

1 INTRODUÇÃO

Primeiramente, antes de qualquer coisa, é necessário salientar o quanto o presente trabalho é controvertido tanto por parte da jurisprudência como por parte da doutrina pois, ainda não é pacífico o posicionamento da justiça brasileira quanto a adoção realizada por um casal homoafetivo.

O tema aqui abordado é de suma importância visto que, amparado pelos preceitos constitucionais e pelo princípio da igualdade se faz necessário e urgente reconhecer a união de pessoas do mesmo sexo como uma entidade familiar capaz de realizar o ato de adoção.

Além dos princípios supracitados é importante destacar, também, o objetivo fundamental da república qual seja, construir uma sociedade justa, livre de preconceitos e solidária de forma que, assim, sejam assegurados certos direitos a todos.

Este tema teve como base as modificações graduais que vem ocorrendo na sociedade contemporânea. Hoje, o modelo patriarcal, que possui a figura do homem como chefe de uma família, por exemplo, não é a forma mais predominante. Pode-se encontrar, muito facilmente, famílias formadas apenas por um pai ou pela mãe, por avós e assim em diante.

Nesse ínterim é que os casais homoafetivos buscam perante a justiça a equiparação de sua união ao conceito legal de formação de família para que possuam os mesmos direitos que os casais e famílias de formação heteroafetiva.

Procurou-se mostrar neste trabalho, que a união homoafetiva deve sim ser reconhecida como uma entidade familiar para eu se possa conceder, dentre outros direitos, o direito de adotar. Serão, ainda, demonstrados, os casos em que se dá a chamada adoção conjunta como também as dificuldades encontradas pelos casais homoafetivos na e conquista desse direito.

Para elaboração do presente trabalho foram utilizadas doutrinas, artigos e materiais que tratam da união homoafetiva e seus direitos e consequências.

O método científico usado foi p hipotético-dedutivo, cujo qual a hipótese foi analisada e debatida, e tendo como base a utilização de fontes documentais bem como jurídicas e pesquisas acerca da adoção por casais homoafetivos com o objetivo de confirmar as hipóteses levantas no decorrer do trabalho.

Assim, no capítulo primeiro, será analisada a evolução da entidade familiar, trazendo as generalidades da história e conceitos que tratem deste instituto.

O capítulo seguinte trata da união homoafetiva como sendo uma entidade familiar e seu reconhecimento constitucional. Pois, é através da aplicabilidade dos princípios constitucionais que se busca estabelecer que a união entre pessoas do mesmo sexo se assemelha em tudo à união de pessoas de sexo oposto, a começar por pautar-se, também no amor e no afeto tal qual a união heterossexual.

No terceiro capítulo, analisa-se a adoção de crianças por casais homoafetivos. Diante do tema, será realizado uma abordagem sobre o histórico do trato legal das crianças no Brasil e como a legislação pátria os observava e tutelava bem como o que mudou após a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente.

No mesmo capítulo foram estabelecidas algumas considerações sobre a adoção por casais homoafetivos enquanto entidade familiar, uma vez que não existe amparo legal que impeça tal ato.

Ao fim, é imperioso destacar o questionamento de que se não há texto legal que impeça a adoção por casais homoafetivos, porque que na prática é tão complicado e difícil conseguir tal direito?

Desta forma, é necessário observar também a forte influência da Igreja como real grupo de pressão e combate das minorias sexuais e sua forte influência na sociedade. Será analisado o posicionamento do Judiciário acerca das questões que tratam dos direitos dos homossexuais.

2. EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA

2.1 Conceito

O conceito da entidade “familiar” nunca foi uníssono dentro da antropologia, da sociologia bem como, inclusive, dentro do próprio direito de família. O conceito familiar, *strito sensu*, por exemplo, pode ser visto no art. 47, III, do Código Civil de 2006, que restringe o conceito de família aos pais e filhos.

Contudo, a exemplo da Lei nº 8.245/91 – Lei do Inquilinato, a noção do conceito de família recebe um alargamento de natureza econômica ao passo que protege como sucessores da pessoa do locatário indivíduos que residam no imóvel e que eram economicamente dependentes do falecido (VENOSA, 2010, p.15).

(...) família é uma realidade sociológica e constitui a base o Estado, o núcleo fundamental que repousa toda a organização social. Em qualquer aspecto que é considerada, aparece a família como uma instituição necessária e sagrada, que vai merecer mais e mais ampla proteção do Estado. A Constituição Federal e o Código Civil a ela se reportam e estabelecem a sua estrutura, sem, no entanto, defini-la, uma vez que não há identidade de conceitos tanto no direito como na sociologia. Dentro do próprio direito a sua natureza e a sua extensão variam, conforme o ramo. (GONÇALVES, 2009, p.1)

O direito civil atual passou a considerar os membros da família as pessoas unidas por uma relação conjugal ou pessoas ligadas por parentesco, o que já é definido por força de lei e neste caso aquelas relações que estão ligadas por afeto são as relações que passaram a receber atenção para fins de entendimento para conceituar o que vem a ser família, realmente.

O direito de família estuda, em síntese, as relações das pessoas unidas pelo matrimônio, bem como daquelas que convivem em uniões sem casamento; dos filhos e das relações destes com os pais, da sua proteção por meio da tutela e da proteção dos incapazes por meio da curatela. (VENOSA, 2010, p.16)

Desta maneira, passa-se, então, a regular as relações patrimoniais, assistenciais e pessoais entre aqueles que fazem parte da família. O direito brasileiro de família tem um forte caráter ético-moral e tem no casamento o

importante instituto de formação da família, embora as uniões sem que haja o casamento de fato venham ganhando cada vez mais um espaço importante e afetando, assim, o que vem a ser o verdadeiro núcleo de uma família moderna.

Sobre o tema, Sílvio Rodrigues aduz que:

Num conceito mais amplo poder-se-ia definir a família como a formada por todas aquelas pessoas ligadas por um vínculo de sangue, ou seja, todas aquelas pessoas provindas de um tronco ancestral comum; o que corresponde a incluir dentro da órbita da família todos os parentes consanguíneos.

Logo, essa avaliação de forma ampla e generalizada compreende-se os ascendentes, descendentes e colaterais. O cônjuge, em que pese não ser considerado um parente, também está incluso no conceito de família.

Por outro lado de forma mais restrita, entende-se como família apenas o núcleo formado pelos pais e por seus filhos cujo quais possuem o pátrio poder (RODRIGUES,2007, p.5). É importante destacar pois, Constituição Federal de 1988, no seu artigo 226, § 4º, regulamenta a família monoparental, como é aquela constituída apenas por um dos pais e por seus descendentes, a saber *ipsilitteris* : “ Entende-se também, como entidade familiar a comunidade familiar formada por qualquer dos pais e seus ascendentes”.

Num estudo de cunho sociológico Silvio Venosa (2010, p.8) percebeu que a sociologia empestou a sua definição de família, no qual explica que família é a junção de pessoas que vivem sob o mesmo teto, onde alguém mantém a autoridade. É o conceito herdado do direito romano, onde a figura do *pater familias* é bastante salientada.

Todavia, a concepção de família nas sociedades ocidentais tem afastado gradativa e consideravelmente a ideia de supremacia e poder de um integrante da família em detrimento dos outros, igualando, assim, o direito de todos os familiares.

2.2 Breve Considerações Históricas

Com o passar do tempo, a definição, a compreensão e até mesmo a extensão do que vem a ser “família” tem sido modificado. Atualmente, a família deve ser sobretudo analisada sob a ótica sociológica, na mais sendo sua interpretação restrita ao ponto de vista jurídico.

Nas sociedades arcaicas e nas tribos primitivas não se estabeleciam sob relacionamentos individuais, fazendo com que os integrantes desta sociedade ou desta tribo passassem a realizar o chamado fenômeno da “endogamia” que nada mais é do que as relações sexuais entre todos os membros da tribo ou sociedade e, dessa forma, não tinha como identificar quem eram os pais, o que fez com que a família, nesta época, tivesse um caráter matriarcal.

Após isso, caminhou-se para as relações individuais, principalmente no período pós-guerra, o que não significa dizer, segundo (ALMEIDA NETO, 1999, p.84) que não mais haja sociedades que permitam a poligamia.

[...] nessas sociedades, aqui chamadas arcaicas, o indivíduo submerge no grupo e a família está necessariamente à reprodução biológica e social da espécie – até porque é pouco provável que, à época, houvesse métodos anticoncepcionais eficazes, [...] muitas dessas sociedades são polígamas e via de regra facultam o divórcio, principalmente nos casos em que há consentimento mútuo, não havendo um controle extremado, do casamento e da família a partir de uma perspectiva estritamente religiosa, que defende a exclusividade e a indissolubilidade do vínculo conjugal como imperativos divinos. A carne ainda não era um pecado e o gozo sexual geralmente não era concebido como incompatível com as normas que regiam as relações familiares. Vai ser com o advento e a expansão do cristianismo que a humanidade realizará uma expressiva transformação nas formas de concepção da família, do casamento e das razões que levam os homens e as mulheres a se escolherem como parceiros afetivo-sexuais. (ALMEIDA NETO, 1999, p.85)

Já em Roma havia a figura do *pater familias* o qual exercera um supremo e absoluto poder em relação a mulher e aos filhos e escravos. Tanto em Roma, no direito romano quanto na Grécia Antiga a família não tinha o afeto como o elo mais forte entre os membros daquela família. O elo que unia estes era advindo da religião e do culto aos seus antepassados, conforme lecionou (GONÇALVES, 2009, p.15).

