deverá aguardar um ano numa instituição, até que um parente venha reclamá-la? O que representa um ano no desenvolvimento de uma criança? Nós sabemos os efeitos nefastos da institucionalização; por mais perfeita que seja uma relação de maternagem na instituição, sabemos a falta que faz a identificação com uma determinada pessoa, mesmo que não seja o pai ou mãe biológica. As instituições de abrigo trabalham muitas vezes com regime de trabalho de 12 horas, com folgas de 48 e, às vezes, até com intervalos de 72 horas. Considero que isso foi um retrocesso em nossa lei civil.

O artigo 1.625 determina que a medida deve constituir “efetivo benefício para o adotando”. Mantiveram-se, desta forma, as diretrizes do artigo 43 do ECA ao indicar que a adoção deve “apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”. As expressões “*efetivo benefício*” ou “*reais vantagens*” reportam-se ao princípio do “melhor interesse da criança”, presente na Cláusula 3.1 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil através do Decreto n.º 99.710/90.

Identificamos o “*melhor interesse da criança*” nos dias de hoje, como uma norma cogente, não só em razão da ratificação da Convenção da ONU (através do Decreto n. 99.710/90), mas, também, porque estamos diante de um princípio especial, o qual, a exemplo dos princípios gerais de direito, deve ser considerado fonte subsidiária na aplicação da norma.

Omitiu-se a Lei n. 10.406/2002 quanto ao *estágio de convivência*; previu o Projeto de Lei 6.990/2002 o acréscimo do parágrafo único ao art. 1.625, ao determinar que “a adoção será precedida

de estágio de convivência com o adotando, pelo prazo que o juiz fixar, observadas as peculiaridades do caso, podendo ser dispensado somente se o menor tiver menos do que um ano de idade ou se, independentemente de sua idade, já estiver na companhia do adotante durante tempo suficiente para a avaliação dos benefícios da constituição do vínculo”. Pretendeu-se suprir, portanto, flagrante omissão do texto original da Lei 10.406/2002. Trata-se de procedimento essencial à concessão da medida, o qual envolve um período de tempo de adaptação do adotando à nova família.

O artigo 1.626 determina o rompimento do vínculo de filiação com a família de origem, admitindo duas exceções: nas hipóteses de “impedimentos matrimoniais” e quando “um dos cônjuges ou companheiros adota o filho do outro”.

Como o art. 41-ECA, o novo texto ressalva os impedimentos matrimoniais, os quais poderão ser invocados a qualquer tempo para vetar o casamento entre pessoas indicadas na lei civil. Prevê o parágrafo único do mesmo artigo 1.626 situação especial também indicada no § 1.º do artigo 41-ECA, ao manter os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou companheiro do adotante e os respectivos parentes”, se um adota o filho do outro. Conhecida como “adoção unilateral” sua peculiaridade se apresenta quando a substituição se dá apenas na linha paterna ou materna. Na forma do art. 21, ECA, o cônjuge ou companheiro do adotante não perde o poder familiar, exercendo-o em conformidade com o outro.

Considero que houve extremo rigorismo do legislador brasileiro, mesmo no Estatuto, em estabelecer como regra geral o rompimento do vínculo com a família biológica. Poder-se-ia ter sido um pouco flexível deixando ao magistrado identificar situações especiais para dar tratamento diverso; temos assistido na 1ª Vara da Infância, principalmente quando as crianças são adotadas mais velhas, que existe um vínculo familiar com as famílias de origem. Por que não

mantê-la como medida de proteção? Nada impede que uma criança seja adotada e que seja estabelecido um acordo de visitação com a família biológica, o que pressupõe, obviamente, um entendimento entre as partes.

O artigo 1.627 reafirmou o princípio estatutário ao afirmar que o vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial e autorizou a inscrição mediante mandado judicial no registro civil com o nome dos adotantes como pais, bem como o nome de seus ascendentes, sem qualquer observação sobre a origem do ato. Esta foi a orientação do artigo 47 e parágrafos do ECA. Admite-se, inclusive, a alteração do prenome, o qual constará da sentença (art. 46, § 5.º, ECA). A sentença constitutiva dá nascimento a um novo estado civil ao adotado. Deve-se alertar aos adotantes quanto às questões que envolvem a sua identificação. Se a criança já atingiu um nível de melhor compreensão deve-se evitar a mudança do prenome.

Como o § 6.º do artigo 47-ECA, o novo Código Civil admite no artigo 1.628 a concessão da medida *pos mortem*, ao indicar seus efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença, “exceto se o adotante vier a falecer no curso do procedimento, caso em que terá força retroativa à data do óbito”. Temos aqui uma regra copiada do “Estatuto” ; se o processo se iniciou e o adotante vier a falecer no correr do procedimento, tendo ficado manifestadamente provada a vontade de adotar, essa adoção será concretizada e a sentença será retroativa à data do óbito. A lei menorista declara, ainda, que as relações de parentesco se estabelecem não só entre o adotante e o adotado, como também entre aquele e os descendentes deste e entre o adotado e todos os parentes do adotante.

Adoção internacional. O Código Civil, na redação inicialmente aprovada, se reportou à “lei especial”, quer dizer, ao Estatuto e aos Documentos Internacionais ratificados. Mas diante da hipótese de se revogar a adoção do Estatuto, o projeto 6.960/2002 incorporou as regras

dos artigos 51 e 52 para efeito de adoção internacional.

Vivemos uma nova realidade no que concerne às adoções internacionais após a ratificação pelo Brasil da *Convenção Relativa à Proteção e Cooperação Internacional em Matéria de Adoção Internacional* aprovada em maio de 1993 na 17.ª Seção da Conferência de Leis Privadas Internacionais. Através do Decreto n. 3.087/99, o Brasil ratificou-a, implementando-a internamente, impondo-se, a orientação do Ministério da Justiça que passou a exercer as funções da *Autoridade Central* indicada na referida Convenção.

Em princípio, o entendimento consolidado tem sido no sentido de que estrangeiros e brasileiros residentes fora do país devem submeter-se à Comissão Estadual Judiciária de Adoção – C.E.J.A, os documentos para adoção emitidos pela autoridade de seu país; os estrangeiros residentes em território nacional, comprovado o ânimo de permanência, serão tratados como os nacionais, dispensando a apresentação dos documentos previstos no artigo 51-ECA e submetendo aos procedimentos próprios da Justiça da Infância e Juventude.

O *status* de *residente* outorga, portanto, ao estrangeiro o direito de pleitear a adoção nas mesmas condições dos brasileiros que vivem no Brasil, como determina o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº. 8.069/90).

O que se pretende priorizar é a permanência do adotado no Brasil, sem privá-lo, bruscamente, de conviver com seu idioma, suas tradições, cultura e acarretando o rompimento com suas raízes. A adoção por estrangeiro residente no território brasileiro vai permitir que a criança mantenha seus costumes e adquira os hábitos do adotante, sem bruscas mudanças.

Essas pessoas serão avaliadas em seu cotidiano pela Equipe Interprofissional do Juizado da Infância e Juventude, o que permitirá uma melhor apreciação deste ânimo de permanência no Brasil. Nestas hipóteses devem ser considerados, primordialmente, os docu-

mentos comprobatórios ou outros elementos que indiquem, de forma irrefutável, o *ânimo de permanência* no território nacional.

É obrigatório o Estágio de Convivência cumprido no Território Nacional (mínimo de 15 dias para crianças com idade até 2 anos e um mês para crianças maiores de 2 anos) previstos no art. 46, § 2.º, ECA. Será mantido um registro estadual centralizado de interessados residentes no exterior e um registro de crianças a serem adotadas.

No caso de recurso da sentença que defere a adoção para residentes fora do país, será recebida a apelação com efeito suspensivo uma vez que a decisão estará sujeita à revisão em instância superior. Evita-se, desta forma, a saída da criança ou adolescente do país antes do trânsito em julgado da sentença. Esta questão não está contida no Código Civil de 2002, mas deverá ser adequada à nossa realidade legislativa.