Com o Imperador Constantino, a partir do sec IV, instala-se no direito romano a concepção cristã de família, na qual predominam as preocupações de ordem moral. Aos poucos foi a família evoluindo no sentido de restringir progressivamente a autoridade do *pater*, dando a maior autonomia à mulher e aos filhos, passando estes a administrar os pecúlios castrenses. (PEREIRA, 2009, p. 26-27)

No âmbito do casamento, os romanos entendiam que o afeto era necessário tanto no momento da celebração, mas enquanto este perdurasse. Assim, a falta de convivência e o desaparecimento do afeto eram motivos suficientes para o fim do casamento.

Os canonistas, entretanto, se opunham ao fim do casamento, do vínculo em si, vez que para estes, o casamento era sacramentado não podendo ser jamais dissolvido o que Deus uniu. (GONÇALVES, 2009, p.16).

Na Idade Média, as relações familiares eram regidas somente pelo direito canônico, assim, o casamento religioso era a única forma de casamento reconhecida. Em que pese a normas do direito romano ainda terem forte influência no âmbito do direito patrimonial no que diz respeito aos cônjuges, percebe-se que diversas regras do direito germânico têm crescendo fortemente. (GONÇALVES, 2009, p.16)

Por um longo período da história, inclusive na Idade Média, o instituto do casamento não possuía conotação afetiva. Era apenas um dogma da religião. Com o cristianismo o casamento passou a ser visto como um sacramento, fazendo que a comunhão espiritual entre os cônjuges tivesse maior relevância, vez que para a igreja, a família era a sua “ célula básica”.

Segundo Silvo Venosa:

a ciência do direito demonstrou nos últimos séculos o caráter temporal do casamento, que passou a ser regulamentado pelo Estado, que o inseriu nas codificações a partir do século XIX como baluarte da família. (VENOSA,2010, p.18)

Com a decadência da sociedade feudal e ascensão da sociedade burguesa como a classe dominante acarretou mudanças significativas nas representações relativas ao casamento, ao amor, e principalmente a família, primeiramente na Europa e depois em todo ocidente e em contrapartida, houve um enfraquecimento do poder de influência da doutrina cristã.

Se durante séculos, houve uma luta dos teólogos cristãos para poder impor suas concepções acerca da família, do casamento, da sociedade, estes novos teólogos cristãos passam por um processo de luta contra a perda dessa hegemonia. (ALMEIDA NETO, 1999, p. 89).

A revolução industrial permitiu o ingresso da mulher no mercado de trabalho e conseqüentemente a família patriarcal perdeu força e notoriedade, o que fez com que a afetividade nas relações de famílias passasse a ser mais enaltecida.

Ainda que a legislação condenasse vínculos extraconjugais, novas uniões começaram a aparecer fora da chancela do Estado. Pessoas que deixaram outras famílias passaram a construir novas famílias e, assim, surgiu estruturas novas de convívio e estas passaram a buscar no Poder Judiciário a tutela do jurisdicional e estatal.

com a industrialização, a família perde sua característica de unidade de produção. Perdendo seu papel econômico, sua função relevante transfere-se a âmbito espiritual, fazendo-se da família na qual mais se desenvolvem os valores morais, afetivos, espirituais e de assistência recíproca entre seus membros. (ALMEIDA NETO, 1999, p.93).

É bem verdade que o tradicional modelo patriarcal e hierárquico de família vem se desestabilizando com o passar dos tempos. Ainda que não haja uma real legitimidade estatal e jurídica do Estado, novos tipos de união começam a surgir e ganhar espaço na sociedade e conseqüentemente a pequenos passos, no âmbito jurídico.

O direito se viu obrigado a se atualizar para acompanhar a nova demanda da sociedade. Dessa maneira, surgiu a Lei do Divórcio, por exemplo, e por este motivo a Constituição de 1988 passou a recepcionar a igualdade de direitos entre os cônjuges e a união estável. (YANAGUI, 2005, s\p).

Começou, então, uma gradual transformação no núcleo familiar quando da passagem da economia essencialmente agrária à economia industrial. Com a industrialização dos centros urbanos, houve, em contrapartida, um aumento na saída de pessoas em direção à zona rural.

As famílias que antes eram numerosas passaram a diminuir de tamanho e além disso, por causa de problemas de ordem social, como violência e desemprego, por exemplo, muitas pessoas passaram a não mais constituir famílias e começaram

a viver sozinhas ou simplesmente passaram a dividir o lar com familiares ou até mesmo amigos. (MASCHIO, 2010, p.27)

Diante desta realidade, a família não mais tinha um chefe, não possuía mais uma pessoa com autoridade sobre os demais membros da família. Com a inserção da mulher no mercado de trabalho e a melhora na condição de vida fez com que houvesse uma longevidade nas gerações e estas passaram a conviver concomitantemente.

Com esta nova posição de formação de famílias, o divórcio também aumentou como consequência direta dos conflitos gerados por conta da nova posição social de cada cônjuge. (RODRIGUES,2007, p.339).

No tocante à legislação pátria, não havia previsão legal no Código Civil de 1916 quanto as relações extramatrimoniais, havendo sim uma punição a estas.

Somente a família em seu molde tradicional de formação era reconhecida e tutelada pelo Estado, fazendo com que as demais uniões fossem marginalizadas da sociedade. (FONTANELLA,2009, p.543)

Anteriormente à Constituição de 1988, a família caracterizava-se tão somente se fosse enquadrada nas regras estabelecidas pelo Código Civil de 1916. O casamento neste contexto histórico, era entendido, segundo Pontes de Miranda da seguinte maneira:

[...] o contrato social, pelo qual duas pessoas de sexo diferentes e capazes, conforme a Lei, se unem com o intuito de conviver toda existência, legalizando por ele, a título de indissolubilidade do vínculo, as suas relações sexuais, estabelecendo para seus bens, a sua escolha ou por imposição legal, um dos regimes regulados no Código Civil, e comprometendo-se a criar e educar a prole que de ambos nascer. (MIRANDA 2011, p.96)

O momento histórico que antecede o ano de 1988 o chefe da família exercia o poder tanto sobre a mulher quanto sobre os filhos. É importante salientar que até meados da década de 60, a mulher não podia, sem que o marido autorizasse, repudiar ou aceitar herança, aceitar a tutela, ou qualquer outro múnus público, ao podia também entrar em litígio cível ou comercial e contrair obrigações, por exemplo.

Esta situação somente se alterou com o estatuto da mulher casada que iniciou a democratização da sociedade conjugal. Tal processo foi concluso com o

advento da Carta Política de 1988, quando surgiu o reconhecimento da igualdade entre os cônjuges, entre mulheres e homens. (FONTANELLA,2009, 547).

Com tamanhas transformações, o casamento já não era mais o sustentáculo da unidade familiar, uniões sem o matrimônio começaram a ser regulamentadas e reconhecidas tanto na esfera social quanto na esfera jurídica.

Famílias que eram formadas por apenas uma pessoa, as chamadas monoparentais, passaram a ser legalmente aceitas. A noção de família moderna traz um controle de natalidade que resta por desembocar em um fator histórico chamado de imigração étnica, dando origem a novos núcleos de famílias e com novas concepções de valores, a indissolubilidade do casamento não é mais princípio absoluto. (MASCHIO 2008, p.67)

Na atualidade, a Constituição Federal reconhece como entidade familiar a família formada e constituída através do casamento civil, a derivada da familiar aquela constituída pela relação estável entre homem e mulher e a comunidade formada por qualquer um dos pais se seus filhos, conforme artigo 22, § 1º a 4º da Carta Magna e artigo 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

[...] o modelo de família por homem e mulher, casados civil e religiosamente, e eleitos reciprocamente como parceiros eternos e exclusivos a partir de um ideal de amor romântico, que coabitam numa mesma unidade doméstica e que reproduzem biologicamente com vistas á perpetuação da espécie, ao engrandecimento da pátria e à promoção da fidelidade pessoal dos pais não esgota o entendimento do que seja uma família. Da mesma forma, sociólogos, antropólogos, historiadores, cientistas políticos sistematicamente tem demonstrado que as noções de casamento e amor também vêm mudando ao longo da história ocidental. (ALMEIDA NETO, 1999, p.39)

Villela (1999, p.18-19) ensina que, durante muito tempo a noção de família foi intensamente permeada por aqui que de fato ela não é, ou seja, a sua essência foi tomada por aquilo que se diz ser o politicamente correto tentaram fazer dela. O chamado direito de família é como se fosse uma versão da família, ou seja, um construto de forma elaborada sob a filtragem política que serve a sociedade.

Lentamente, a família vem retomando o processo de reconquista de uma identidade que fora perdida, retomando a forma de ser centro do amor, afeto e companheirismo, assim:

as relações familiares que se desenvolvem contemporaneamente são mais autênticas, porque os membros sabem que possuem respaldo na Constituição Federal do seu país pela escolha livremente feita. Consequentemente, o ambiente familiar propende tornar-se mais harmonioso e feliz. Esta felicidade será refletida nas relações sociais. (OLIVEIRA, 2012, p.229).

Contudo, mesmo a frente da interpretação do supracitado doutrinador, a família ainda está por encontrar o seu lugar, por conta da ruptura do conceito de família até então aceita e existente, qual seja o modelo de família, seja ela matriarcal ou patriarcal. Mas mesmo a família não tendo, a rigor, reencontrado o seu novo papel, é possível afirmar, que este papel é antes de tudo o de apoio afetivo, moral e emocional dos membros de uma família.

O afeto passa a ter um maior espaço a partir do momento que os indivíduos percebem a nova forma de melhor viver, assim:

[...] a afetividade, traduzida no respeito de cada um por si e por todos os membros a fim de que a família seja respeitada em sua dignidade e honorabilidade perante o corpo social é, sem dúvida, uma das maiores características da família atual. (OLIVEIRA, 2012, p. 233)

Cabe ressaltar, que onde quer que haja pessoas unidas pelos laços de afeto, haverá ao final uma formação de família.

Com isso, nasce uma total repaginação de concepções, havendo, então, uma extensão do conceito de família, sendo que a liberdade sexual é sem dúvida alguma um fator que muito tem contribuído para o nascimento de um novo perfil de família.

Percebe-se, então, que com o passar dos anos surgiu como forma de vínculo de filhos e pais infinidades de combinações familiares advindas da moderna concepção de família, em especial as relações e uniões homoafetivas.

Logo, como a estrutura basilar da família sofreu alterações, também, é necessário que a legislação acompanhe as inovações da sociedade para que a família continue sendo tutelada, bem como seja reconhecido todos os modelos familiares que venham a surgir, em especial as famílias formadas por casais homoafetivos.

A constitucionalização de variadas entidades familiares, na Lei Maior de 1988 é um pressuposto do Estado Democrático de Direito, o qual possui como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana.

Para que haja um melhor entendimento do que vem a ser a família, na sua forma atual, se faz necessário fazer uma superficial abordagem sobre a sua natureza jurídica.

2.3 Natureza jurídica

No tocante a sua natureza jurídica, existem duas posições na doutrina que proporcionam uma melhor forma de conceituar a família.

A primeira corrente defende a ideia que atribui à família uma personalidade jurídica. Para os defensores desse posicionamento, a família é uma pessoa jurídica pois, possui poder bem como direitos patrimoniais, extrapatrimoniais e possui nome, por exemplo. Esta posição já fora superada por conta da falta de precisão conceitual. (VENOSA, 2010, p.20).

No direito pátrio, a família não deve ser considerada como uma pessoa jurídica vez que falta capacidade e aptidão para que possa gozar dos direitos e obrigações bem como as pretensões do direito imaterial a ela ligado, o nome e o poder familiar, por exemplo, não são nada mais que direito inerente aos membros de uma família da mesma forma ocorre com os direitos patrimoniais. (VENOSA, 2013, p.25).

É oportuno dizer que a personalidade jurídica, no ordenamento jurídico brasileiro, vem da lei, pois é o Código Civil em seu art. 16, que confere a algumas entidades uma legitimidade para ser titular tanto de direitos como de obrigações na seara cível. Desta forma, para possuir personalidade jurídica é necessário cumprir as exigências e formalidades estipuladas em lei, que por sua vez, está, não incluiu a família no rol de pessoas jurídicas.

Assim, não é a família em si que é detentora titular de direitos e obrigações, mas sim seus membros que a formam, de maneira individualizada.

Por outro lado, a corrente majoritária, que não é homogênea, tem família como sendo uma instituição. Para esta corrente, a família é uma coletividade que está subordinada à autoridade e as condutas ditadas pela sociedade.

Nesse ínterim, família é a união de uma associação de pessoas, que se vale à sociedade para que possa regulamentar a procriação e a educação dos filhos. (DINIZ, 2010, p.17).

Veç que foi analisada a natureza jurídica da família, cabe realizar uma análise acerca de uma nova forma de família, qual seja a homoafetiva, onde os laços de união são formados por pessoas do mesmo sexo.

2.4 Função da Família

Atualmente, não cabe mais tratar de família de um modo geral, vez que existem variados tipos de família, e cada uma delas possui características diferenciadas entre si e não mais seguindo um modelo pré-estabelecido.

De acordo com Carlos Alberto Bittar, a família é tida como uma célula vital na estrutura e formação de uma sociedade, o referido doutrinador aduz que:

[...] tem na família a célula vital do organismo social, merecendo as relações delas decorrentes a regulamentação especial, no direito de família, com objetivos já assinalados. [...] observa-se que no casamento não é, nos dias que correm, a única fonte geradora de família, a ela equiparando-se tanto a união estável quanto a família monoparental. (BITTAR, 2006, p.56)

Arnaldo Rizzato afirma que a família conseguiu autonomia bem como liberdade para pode se organizar e escolher o melhor modo de vida que se adapte a sua realidade, não admitindo interferência de terceiros essa relação familiar:

realmente, desde que não afetados os princípios de direito ou o ordenamento legal,  família reconhece-se a autonomia ou liberdade na sua organização e opções de modo de voa, de trabalho, de subsistência, de formação moral, de credo religioso, de educação dos filhos, de escola, de domicílio, de decisão quanto à conduta de costumes internos. Não se tolera ingerência de estranhos – quer de pessoas privadas ou do Estado – para decidir ou impor no molde de vida, nas atividades, no tipo de trabalho e de cultura que decidiu adotar a família [...] (RIZZATO, 2011, p. 137)

Frente ao estudo realizado neste capítulo, percebe-se o surgimento de novos modelos familiares que foram surgindo paulatinamente e que hoje constitui uma diversidade no modelo de formação de família.

É nesse contexto que surge um novo modelo familiar, o que decorre da união de pessoas do mesmo sexo, com o objetivo de formar uma família que será construída por adoção.

3 RECONHECIMENTO CONSTITUCIONAL DOS CASAIS HOMOAFETIVOS ENQUANTO ENTIDADE FAMILIAR

3.1 Das Garantias dos Direitos e Princípios Fundamentais

Antes de se aprofundar no tema específico deste capítulo é necessário distinguir o que são princípios e direitos fundamentais, vez que tal diferença servirá de base para o desenvolvimento teórico deste trabalho.

Primeiramente, é preciso realizar a classificação dos direitos fundamentais que estão inseridos ao longo da história da construção da legislação brasileira. Desta forma, é necessário frisar que a criação de um mercado a nível mundial e o processo de universalização dos direitos humanos são eventos totalmente interligados uns aos outros. (TOSI *apud* NEVES, 2009, p.27).

Com a ideia da Revolução Francesa do sec XVIII, foi estabelecido três pilares dos direitos fundamentais, que são: liberdade, igualdade e fraternidade. Tais valores representam uma tríplice geração de direitos. Logo, é possível perceber que se rompe a universalização abstrata do jusnaturalismo presente nos séculos XVII e XVIII para que se adentre em uma universalidade de forma concreta.

Nesse interim, Direitos Humanos de Primeira Geração passam a ser aqueles que explicitam o valor da liberdade, no tocante as liberdades públicas, bem como aos direitos políticos. (LENZA, 2010, p.696). Estes direitos são os primeiros a estarem presentes no documento constitucional, sendo eles os direitos civis e políticos. (BONAVIDES, 2009, p.563).

As revoluções da burguesia constantes dos séculos XVII e XVIII influenciaram quanto ao desenvolvimento do direito à liberdade, como a Constituição de 1215 que fora assinada pelo rei “João Sem Terra”, o Habeas Corpus Act, o Bill of Rights, a Paz de Westfália, e as Declarações Francesas e Americanas. (LENZA, 2010, p.696).

Assim, os chamados direitos de primeira geração, tem como titular o indivíduo que se opõe ao Estado, que se traduz nas faculdades dos indivíduos. Assim, os direitos de resistência e de oposição a intervenção estatal na vida pessoal dos indivíduos passa a ter um *status* de direito negativo.

Deste modo, segundo o doutrinador Bonavides, “são por igual direitos que valorizam primeiro o homem-singular, o homem das liberdades abstratas, o homem

da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil, da linguagem jurídica mais usual. (BONAVIDES,2009, p.564).