Merece referência especial a orientação assumida pelo Ministério da Justiça na NOTA 2/2 de 2002, ao estabelecer a proibição de Advogados atuarem nas Adoções Internacionais, senão através de Agências.

Esclareça-se que na Convenção de Haia/93 não há referência específica, entre os requisitos processuais, de procedimento especial de habilitação para a Adoção; refere-se a “relatório que contenha informações sobre a identidade, capacidade jurídica e adequação dos solicitantes para adotar” (art. 15), bem como, “relatório que contenha informações sobre a identidade da criança, sua adotabilidade, seu meio social, sua evolução pessoal e familiar, e ainda, seu histórico médico pessoal e familiar, assim como quaisquer necessidades particulares da criança” (art. 16).

O Art. 51-ECA refere-se aos documentos necessários e o art. 52-ECA menciona o laudo de habilitação. Conclui-se, portanto, tratar-se os procedimentos administrativos probatórios, identificados como “subsídios por escrito, mediante laudos” elaborados pela equipe interprofissional e previstos no Art. 151-ECA.

Sendo de natureza “pericial”, representa um serviço auxiliar do Sistema da Justiça da Infância e Juventude

e, na forma do Art. 151- ECA, está sob a imediata subordinação da autoridade judiciária. O laudo técnico deverá acompanhar a petição inicial. Por outro lado, a CEJA é também qualificada como “judiciária” designando que a Comissão atua naquele espaço de Poder reservado ao Judiciário.

O vínculo da adoção constituído por sentença judicial (art. 1623 do novo Código e no art.47-ECA) e a sua irrevogabilidade prevista no Art. 48-ECA, dão à adoção o seu caráter definitivo. Tanto assim que, o art. 24 da Convenção determina que “uma adoção só poderá ser recusada em um Estado Contratante se for manifestamente contrária à ordem pública”.

Portanto, a atuação de um Advogado não pode ser afastada por um ato administrativo do Ministério da Justiça. Trata-se de flagrante violação à regra constitucional do art. 133 ao declarar o advogado “indispensável à administração da justiça”. Da mesma forma, a Lei nº. 8. 906/94(Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil) determina no art. 1º ser atividade privativa do advogado “a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário”. Sendo explícita a norma constitucional, ficam afastados entendimentos restritivos.

Mesmo após a ratificação da Convenção não se pode falar em conflito de atribuições entre a CEJA e o Juiz da Infância e Juventude no que concerne à Adoção; aquele órgão exerce atividades subsidiárias à atividade jurisdicional exercida pelo Juiz da Infância e Juventude. Sua natureza complementar não pode afastar a atuação do Advogado.

Eu tenho defendido o critério da “residência habitual” para identificar a adoção como nacional, devendo ser feita a prova da intenção dos adotantes permanecerem no país – não eternamente – mas enquanto estiverem aqui trabalhando, a criança que for adotada por estrangeiro vai ficar um período no Brasil, vai se adaptar à cultura e aos hábitos dos adotantes, sem aquele rompimento no prazo máximo dois meses que

ocorre na adoção internacional - isso às vezes é um pouco drástico na vida da criança. Vivemos o desafio da reconstrução e recomeço com o novo Código que exigirá dos intérpretes e operadores do Direito lucidez e criatividade.

A grande verdade é que a adoção, a cada dia, tem representado uma grande chance de colocação familiar. Eu queria lembrar, inclusive, que pela Lei 10.421/2002, hoje temos a licença-maternidade para adoção, quase nas mesmas condições da medida na hipótese de gestação. Ao crescer à CLT o art. 392-A previu-a “no caso de adoção ou guarda judicial de criança” com prazos diversificados, considerando a idade da criança: até 1 (um) ano de idade, o período de licença será de 120 dias; a partir de 1 (um) ano até 4 anos de idade, a licença será de 60 dias; crianças com mais de 4 anos até 8 anos de idade, o período de licença será de 30 dias. Exige-se, para isso, a apresentação do termo judicial de guarda à adotante ou guardião. Configura-se como “*interrupção do contrato de trabalho sem prejuízo do emprego e do salário*”; não se aplica, em princípio, o aumento dos períodos de repouso, de duas semanas, previsto no § 2.º do art. 392, salvo situações excepcionais vinculadas às condições da criança. O próximo passo será a regulamentação da *licença-paternidade* na adoção e os direitos previdenciários já reconhecidos à adotante, permitindo ao adotante um período de convivência com o adotado.

Eu gostaria, antes de agradecer aos senhores a atenção, lembrar que tenho a honra de representar, no Rio de Janeiro, o IBDFAM – *Instituto Brasileiro de Direito de Família* – e maior é a minha honra de estar trabalhando, permanentemente, com o Fórum Permanente de Direito de Família, sob a coordenação da Des. Maria Raimunda, que tem desenvolvido grande esforço no sentido de promover freqüentes debates sobre temas estratégicos dentro do Direito de família.

O IBDFAM existe em todos os Estados; temos o nosso site, revista trimestral e boletins, e desenvolvemos um tra-

balho muito importante, no sentido de identificar essas questões maiores, principalmente ligadas ao Direito de Família e ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

DEBATES

Des. Áurea Pimentel Pereira

Dando início aos debates, eu indago se o nosso colega, o juiz de família, Dr. Ricardo Cardozo tem alguma pergunta a fazer.

Dr. Ricardo Rodrigues Cardozo

Eu estou satisfeito, Desembargadora, com a exposição. Trata-se, principalmente em relação à filiação, de um tema polêmico; até sugiro que, numa outra oportunidade, nós possamos renovar isso, porque certamente a Professora Heloisa terá muito mais a dizer - eu conheço o seu trabalho, embora só a tenha conhecido pessoalmente hoje. A Professora Tânia, também, fez uma brilhante exposição sobre a adoção e a Dra. Kátia, de quem eu sou um admirador, Curadora de Família da 11ª Vara, da qual eu sou juiz, conheço o seu trabalho, e temos discutido muitos pontos a respeito disso. Eu me dou por satisfeito.

Dra. Heloisa Helena Barboza

Com relação a uma outra participação para discutir o tema de Família, estou inteiramente à disposição. Reitero que é com o maior prazer que eu venho à EMERJ para fazer essas discussões, que só enriquecem esse trabalho de construção, como eu já tive a oportunidade de dizer, de um novo Direito Civil. Eu só queria aproveitar essa oportunidade, já que me deram a palavra, para deixar uma frase de reflexão final, sem nenhuma pretensão. Precisamos ter um pensamento, um pressuposto para análise de todas essas relações - e nesse ponto quem me inspirou foi a Professora Tânia, com a sua brilhante exposição - especialmente das relações de família, em qualquer área do Direito, quer seja na Magistratura, quer seja no Ministé-

rio Público, na Advocacia ou no Magistério: não estamos lidando com um problema jurídico mas, antes de mais nada, estamos lidando com um problema humano. Então, nós temos que buscar nas regras jurídicas a melhor solução para aquele problema humano, especialmente nas relações de filiação. Era só essa reflexão final que eu queria deixar.

Des. Sergio Cavalieri Filho

Confesso que não fiz, ainda, um estudo detalhado com relação ao novo Código Civil no Direito de Família e, por isso, as explicações de hoje me foram muito úteis e, ao mesmo tempo, me causaram certa perplexidade. Eu gostaria até de ouvir o pensamento das ilustres palestrantes. Ao longo do Código Civil, sempre se percebe uma linha, tanto no Direito das Coisas, como no Direito das Obrigações etc. No Direito de Família anterior ao que está no Código, tínhamos também uma certa linha, privilegiando um certo entendimento. Eu sinto que agora as coisas não ficaram assim muito definidas, pelo menos para mim, ou não estão. Eu gostaria de saber o que é que a Professora Heloisa pensa a respeito, e como é que vamos enfrentar essa questão.