Como visto, os direitos da primeira geração dominaram o século XIX os chamados direitos de segunda geração passaram a dominar o século XX, tendo como fator marcante para seu nascimento a Revolução Industrial, pois, as precárias condições de trabalho fez surgir direitos que deram maior relevância a cultura, ao social, e a economia sendo embutidos no valor de igualdade (LENZA, 201, p.697).

Com o advento dos direitos de segunda geração, nasceu a consciência de não somente proteger o indivíduo, mas dar proteção também as instituições. Assim, as instituições eram:

[...] uma realidade social muito mais rica e aberta á participação criativa e à valoração da personalidade que o quadro tradicional da solidão individualista, onde se formara o culto liberal do homem abstrato e insulado, sem a densidade dos valores existenciais, aqueles que unicamente o social proporciona em toda plenitude. (BONAVIDES, 2009, p. 565).

Com isto foi criada as garantias institucionais que são aquelas que tem como direito um objeto específico, assim, o direito tomou um rumo de mais objetividade deixando de lado os direitos de caráter abstrato da primeira geração.

Já no fim do século XX surgiram e se concretizaram os direitos da terceira geração, cujo o qual não considera o homem como um ser individualizado, mas passando a considerar toda a coletividade e desta forma foram disseminados os valores da solidariedade (LENZA, 2010, p.697). Este direito da terceira geração é destinado ao gênero humano em toda sua coletividade tendo como temática à proteção aos consumidores, ao meio ambiente e a paz, por exemplo.

Com todo esse surgimento de direitos e suas transformações os direitos fundamentais também passaram por um processo de modificação, fazendo com que surgisse o os Direitos Humanos da Quarta Geração, que segundo leciona BONAVIDES:

não somente culminam a objetividade do direito das duas gerações antecedentes como absorvem-se, todavia, removê-la a subjetividade dos direitos individuais, a saber, os direitos da primeira geração. Tais direitos sobrevivem, e não apenas sobrevivem, senão que ficam opulentados em sua dimensão principal, objetiva e axiológica, podendo, doravante, irradiar-se com a mais subida eficácia normativa

a todos os direitos da sociedade e do ordenamento jurídico.
(BONAVIDES, 2009, p.572)

Assim, a fusão desses direitos abarca sua tutela para a cidadania e para as premissas de liberdades de todos os povos.

O direito até sua terceira geração abriu o caminho para uma nova ideia de universalidade de direitos tidos como fundamentais, diferenciando-se do sentido abstrato que teve a Declaração dos Direitos do Homem de 1798. Neste interim, formou-se uma nova concepção “que não exclui os direitos de liberdade, mas primeiro os fortalece com as expectativas e pressupostos de melhor concretizá-los mediante a efetiva adoção dos direitos da igualdade e da fraternidade” (BONAVIDES, 2009, p.573)

E a partir desta universalização, surgiu a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1984 que tratava o homem como um ser único, sem distinções entre si, logo, surge a ideia de que todos são iguais.

Muito embora tenha ocorrido toda essa evolução, as diferenças culturais fizeram com que fosse notado que esta concepção de igualdade não fosse a mais viável “uma vez que o não-reconhecimento das identidades pode vir a justificar um universalismo homogeneizante que reprime os grupos minoritários e desconsidera a exclusão social (CYFER *apud* ALMEIDA e PERRONE-MOISES (org.)2007, p.15).

Entretanto, quanto ao reconhecimento e a tutela internacional dos direitos humanos da minoria sexual, adotou-se técnica de resgate da universalidade ética, no sentido de concretizar princípios gerais calcados na legislação estrangeira que já está vigorando bem como modificar o foco da normatividade para a efetividade dos direitos.

É neste sentido que o ilustre doutrinador Norberto Bobbio aduz

[...] o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados. (BOBBIO, 2004, p. 45).

A partir de então, especialistas o assunto se reuniram na Universidade de GadjahMada em Yogyakarta na Indonésia em novembro de 2006, na ocasião foram adotados os Princípios de Yogyakarta sobre a Aplicação da Legislação Internacional de Direitos Humanos em relação a Orientação Sexual e Identidade do Gênero.

Por descenderem de tratados bem como convenções internacionais já ratificados por grande parte da maioria dos países, os princípios supracitados têm força de norma internacional vinculante que devem ser obedecidos por todos os Estados.

Após esta breve elucidação, se faz necessária estabelecer diferenças entre o que vem a ser princípios, garantias e direitos fundamentais.

Os princípios fundamentais com base nos ensinamentos de José Afonso da Silva (2009, p. 95), constituem daquelas “decisões políticas fundamentais que o constituinte acolheu no documento constitucional”. Dessa maneira, os princípios fundamentais se tornaram as opções políticas que foram as escolhidas pelo legislador que passou, então, a integrar o Direito Constitucional Positivo

Os direitos constitucionais positivos podem ser encontrados na Constituição atual dos artigos 1º ao 4º e possuem, basicamente, a função de organizar todo o ordenamento jurídico, fazendo com que este tenha coerência para ser utilizado.

Quanto aos direitos e garantias fundamentais, é possível perceber que seus conceitos são muito próximos, tendo uma linha tênue de diferenciação entre si. Segundo Pedro Lenza (2010, p.695), “os direitos são bens e vantagens prescritas na norma constitucional, enquanto as garantias são instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos aludidos direitos (preventivamente) ou prontamente os repara, caso violados”. Logo, as garantias são o método pelo qual os indivíduos possam se valer e efetivar seus direitos fundamentais.

Nesta mesma seara, Jorge Miranda (*apud* BONAVIDES) salienta:

assim, os direitos representam por si só certo bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos principais, as garantias acessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objeto de regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas inserem-se direta e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas projetam pelo nexos que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se. (BONAVIDES, 2009, p.528)

Em que pese o *caput* do artigo 5º da Carta Política explanar que tais direitos e tais garantias são destinados aos brasileiros bem como aos estrangeiros que residem no Brasil, há de se recordar que tais direitos são também destinados aos estrangeiros não residentes no Brasil e às pessoas jurídicas.

Quanto ao tema, o Supremo Tribunal Federal decidiu que “direitos tais como o direito à vida, à integridade física, à moral, à intimidade, à liberdade ideológica etc. pertencem aos estrangeiros por expressa previsão constitucional, não sendo possível um tratamento desigual em relação aos nacionais. (LLORENTE, 1995, *apud* MORAES, 2010, p.83).

Porém, não é somente àqueles estrangeiros em trânsito no país que a tutela é estendida, de igual forma as pessoas jurídicas são beneficiadas por tais garantias e direitos pois, se pode reconhecer às associações o direito a existência, por exemplo, de nada adiantaria se fosse possível excluir todos os seus demais direitos.

Ao fim, vale ressaltar aqui que a universalidade é uma característica das garantias e direitos fundamentais vez que se destinam a todos os indivíduos de maneira indistinta. Ainda há a limitabilidade que a depender da circunstância poderá ser relativizada quando entrar em divergência com outras garantias e direitos fundamentais nesse diapasão deve-se fazer uma compatibilidade entre aqueles direitos ora conflitantes de maneira que possa existir a maior efetivação destes. (MORAES, 2000, p. 46).

E em havendo esta compatibilidade os direitos e garantias fundamentais podem e devem ser utilizados concomitantemente em algumas situações e é neste ponto que se observa o instituto da irrenunciabilidade pois, tais direitos são irrenunciáveis.

Outra característica desses direitos e garantias é a inalienabilidade pois, não possuindo valor econômico tornam-se indisponíveis. E por último, mas não menos importante a imprescritibilidade pois, já é sabido que o fato de não ter se valido de algum direito ou garantia em um determinado lapso temporal ele será prescrito, ou seja, eles sempre serão passíveis de serem exercidos.

3.2 O direito fundamental da sexualidade

Frente a todos os direitos assegurados pelo ordenamento jurídico aos seres humanos está o direito à sexualidade e este também está assegurado a todos os indivíduos vez que ela é condição necessária da própria existência humana, tanto de maneira individual quanto de maneira universalizada.

De acordo com Maria Berenice Dias (2009, p.793) “ninguém pode realizar-se como ser humano se não tiver assegurado o respeito ao exercício de sua sexualidade [...]”.

Ainda, sob a lição da supracitada doutrinadora, possível dividir a concepção de sexualidade em liberdade à livre orientação sexual bem como em liberdade sexual. Como foi mostrado neste trabalho, anteriormente, os direitos fundamentais dividiu-se em gerações e o direito a sexualidade se fez constar em três destas gerações.

A liberdade sexual se enquadra nos direitos de primeira geração vez que se trata de um direito inerente ao ser humano e, assim, por sua vez, é imprescritível e inalienável. Tal ideia atinge também o direito ao tratamento de maneira igual e que independa da orientação sexual do indivíduo.

Desta forma, é possível perceber que todos possuem o direito de praticar e exercer a sua sexualidade sem restrições e de forma plena.