Dra. Heloisa Helena Barboza

Desembargador, acho que a sua dúvida é de todo procedente - e foi um dos pontos que eu procurei indicar, depois de um estudo, principalmente da parte de Direito de Família, e em particular da relação de filiação: não se consegue sentir essa linha de orientação do Código. Como eu tentei especificar em matéria de filiação, qual é o critério de paternidade? São três os critérios. É o critério biológico que deve prevalecer, ou é o critério socioafetivo? Lembrando, por exemplo - a prevalecer, bem entendido, o projeto complementar - numa relação de filiação que tenha sido oriunda de uma inseminação heteróloga (quer dizer, o casal tem um filho com um doador), caso se permita a esse doador vir a contestar essa paternidade, dando-se

primazia ao vínculo biológico, ele desfaz uma paternidade já existente, e eu insisto: a figura do pai - e aí nós temos muito o que aprender com os psicólogos - é importantíssima para a formação da personalidade, para a identidade de cada um de nós; é a figura popular da proteção. Portanto, não se pode, de repente, desfazer uma relação de paternidade já existente, às vezes, há mais de uma década, para fazer prevalecer uma relação biológica. Principalmente o julgador, deve ter muita sensibilidade nessa hora para medir, contrabalançar esses valores que estão envolvidos porque, voltando ao início da pergunta do Des. Sergio Cavalieri, realmente o Código nos deixa numa certa instabilidade, ao ponto de que se esse projeto novo vier a ser aprovado, qualquer interessado pode impugnar uma paternidade. Quem é interessado para impugnar uma paternidade? Nós não podemos esquecer que, atrás de muitas discussões sobre paternidade, existem, na verdade, interesses econômicos, porque o estado de filiação está diretamente vinculado a questões patrimoniais graves, como as questões de sucessão.

Des. Sergio Cavalieri Filho

O Ricardo teve aí o privilégio de ressaltar que a Professora Kátia é Curadora da Vara de Família de que ele é titular. Isso me traz à memória uns tempos bastante felizes: eu era juiz de Fazenda Pública, ainda jovem, e tive o privilégio de ter uma jovem Curadora de Fazenda, que era a Professora Heloisa, e comecei a admirá-la pelos seus pareceres - todos nós juizes sabemos o que é um bom parecer, como ajuda, como contribui, e como não ajuda um mau parecer - e, com o tempo, aquilo que era uma vocação despontante, tornou-se essa realidade que deixa todos nós cheios de orgulho de vê-la atuando, não só no Rio de Janeiro, mas em todo o Brasil. E eu faria a ela, ainda, uma outra indagação: Professora, observa-se ao longo de todo o novo Código Civil o propósito de deixar ao juiz uma grande margem de respon-

sabilidade no julgamento, através das cláusulas abertas, das cláusulas gerais, boa-fé, função social etc. Essa incerteza com relação a uma certa linha a adotar - e ora é essa paternidade, ora aquela - será que não é também um propósito do legislador de deixar essa questão a ser resolvida, caso a caso, pelo juiz?

Dra. Heloisa Helena Barboza

A pergunta foi muito bem formulada e há uma tendência, vamos dizer assim, contemporânea, do legislador em usar para disciplinar assuntos controversos e de difícil solução, pela sua multiplicidade de possibilidades fáticas, as chamadas cláusulas gerais ou os conceitos indeterminados. Terá sido essa a intenção do legislador no Código Civil, no que pertence ao Direito de Família? Poderá até ter sido, e vai acabar sendo, como o senhor bem disse, porque na verdade a solução para todas as dúvidas que surgirão, certamente, na aplicação desses dispositivos, nós vamos buscar em conceitos, em cláusulas generalíssimas, digamos assim, que estão na Constituição Federal...

Des. Sergio Cavalieri Filho

A Sra. começou a falar dos princípios, não é?

Dra. Heloisa Helena Barboza

Exatamente, são os princípios que estão na Constituição Federal. Como é que o juiz vai decidir o que é melhor, por exemplo, numa determinada situação de estabelecimento de filiação com relação a uma criança? Em última análise, ele tem que sopesar, também, além do direito dos envolvidos, o melhor interesse da criança. Eu tenho até pensado e proposto o seguinte: em determinadas situações, num conflito entre uma paternidade biológica e uma paternidade socioafetiva já existente, como seria o caso (alguém já é pai há muitos anos, e de repente aparece o pai biológico: "olha, eu sou o pai, eu quero essa paternidade"), há de se considerar o que é melhor para a criança, principalmente.

Será que é bom para aquela criança, de repente, ver-se despojada daquela pessoa que foi, a vida inteira, pai para ela? Quer dizer, esses princípios, com certeza, trazem conceitos indeterminados e constituem cláusulas gerais que certamente serão aplicados.

Des. Sergio Cavalieri Filho

Eu gostaria, ainda, de fazer uma indagação à Professora Kátia. A Professora Kátia destacou que o novo Código Civil, como o antigo, nada fala sobre o restabelecimento do poder familiar. Mas, na projeção feita, se não me engano, verifiquei que, no caso de destituição de poder familiar, a criança pode ser colocada em família substituta. A colocação em família substituta, não tornaria incompatível a eventual possibilidade de restabelecimento do poder familiar?

Dra. Kátia Maciel

Sem dúvida, Desembargador, inclusive, essa premissa da possibilidade do restabelecimento está fulcrada, exatamente, no estabelecimento da relação jurídica continuativa. No caso de haver uma adoção posterior, não existirá mais a relação jurídica com a família biológica. Logo, por ser irrevogável a adoção, não há possibilidade de se restabelecer o poder familiar.

Dr. Ricardo Rodrigues Cardozo

Eu até tinha me dado por satisfeito, mas depois das indagações do Desembargador Cavalieri à Professora Heloisa me veio à mente, apenas a título de contribuição, um comentário sobre a parte prática, a vivência do juiz de família, e eu me coloco, nesse aspecto, como juiz de família há quase sete anos: talvez realmente, Professora Heloisa, o melhor seja deixar como essas cláusulas abertas, porque eu me vi, ao longo desse tempo, diante de casos em que eu não tinha o suporte legal e, ainda assim, deferi; já permiti que avô viesse questionando a paternidade de neto, já permiti, já julguei improcedentes pedidos em que eu tinha absoluta certeza

de que o pai biológico era o autor, mas que considerando a paternidade socioafetiva, o aspecto socioafetivo, o melhor para a criança era manter aquela situação. Então, talvez o melhor seja deixar até que o bom-senso do Magistrado possa dirimir isso, porque cada caso é um caso, do que nós ficarmos presos a dispositivos que nos limitam. Então, apenas a título de contribuição, é a experiência de um juiz de família diante de casos concretos. Apenas isso que eu gostaria de colocar.

Dra. Heloisa Helena Barboza

Se a direção da mesa me permite, eu fico até satisfeita de ter essa contribuição, que considero fundamental, do que é a realidade prática, porque o que nós verificamos, fazendo estudos doutrinários mais aprofundados - e isso já vem da doutrina alemã - é que exatamente o que se superou, hoje, foi a pretensão que houve, de uma época principalmente, digamos, do império do positivismo, de ter uma lei exaustiva, uma lei que fosse apta a disciplinar todas as hipóteses possíveis de serem verificadas, o que realmente era uma ambição muito grande, e as cláusulas gerais vêm permitir ao juiz dar esse real e atual conteúdo da lei.

Des. Áurea Pimentel Pereira

Antes de transmitir à Professora Heloisa, as perguntas que vieram do auditório, eu quero me permitir ouvir a opinião da Professora Tânia, a respeito de um dispositivo que foi transportado do Estatuto da Criança e do Adolescente para o nosso novo Código Civil, a respeito do qual eu tive sempre uma visão muito intransigente: o parágrafo único do artigo 1.622 repete o parágrafo 4º do artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente, permitindo que divorciados e os judicialmente separados possam adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visita e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado com constância da sociedade conjugal. Todavia, o artigo 1.625 do nosso novo Estatuto Civil é peremptório no sentido de dizer que

somente será admitida a adoção que constituir efetivo benefício para o adotando. Então, a minha indagação é a seguinte: onde estará o benefício de em um lar desfeito, em uma família desmornada, se permitir uma adoção?