Por outro lado, o direito à livre orientação sexual se encaixa nos direitos de segunda geração uma vez que os homossexuais acabam por fazer parte de um grupo hipossuficiente em relação a outros grupos da sociedade. Ao falar de hipossuficiência não se tem a de ordem financeira, mas de ordem jurídica e social logo, se faz necessário um tratamento diferenciado.

O tratamento diferenciado no sentido de não fazer distinção, mas de ser um tratamento especializado pois, a vulnerabilidade e insegurança sofridas em determinadas situações, como por exemplo na possibilidade de adotar.

Diante da deficiente normatização de direitos de algumas categorias da sociedade o que faz com que estas fiquem à margem da tutela jurisdicional. Vale lembrar que não são apenas os homossexuais que fazem parte deste “grupo hipossuficiente” mas junto a eles estão as mulheres, as crianças e os idosos, por exemplo. (DIAS, 2009, p.73)

E no direito da terceira geração está o direito à sexualidade, que se define como sendo àquele inerente à natureza do homem, mas não visto individualmente, mas de maneira genérica, universal.

Nesse diapasão, como dito, o direito a sexualidade abrange três gerações do direito que se caracterizam pela liberdade, igualdade e fraternidade.

3.3 Da desnecessária diferença entre sexos para a configuração de uma união estável

O direito de família brasileiro foi regulamentado pela Carta Magna de 1988 e, assim, todos os institutos relativos ao direito familiar têm o *status* de norma constitucional e desta forma, as relações referentes às famílias tem uma tutela maior com maior chance de eficácia. (SEREJI, 1999 *apud* DIAS, 2009, p.71).

Assim, antes de começar a tratar da união entre pessoas do mesmo sexo e com isso constituírem uma entidade família, se faz necessário elencar quais os pressupostos que norteiam o instituto da união estável que está disciplinada no Código Civil bem como na Lei Maior.

Antes do advento da Constituição Federal de 1988, a única maneira possível de criar um vínculo familiar, legitimado pelo direito, entre um homem e mulher era por meio do instituto do casamento e caso houvesse a união dessas pessoas sem a realização do casamento, dava-se o fenômeno conhecido como concubinato.

Sob a lição de Washington de Barros Monteiro (2004, *apud*, GONÇALVES, 2009 p.530), o concubinato nada mais era que a convivência da vida comum, a dois, sem a existência do casamento de fato, mas com aparência deste.

A partir de então, passou a existir a figura do concubinato puro e concubinato impuro. O puro é aquele cujo qual a mulher e o homem mantem um relacionamento fora do casamento, porém, sem a existência de impedimentos para contrair o matrimônio. Por outro lado, o concubinato impuro é aquele que o homem e a mulher se relacionam, mas não contraíram o casamento porque um destes está impedido de fazê-lo, dando azo, assim, ao adultério.

Diante da não tipificação legal, a união estável esteve à margem da legislação por muito tempo, fazendo com que aqueles que se mantinham em concubinato

sempre em uma situação prejudicial uma vez que não possuíam a tutela jurídica e estatal que lhe era devida.

Porém, frente as modificações sociais ocorridas com o passar dos tempos, principalmente no âmbito do surgimento de novas entidades familiar, e os tribunais passaram paulatinamente a garantir alguns benefícios para aqueles casais que estavam unidos, porém não haviam contraído o casamento.

Foi a partir de 1988 que o instituto da família passou a ter uma especial atenção e tutela da Constituição Federal, de acordo com o *caput* do artigo 226 do supracitado diploma legal, uma vez que a família é a base legal da sociedade, merece, então, uma atenção estatal maior. Os parágrafos primeiro e segundo especificam características do casamento, dizendo, inclusive que é de ordem cível e gratuito para àqueles que o desejam celebrar e que a realização do casamento religioso tem efeitos civis no termo da lei.

Porém é nos dois parágrafos seguintes que são trazidas as inovações, quando o legislador passou a reconhecer que a família monoparental bem como a união estável são sim formas de entidades familiar.

Assim, é possível dizer que a união estável que não tinha valoração no mundo jurídico passou a ser um instituto de caráter e tutela constitucional. Com isso, passou a doutrina a elencar quais são os requisitos inerentes para que a união estável seja configurada.

A priori, é necessário observar que se pede a convivência “*more uxório*”, qual seja “mútua assistência material, moral e espiritual, a troca e soma de interesses da vida em conjunto, atenção e gesto de carinho, enfim a somatória de componentes materiais e espirituais que alicerçam as relações afetivas inerentes à entidade familiar”. (GONÇALVES, 2009, p. 540).

É justamente nesse ponto que se pede e exige a necessidade da coabitação entre as partes bem como a publicidade do relacionamento.

Existe também a figura da *affectus materialis*, que se corrobora pela intenção das partes de formar uma família, pautada no afeto, na fidelidade, respeito e lealdade. (DINIZ, 2010, p.379).

É necessário que a vontade seja pública e expressamente manifestada de formar uma família por parte dos conviventes e que haja, também, a notoriedade da relação para que as partes da relação sejam reconhecidos como um casal.

Esta união deve ser prolongar o tempo, mas não há tempo predeterminado, em lei, por isso, que o juiz deve cada caso concreto para averiguar se houve uma razoabilidade no decurso de tempo desta união e é nesse ponto que se tem que observar outra característica para a configuração do instituto da união estável que é sua continuidade pois, não é admitido rupturas que se perdurem no tempo, sob a pena de tornar, esta relação, um mero encontro amoroso sem a finalidade de formação de família.

É imperioso destacar que para que haja a caracterização da união estável as partes conviventes devem estar desimpedidas matrimonialmente. Logo, jamais poderá constituir uma união estável àqueles que não podem contrair um casamento, que são os indivíduos elencados no artigo 1521 do Código Civil, com exceção daqueles que tenha se separado judicialmente ou de fato.

Da mesma maneira que ocorre no matrimônio, a união estável há de ser monogâmica, não se admitindo, assim, salvo a boa-fé de uma das partes, que um deles mantenha um outro relacionamento.

E por último está o aspecto de haver a diversidade de sexo entre os companheiros. Em que pese a mais tradicional doutrina citar tal diversidade como uma característica precípua para configurar a união estável. Não é mais concebido que se faça a interpretação da lei sob tal ótica.

Com base na Constituição, o Código Civil tutela apenas um modelo de entidade familiar, qual seja, a família formada por casal de sexos opostos, não havendo, desta forma, à proteção ao casal homossexual.

O fato da Constituição tratar tão somente da união heteroafetiva, não significa dizer em contraponto que a união homoafetiva está determinadamente proibida pois, a simples omissão legislativa não implica em proibição.

Diante disto, a diversidade sexual entre o casal não pode ser tida como um impedimento ao reconhecimento desta união. Neste sentido tem se posicionado a moderna doutrina e jurisprudência.

Porém, em sentido totalmente oposto, Carlos Alberto Gonçalves, afirma que

A jurisprudência tem reconhecido tão somente a existência da sociedade de fato, entre sócios, a indicar direitos de participação no patrimônio formado pelo esforço comum de ambos, e não união livre como entidade familiar. Desse modo, a união entre duas pessoas do mesmo sexo, chamada parceria homossexual ou homoafetiva, por si só, não gera direito algum para qualquer delas, independente do

período de coabitação [...] A matéria fica assim excluída do âmbito do direito familiar, gerando efeito, apenas, de caráter obrigacional. (GONÇALVES, 2009, p.543).

Esta posição adotada pelo doutrinador acima citado, fazendo apenas uma interpretação literal da lei não pode ser considerada pois, como já dito neste trabalho a mera omissão da lei não pode ser interpretada como uma proibição.

Tal problemática pode ser resolvida a partir do momento em que se realiza uma interpretação sistemática da Constituição Federal pois, nenhuma norma pode nem deve ser interpretada isoladamente das restantes já que as leis e normas constituem um corpo jurídico homogêneo e complementar.

Assim, é notória a omissão legislativa no tocante à regulamentação apenas de união estável formada apenas por casais do sexo oposto, fazendo com que exista uma lacuna o ordenamento jurídico.

Desta Maneira, ao se fazer a interpretação analógica que se pauta nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia, garante-se a eficácia total do dispositivo constante no artigo 226, §3º, qual seja, *ippsi litteris*

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

E para que não haja normas conflitantes, deve-se se utilizar do princípio da Unidade da Constituição, com base no ensinamento de Luis Roberto Barroso:

O papel do princípio da unidade é o de reconhecer as contradições e tensões – reais e imaginárias – que existam entre normas constitucionais e delimitar a força vinculante e o alcance de cada uma delas. Cabe-lhes, portanto, o papel de harmonização ou de otimização das normas, na medida em que se tem de produzir um equilíbrio. Sem jamais negar por completo a eficácia de qualquer delas. Também aqui, a simplicidade da teoria não reduza dificuldades práticas surgidas na busca do equilíbrio desejado e na eleição de critérios que possam promovê-los. (BARROSO, 2009, p.185)

Ao utilizar o ensinamento acima citado, faz necessário valer-se dos princípios constitucionais quando a união estável de casal do mesmo sexo não é

reconhecida como entidade familiar pelo simples fato de haver um desrespeito a tais princípios.