Dra. Tânia da Silva Pereira

Eu acho que o fato de o casal estar separado, não significa necessariamente que tenha se desfeito esse laço de afetividade que exista com aquelas pessoas. De modo que, em nome do melhor interesse da criança, o fato de estar o casal separado, desde que estejam estabelecidas regras de convivência, seja como guarda compartilhada, ou mesmo num regime de visitação normal, é perfeitamente possível essa convivência. Mesmo que não exista mais uma relação de conjugalidade, mas exista amizade e respeito, e eu considero que o amor pelos filhos, sejam adotivos ou não, não se reduz pelo fato, pura e simplesmente, da separação.

Quando o art. 1.622, *caput*, estabelece que: “ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável”, quer dizer, se eles tiverem vivido em união estável, mas já estiverem separados, e tiverem um bom relacionamento, embora não previsto legalmente, nada impede que se estabeleça um regime de guarda e de convivência entre essas pessoas no que concerne aos filhos. Eu considero que existe um espaço, efetivamente, em nome da relação de carinho e de amor, para esse casal, mesmo que esteja separado possa prosseguir na adoção.

Eu queria, nessa oportunidade, lembrar que no nosso convênio do IBDFAM com o Fórum Permanente de Direito de Família, no dia 1º de novembro vamos discutir a maternidade no novo Código Civil e a legislação correlata, de modo que aqui na EMERJ vamos ter a honra em receber todos aqueles que tiverem interesse no assunto e queiram participar.

Des. Áurea Pimentel Pereira

Então, prosseguindo os debates, a primeira pergunta que é dirigida à Pro-

fessora Heloisa Helena, pela debatedora Regina Passos, juíza de São Gonçalo, é a seguinte: não seria uma limitação ao “cheque assinado em branco”, concedido ao marido na desistência da autorização para a inseminação heteróloga do artigo 1.597, a criação de um prazo decadencial curto?

Dra. Heloisa Helena Barboza

Olha, a idéia é a seguinte: eu acho que na hora em que o marido consente com a inseminação, ele assume uma responsabilidade; ele está no exercício de um direito constitucionalmente garantido, o direito ao planejamento familiar, no sentido de ter, constituir uma prole. Mas, nós não podemos esquecer que se esse marido – até na linha da pergunta que a Desembargadora formulou e que a Professora Tânia respondeu, como sempre, com muita perspicácia, com muita humanidade, no sentido da relação amorosa que pode ter-se constituído – se arrepende daquele seu ato, poderia se dar um prazo para ele revogá-lo no máximo até que a mulher engravide. Se ela engravidar, ele não poderia mais revogar, porque isso significaria dizer que aquela criança ficaria sem paternidade, inclusive a permanecer a idéia do sigilo com relação ao pai biológico, que efetivamente pai jamais deveria ser, porque o doador de sêmen quer tudo, menos ser pai de alguém – o que ele está fazendo é um ato de solidariedade, de colaboração com a solução de um problema alheio, mas efetivamente não se tem notícia de que algum doador tenha ido buscar o seu filho, embora até a possibilidade exista. Eu não sei se foi essa a pergunta, perdoe-me, mas dever-se-ia colocar uma limitação a essa possibilidade de ele se arrepender, digamos assim.

Des. Áurea Pimentel Pereira

A segunda pergunta, também para a Professora Heloisa, é da nossa colega, juíza Elizabete Aguiar, da 3ª Vara de Família de Duque de Caxias, que indaga: O projeto de Lei 6.960, referido pela palestrante, prevê alguma alteração

quanto ao prazo de 4 anos do artigo 1.614 do novo Código Civil, para que o filho possa impugnar a paternidade, considerando que, a nosso ver, houve tratamento desigual quanto à impugnação da paternidade pelo pai, marido, no artigo 1.601 do novo Código Civil?