Quando o legislador diferencia a união de casais de sexo opostos da união homoafetiva, esta flagrantemente descumprindo o preceito do princípio da isonomia, que está positivado no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal. Neste diapasão José Afonso da Silva elucida que:

[...] quando se diz que o legislador não pode distinguir, isso não significa que lei deva tratar todos abstratamente iguais, pois o tratamento igual – esclarece Petzold – não se dirige a pessoas integralmente iguais entre si, mas àquelas que são iguais sob os aspectos tomados em consideração pela norma, o que implica que os “iguais” podem diferir totalmente sob outros aspectos ignorados ou considerados irrelevantes pelo legislador. Este julga, assim, com essenciais ou relevantes certos aspectos ou características das pessoas, das circunstâncias ou das situações nas quais essas pessoas se encontram, e funda sobre esse aspecto ou elementos as categorias estabelecidas pelas normas jurídicas; por consequência as pessoas que apresentam os aspectos essenciais previstos por essas normas são consideradas encontrar-se nas situações idênticas, ainda que possam diferir por outros aspectos ignorados ou julgados irrelevantes pelo legislador; vale dizer que as pessoas ou situações são iguais ou desiguais de modo reativo, ou seja, sob certos aspectos. (SILVA, 2009, p.216).

Dessa maneira não há distinção entre os indivíduos apenas por sua orientação sexual, pois de acordo com a Constituição Federal em seu artigo 5, *caput*, “todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza[...]”.

Todavia, é possível, ainda, encontrar alguns posicionamentos contrários a este entendimento, sobre isto assevera Maria Helena Diniz:

Alguns autores, como Maria Berenice Dias (Relações Homossexuais, Del Rey Revista Jurídica, n 7, p.27), afirma que o artigo 226 §3º da Constituição Federal de 1988 pode ser aplicado aos vínculos homossexuais, para considera-los entidades familiares, por serem sociedades de afeto e não de fato. Ora, com a devida *vênia*, como aquela norma, sendo de ordem pública, poderia ser aplicada extensivamente ou aplicada por analogia? É, além disso, é norma especial, não podendo, por isso, ser aplicado à união de pessoas do mesmo sexo, sob a alegação de ser discriminatória e de ferir o princípio da isonomia, visto que este consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, e estender tal norma a casal homossexual equivaleria tratar igualmente os desiguais. (DINIZ, 2010 p. 371)

Com o máximo respeito que é devido ao entendimento supracitado, tal consideração não deve vigorar vez que este sim, viola de forma grave o princípio da isonomia pois, estender o entendimento do artigo 226, §3º aos casais formados por pessoas do mesmo sexo lhes garantem os direitos que é salvaguardado a todos os indivíduos sem fazer distinção entre seres humanos completamente iguais.

Nesta linha de pensar, José Afonso da Silva aduz, em suma, que se deve conceder a igualdade sem que haja discriminação de cunho sexual e isto revela o reconhecimento à liberdade das pessoas de ambos os sexos a escolher a orientação sexual que querem e que deste modo serão vedadas todas e quaisquer diferenciações de qualquer natureza que gera preconceito (SILVA, 2009, p.224).

É necessário, perceber que o inciso II do artigo 5º da Constituição Federal é muito enfático ao estabelecer, que ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer algo senão em virtude de lei, ou seja, se não há uma expressa proibição do reconhecimento do instituto da união homoafetiva como sendo também uma entidade familiar, não há do que se falar em vedação a esta união até porque se trata de uma relação de ordem privada.

Nesta esteira, tem-se também a forte influência do princípio da dignidade da pessoa humana que está calcado no inciso III do primeiro artigo da Carta Magna, onde se é estabelecido que todos possuem o direito de serem tratados de maneira digna, uma vez que possuam um único requisito para tal dignidade, o fato de ser um ser humano.

Assim, segundo Paulo LottiVecchiatti (2008, p.313) “a reprovação do Estado ao amor homoafetivo, que é incompatível com o direito de respeito à dignidade, que necessariamente implica a liberdade de envolvimento afetivo com quem se quiser, sem que isso seja motivo para ser menosprezado jurídico ou socialmente”.

Ao fim, mas não menos importante, têm-se o princípio da liberdade de consciência, que estabelece que ninguém pode ser privado de ter seus direitos garantidos por motivo de convicção política ou filosófica. Assim, o fato da união homossexual não ser reconhecida como entidade familiar está violando também os preceitos deste princípio.

Depois do entendimento destes princípios que norteiam a relação homoafetiva é possível entender que a expressão presente na Constituição Federal no §3º do art. 126, “entre homem e mulher” é desarmônica com os princípios acima explanados.

Frente a este conflito interpretativo se faz necessário fazer uso da analogia para preencher esta lacuna, uma vez que sobre esse assunto a legislação foi omissa e, segundo o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil quando que a Lei for omissa sobre determinado tema é possível fazer uso da analogia para solucionar tal lacuna.

A analogia se dá justamente quando há incompatibilidade de normas e exemplo do art. 226 §3º da Carta Magna que conflita com os ditames dos artigos 1º, III; 3º I e IV e 5º *caput* também da Constituição Federal.

Sobre isto, certos doutrinadores não suscitam a incompatibilidade, mas sim a inconstitucionalidade destas normas conflitantes. Com base nos ensinamentos de Otto Bachoff existem normas jurídicas suprapositivas que tem o dever de serem obedecidas pelo Poder Constituinte Originário.

Essas normas de direito fazem menção ao Direito Natural que por si só são inerentes ao próprio ordenamento jurídico. Logo, seria possível declarar a inconstitucionalidade de uma norma por desobedecer um mandado cuja origem é anterior a própria constituição do país. (VECCHIATTI, 2008, p.311).

Todavia, esta não é a posição adotada para a realização do presente trabalho, como se ver a seguir:

[...] anterior ao direito posto e admitindo-se a positividade como a única maneira de ser do direito, não poderia, jamais, ser considerado um poder, jurídico, como pregavam os jusnaturalistas. O poder Constituinte, para os positivistas, é um poder de fato pois, decorre de uma força social estranha ao direito. Anterior ao direito, sua natureza deverá ser, necessariamente, metajurídica. (MACHADO, 2005, p. 24-25).

Nesse diapasão o Poder Constituinte Originário é limitado e absoluto e não se submete a nenhuma outra norma que fora previamente estabelecida. Além do mais, não há uma hierarquia entre as normas de cunho constitucional. Por outro lado, o Poder Constituinte Derivado deve obedecer às normas constitucionais bem como as cláusulas pétreas.

Ao passo que se esclareceu esta controvérsia existente, será possível, agora, analisar os métodos de interpretação os quais servem para poder ter reconhecida a união homoafetiva como sendo uma entidade familiar como àquelas formadas por casais heterossexuais.

Quando a norma jurídica das informações aquém do que deveria, é necessário que se faça uma interpretação extensiva. Quanto ao reconhecimento dos casais homoafetivos é possível dizer que a legislação foi omissa.

É sabido que a união entre pessoas do mesmo sexo é forma mais comum, o que em contrapartida, não significa dizer que qualquer outra forma está “errada” ou proibida pois, as novas modalidades de união entre pessoas vêm surgindo com a evolução da sociedade e como o direito e as leis não acompanham na mesma velocidade, algumas normas restam ultrapassadas.

Quando o legislador não exclui e não proíbe a união entre pessoas do mesmo sexo, automaticamente esta torna-se possível e lícita. Uma vez que em ocorrendo tal exclusão ou até mesmo a proibição tal ato iria de encontro aos preceitos fundamentais da República que podem ser encontrados nos incisos I e V do artigo 3º da Constituição Federal, o qual se pautam, em uma sociedade livre, justa, livre e solidária que se preocupa com o bem-estar de todos sem nenhum tipo de preconceito, seja dele de credo, raça, sexo e idade e etc.

Uma vez que tanto a união entre pessoas de sexo opostos quanto formado por pessoas do mesmo sexo estão pautadas no afeto recíproco e frente aos objetivos supracitados da República não há motivos que ensejem a diferenciação protetiva para com os casais homoafetivos.

Para que haja a regulamentação deste tipo de união pode –se fazer o uso da analogia pois os dois tipos de união são idênticos em sua essência, tendo como única diferença a diversidade do sexo entre as partes, o que não é de nenhuma forma um pré-requisito ou condição *sinequa non* para reconhecimento de uma união estável.

Logo, todo relacionamento homossexual que possua afeto, que seja duradouro e contínuo tem que ser comparado a uma entidade familiar.

No tocante a este tema, assevera Maria Berenice Dias:

O silêncio constitucional e a omissão legiferante não podem levar à negativa de se extraírem efeitos jurídicos de tais vínculos, devendo o juiz atender à determinação do art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil, e fazer uso da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito. Não há como fugir da analogia com as demais relações que têm o afeto por causa e, assim, reconhecer a existência de uma entidade familiar à semelhança do casamento e da união estável. O óbice constitucional, estabelecendo a distinção de sexos ao definir a união estável, não impede o uso dessa forma integrativo de um fato

existente e não regulamentado no sistema jurídico. [...] . Não há dúvida de que a analogia tem o mérito de reconhecer o caráter familiar das uniões homoesssexuais que satisfazem os pressupostos, hoje valorizados pelo direito de família e consagrados na Constituição. (DIAS, 2009, p.93)

Porém, há de se atentar para o fato que para se fazer o uso da analogia é necessário que as situações postas devem ser idênticas em sua essência. A exemplo da união e relações entre pessoas do mesmo sexo, estas cumprem os parâmetros que são estabelecidos em lei para que uma união seja legalmente reconhecida como entidade familiar já que esta última é regida pelo amor, *afectiomaritalis*, desta forma gerando a chamada sociedade de afeto.

Já houve reconhecido o status de cunho jurídico-familiar da união entre pessoas do mesmo sexo quando a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06) foi promulgada. Isto encontra-se pautado nos artigos 2º e 5º da referida lei, sobre o tema, aduz Paulo Roberto Iotti Vecchiatti:

Com efeito, ao apontar que a família é compreendida como uma comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados por vontade expressa (art. 5º, II) e que relações pessoais dispostas em todo esse artigo independem de orientação sexual (art.5º, parágrafo único), a Lei Maria da Penha afirmou que entende por *família* também a união homoafetiva – pois, do contrário, as relações pessoais dispostas no inciso II dependeriam de orientação sexual ou do sexo de um dos companheiros, o que contraria fortemente o parágrafo único desse dispositivo legal. (VECCHIATTI, 2008, p. 237)

Diante disto percebe-se que a Lei Maria da Penha estendeu o conceito de família para poder tutelar também àquelas que são formadas por casais de pessoas do mesmo sexo.

Desta forma, tendo como base o princípio da unidade constitucional e o fim para qual este princípio é destinado não se pode deixar de reconhecer que a união homoafetiva possui, também um caráter de unidade de família vez que tal lacuna no direito pode ser sim, como visto, suprida pelo uso da analogia.

3.4 Da possibilidade jurídica do pedido do casamento cível homoafetivo

Depois de perceber que a união entre pessoas do mesmo sexo pode ser sim considerada uma modalidade de entidade familiar, deve-se passar ao próximo passo, que é o próprio casamento homoafetivo.

O instituto do casamento é um “negócio jurídico” pelo qual ambas as partes estabelecem um vínculo que está baseado no afeto e que possui o objetivo precípua de formar uma família. (DINIZ, 2010, p. 37) o Estado participa desta união para testar e cancelar este feito.

O casamento é um ato solene, que possui características necessárias e específicas para que seja então válido, como exemplifica o doutrinador Gonçalves:

O ato matrimonial é, desse modo, envolvido numa aura de solenidade, que principia com o processo de habilitação e publicação dos editais, desenvolve-se na cerimônia em que é celebrado e prossegue no registro no livro próprio. Destaca-se a formalidade da celebração, presidida pelo representante do Estado que, depois de ouvida aos nubentes a afirmação de que pretendem casar por livre e espontânea vontade, declara efetuado o casamento mediante palavras sacramentais. (GONÇALVES, 2009, p.27)

Como dito, a falta de algum pré-requisito para a celebração do casamento torna-o inválido pois, as normas que regem o instituto do casamento são regras de ordem pública que não podem em hipótese alguma adequarem-se aos critérios pessoais das partes.

A ideia do casamento é que ele seja permanente, vez que dá também uma ideia da comunhão da vida entre os cônjuges e assim não sendo poderá dissolver o casamento com base nos procedimentos estabelecidos na legislação.

É importante, também lembrar que é inerente ao casamento a ideia de monogamia, e caso um dos cônjuges descumpra tal preceito vai estar desobedecendo um dos seus deveres. Como também é imperioso destacar o caráter personalíssimo do casamento uma vez que é um ato de livre e espontânea escolha não podendo sofrer interferência de terceiros neste ato.

Por força de expressão de caráter tácito da lei, parte da doutrina e da jurisprudência afirmam que se faz necessária a diversidade de sexo entre os nubentes para que seja válido o casamento.

Todavia, será demonstrado no transcorrer desse trabalho que esta é uma posição discriminativa e que, portanto, não deve ser considerada.

Do mesmo modo que ocorre na união estável deve-se proceder quanto ao casamento, ou seja, os dois institutos são completamente possíveis uma vez que a falta de previsão legal não pode ser vista como proibição.

Assim, as formas de interpretação já citadas aqui para legitimar a união estável entre pessoas do mesmo sexo devem ser também utilizadas para dar o mesmo efeito ao casamento entre essas pessoas pois, do contrário seria uma contradição legitimar a união estável com base nas técnicas de interpretação jurídica e não fazer o mesmo com o casamento que também não regulou de forma positivada a possibilidade de realização deste entre pessoas do mesmo sexo.

A suposta exigência de diferença de sexo entre os nubentes estaria no artigo 1514 do Código Civil que aduz que “art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados. ”

Logo, diante de tal situação deve-se fazer, como já fora demonstrado aqui para a união estável, o uso da analogia para tutelar o casamento homoafetivo.

Com base no que leciona o doutrinador Paulo Roberto Iotti Vecchiatti:

A expressão ‘homem e mulher’ não tem condão de impedir o casamento civil homoafetivo, na medida em que os impedimentos matrimoniais são as proibições explicitamente apostas pela lei no art. 1521 ou em outros dispositivos esparsos que declaram a nulidade ou anulabilidade do casamento civil. A referência a homem e mulher significa tão-somente a regulamentação do fato heteroafetivo para a mesma finalidade, por interpretação extensiva ou analogia. (VECCHIATTI, 2008, p.258)

No que concerne ao direito privado, e como estabelece o artigo 5º, II da Constituição Federal que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, percebe-se que a não positivação do casamento homoafetivo não é uma proibição e sim uma mera lacuna do direito.

Visto que, não há diferença entre o casamento heteroafetivo e o homoafetivo e sendo, assim, institutos idênticos em sua essência podem estes serem sim, na falta de alguma lei ou norma que o regulamente, serem interpretados através do uso da analogia.

É importante destacar que o Brasil é um estado laico, ou seja, a igreja é separada do Estado e esta não pode influenciar nem tampouco vincular o direito à religião pois, a igreja ainda se encontra resistente no tocante ao casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Logo, de forma preventiva para que não haja tratamentos díspares entre os homossexuais e os heterossexuais os direitos referentes ao âmbito de Família, devem ser estendidos àqueles primeiros, afim de que estes dois estejam num mesmo patamar de alcance das normas de cunho constitucional bem como para que sejam alcançados os fins para quais a República se destina, que como já foi dito, é a construção de uma sociedade livre, justa, igualitária e desprovida de qualquer tipo de preconceito.

4. DIREITO À ADOÇÃO POR CAISAIS HOMOAFETIVOS

4.1 A adoção no Brasil

A *priori* se faz necessário estabelecer quais as normas regentes da adoção no Brasil para após isto, poder adentrar na seara discursiva quanto a acessibilidade da adoção para tipo de entidade familiar, independentemente de sua formação, inclusive pelas famílias formadas por casal homoafetivo, cuja quais são o principal foco deste trabalho.

Sobre a adoção, Maria Helena Diniz afirma:

É o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha. (DINIZ, 210, p.526)

Do mesmo entendimento partilha Carlos Gonçalves (2009, p.329) que para ele a adoção se explica por sendo “o ato jurídico solene pelo qual alguém recebe em sua família, na qualidade de filho, pessoa a ela estranha”.

Após entender tais posicionamentos, observa-se que o instituto da adoção possui um caráter de *fictio juris*, ou seja, um caráter jurídico pois, permite que se crie um parentesco de 1º grau, em linha reta entre quem adota e quem se é adotado.

A adoção foi há muito tempo legitimada pela legislação, é possível percebê-la desde os códigos de Hamurabi e Manu, onde tinha o papel exclusivo de perpetuar a família para àquelas que ao possuíam descendentes e foi com essa ideia que tal instituto foi inserido no Código de 1916, pois naquela ocasião só se permitia realizar a adoção àqueles com idade superior a 50 anos que não possuíam prole, seja ela legítima ou de forma legitimada.

Com a promulgação da Lei 3.133/1957 a idade permitida para se poder adotar fora reduzida para 30 anos, também não e fazia mais a exigência da família ter prole ou não, ou seja, mesmo as famílias que já possuíam descendentes poderiam a partir de então realizar a adoção.