Dra. Heloisa Helena Barboza

Prevê sim, pois ele tira o prazo, ele simplesmente não se refere mais a prazo algum. Ele mantém a redação, suprimindo a parte final, ou seja, o prazo fica em aberto, não há mais prazo. Apenas uma observação: o projeto é muito extenso, são vários artigos, e alguns deles, especificamente dessa parte que nós examinamos aqui rapidamente, são complexos, difíceis, são até, digamos assim, de benefício duvidoso. Mas algumas propostas são interessantes e vieram realmente preencher lacunas que haviam restado da redação original.

Des. Áurea Pimentel Pereira

A terceira pergunta: Professora Heloisa, como proceder diante do caso de um pai que trata os filhos da atual companheira com regalias, e diz que só dá uma vida digna para o seu primeiro filho se ele for morar com a nova família do pai, sabendo que todos os filhos têm o mesmo direito e que esse primeiro filho não desfruta de nenhuma dessas regalias?

Dra. Heloisa Helena Barboza

Que tratamento dar a esse pai? O princípio básico que orienta todos esses tipos de relação, é o princípio do melhor interesse. Se realmente ele dá essas regalias para os filhos da companheira e não dá para o seu primeiro filho, ele está fazendo chantagem material ou emocional com o primeiro filho. Se essa chantagem, me permitam aí a expressão, for de tal proporção que esteja causando um prejuízo para a criança, eu considero que cabem as medidas que o próprio Estatuto prevê, de chamar o pai. A autoridade para responder essa pergunta é a Dra. Kátia, especialista no

assunto. Mas o meu palpite, como leiga, é no sentido de que, se realmente essa discriminação, que ele está promovendo, está causando um malefício, o Estatuto tem algumas medidas para que se chame esse pai. Dever-se-ia ver se a discriminação é suficiente para motivar um procedimento para a aplicação de sanções administrativas, ou até penais. Eu não sei que tipo de discriminação, que regalia que ele está dando; será que ele está deixando o filho mais velho sem comer? Não sei...

Des. Áurea Pimentel Pereira

A seguinte pergunta, professora Heloisa, não está assinada pelo debatedor; ele indaga: o artigo 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90, prevê que a adoção rompe o vínculo do adotando com a sua família biológica, salvo para impedimentos matrimoniais. Esse dispositivo, além de fundamento moral, tem fundamento na preservação da prole, no aspecto biológico. O novo Código prevê a reprodução assistida heteróloga. Qual a opinião da palestrante a respeito da ausência de previsão legal semelhante ao artigo 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente, face ao fundamento biológico do dispositivo com relação à reprodução assistida heteróloga

do material? O anonimato do doador deve ser respeitado sempre?

Dra. Heloisa Helena Barboza

Se eu entendi bem a pergunta, ele quer saber se, na ausência de dispositivo expresso, o fato da reprodução heteróloga, por si só, rompe o vínculo biológico, o vínculo de parentesco, com o doador, que seria o pai biológico. Eu entendo o seguinte: a lei cria uma presunção de paternidade. Então, em princípio, o pai é o marido, por força do que está na lei. A sua pergunta, talvez, seja a seguinte: como a proposta de complementação do Código diz que os pais biológicos podem investigar, teoricamente o doador poderia vir investigar, porque efetivamente, não há nenhum dispositivo nesse sentido. Um desses projetos que eu mencionei, que disciplinam em particular a reprodução assistida, em todos os seus efeitos, especialmente jurídico, diz expressamente, na última versão, que é o Projeto de Lei 90, que não surge vínculo de parentesco entre o doador e o filho – quer dizer, assim se resolveria esse problema. Mas, na ausência, e principalmente se passar o projeto, nós vamos ficar com esse risco e que, na prática, vai ser de difícil verificação, mas nunca se sabe o que vai no coração humano ... 