Outra mudança trazida também pela lei foi no tocante a diferença de idade do adotando para o adotado, que antes da lei era de 18 anos e após seu advento

passou para 16 anos. Em contrapartida, com a inserção do artigo 337 ao código Civil de 1916, o adotado foi excluído da sucessão hereditária e, assim, ficou estabelecida a primeira diferença entre os filhos legítimos e o adotado pois, os primeiros possuíam o caráter de herdeiro ao passo que o segundo, não.

Essa diferenciação entre os filhos perdurou até a promulgação da Constituição Federal de 1988 que em seu artigo 227 §6º inseriu na legislação que:

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

[...]

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação

Percebe-se então que quaisquer discriminações entre filhos legítimos ou não foram proibidas. E com isso, o artigo 337 do Código Civil não mais fora recepcionado e todos os filhos adotados ou não passaram a serem tratados igualmente perante a justiça.

Outras Leis surgiram com o intuito de tutelar e salvaguardar direitos perante a adoção, a exemplo da Lei 4655/65 que versa sobre a legitimidade adotiva, a lei 6697/79 que tratou das modalidades de adoção, introduzindo no nosso ordenamento a adoção plena e a adoção simples e a importante lei 8069/90 que criou o Estatuto da Criança e do Adolescente conhecido como ECA.

Neste Estatuto, a adoção está regulamentada entre os artigos 39 a 52, e no Código Civil atual a adoção encontra-se disposta nos artigos 1618 ao 1629 porém novas mudanças surgiram ao passo que a lei 12010/09 foi promulgada, tal lei altera dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, revoga artigos do Código Civil e altera dispositivos da Consolidação das Leis Trabalhistas a CLT.

No Código Civil foram revogados os artigos 1620 a 1629 e também o § único do artigo 1618 também do Código Civil.

Foram mantidos os artigos 1618 e 1619 que passaram a possuir o seguinte teor:

Art. 1.618. A adoção de crianças e adolescentes será deferida na forma prevista pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 1.619. A adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

Deste modo, o Código Civil passa a não mais regulamentar a adoção, o que levantou questionamentos na doutrina pátria, como suscitou o doutrinador Silvio Salvo de Venosa que afirmou:

Em mais uma oportunidade já nos referimos à inconveniência de mantermos um Código Civil ao lado de um microsistema. O novo Código Civil, no intuito anacrônico de ser uma lei geral, nos moldes dos velhos princípios da codificação, esbarra constantemente em leis desse nível. Assim, é com o Estatuto da Criança e do Adolescente, tal como ocorre com o Código de Defesa do Consumidor. O ECA é exemplo palpável de que melhor seria termos, um Estatuto da Família, que regulasse não só o menor e o adolescente, mas também todos os princípios do direito de família, com suas novíssimas manifestações. Tal como promulgado, o novo Código esbarrará em problemas de interpretação e terá, necessariamente, que sofrer modificações muito rápidas. É o que sentimos no regulamento da adoção, cujos princípios fundamentais persistem sendo regulados pelo ECA, sem grandes inovações no Código.

Porém, como fora acima explicado se faz necessário que se especifique a matéria que será regulamentada. Com base no artigo 1626 do Código Civil será criado um parentesco chamado parentesco civil, que cria laços entre o adotante e o adotado, similar ao laço consanguíneo.

O parentesco, na visão de Carlos Roberto Gonçalves nada mais é do que:

a principal característica da adoção, nos termos em que se encontra estruturada no novo Código Civil. Ela promove a integração completa do adotado na família do adotante, na qual será recebido na condição de filho, com os mesmos direitos e deveres dos consanguíneos, inclusive sucessórios, desligando-o, definitiva e irrevogavelmente, da família de sangue, salvo para fins de impedimentos para o casamento. Para este último efeito, o juiz autorizará o fornecimento de certidão, processando-se a oposição do impedimento em segredo de justiça. Malgrado as finalidades nobres e humanitárias da adoção, não pode a lei, com efeito, permitir a realização de uniões incestuosas. (GONÇALVES, 2009, p.349).

De acordo com o que preconiza o artigo 1634 o filho que foi adotado se submete ao poder familiar do adotante, e desta maneira, se extingue o dos pais biológicos uma vez que, segundo (DINIZ, 2010, p.518) “o poder familiar é núcleo da relação de filiação”.

O artigo 1627 diz que o sobrenome de quem adota será transmitido àquele que fora adotado, não importando que idade o adotando possuía. Sobre o prenome DINIZ (2010, p. 518) aduz: “apenas o prenome do menor adotado poderá sofrer alteração, desde que solicitado, se isso contribui para seu desenvolvimento, apagando um passado que não convém ser lembrado [...]”.

Logo, é possível perceber que no tocante ao prenome, este somente poderá ser alterado se o adotando for menor de idade, não havendo possibilidade de troca de prenome se o adotado for maior de idade.

A adoção tenta ao máximo estabelecer similaridade de parentesco entre pais e filhos adotivos àqueles pertencentes entre pais e filhos consanguíneos. Para isso, lhes são devidos os alimentos, de forma recíproca entre o adotante e o adotado.

O adotado faz jus também aos direitos de ordem sucessória, por força do artigo 227, §6º da Constituição Federal.

Após isto, será visto como a adoção foi recepcionada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. No seu artigo 19 é possível observar que tal dispositivo afirma que é direito de toda criança ser criada no seu seio familiar, e de forma excepcional, ser criada por família substituta num ambiente que não tenha pessoas dependentes de substância tóxicas.

Com a leitura de tal dispositivo é possível notar a preferência do legislador quanto à família de ordem natural, todavia nada impede que caso seja necessário a criança ou o adolescente seja inserido em uma família substituta.

A lei 12.010/09, ampliou o conceito de família natural e criou a família extensa, cuja qual é aquela que se forma através dos parentes próximos e com os quais tanto a criança quanto o adolescente têm vínculos de afeto, de acordo com o que fora disposto no § único do supracitado artigo.

Por outro lado, a família substituta não foi definida pelo legislador apenas citando-a quando se referiu afirmando que a colocação da criança e do adolescente em família substituta dar-se-á por meio de adoção, tutela ou guarda. E que sempre que possível, segundo o § 1º do artigo 28, serão ouvidos, a criança e ou

adolescente, por uma equipe interprofissional mas terão suas opiniões devidamente consideradas.

Nos casos em que o adotado for maior de 12 anos seu consentimento se faz necessário bem como será colhido em audiência.

O § 3º aduz que quando o pedido de adoção for apreciado, algumas considerações serão levadas em conta, sendo elas, o grau de parentesco bem como o grau de afinidade entre o adotante e o adotando com o fito de amenizar as consequências que serão advindas da adoção.

O parágrafo 6º reservou peculiaridades para as crianças e adolescentes a serem adotadas advindas de tribos indígenas ou comunidades quilombolas, sendo tais considerações, *ipssi litteris*:

§ 6º Em se tratando de criança ou adolescente indígena ou proveniente de comunidade remanescente de quilombo, é ainda obrigatório:

I - que sejam consideradas e respeitadas sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, bem como suas instituições, desde que não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais reconhecidos por esta Lei e pela Constituição Federal;

II - que a colocação familiar ocorra prioritariamente no seio de sua comunidade ou junto a membros da mesma etnia;

III - a intervenção e oitiva de representantes do órgão federal responsável pela política indigenista, no caso de crianças e adolescentes indígenas, e de antropólogos, perante a equipe interprofissional ou multidisciplinar que irá acompanhar o caso.

No artigo 39, § 1º, é possível perceber a predileção do legislador pela família natural da criança e do adolescente, fazendo com que a adoção aconteça *ultimaratio*, ou seja, de maneira excepcional.

A adoção, como o casamento, é um ato personalíssimo, portanto, se faz necessário a presença dos adotantes, logo, a adoção através de uma procuração é absolutamente vetada, como dispõe o artigo 39 § 2º. Vejamos a seguir:

Art. 39. A adoção de criança e de adolescente reger-se-á segundo o disposto nesta Lei.

§ 1º 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

§ 2º É vedada a adoção por procuração

O Estatuto da Criança e do Adolescente traçou suas normas com base nos ditames estabelecidos na Constituição Federal, isso pode ser notado no artigo 41 onde afirma que o filho adotado possuirá os mesmos direitos como também os mesmos deveres inerentes aos filhos biológicos e que tais regras também valem para o direito no âmbito sucessório. Desligando-se o adotado dos pais biológicos, exceto para o que se refere aos impedimentos matrimoniais. (VENOSA, 2010, p. 334).

A partir da leitura do artigo 42 é possível notar que o único obstáculo na adoção é quanto a idade do adotante pois, este deve ser maior de 18 anos. Como também se percebe que pode sim adotar uma pessoa maior de 18 anos independentemente de seu estado civil.

Todavia, a diferença de idade entre a criança ou adolescente adotado e o adotante continua sendo de 16 anos entre eles, conforme preconiza o artigo 42, § 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

No artigo seguinte ao supracitado é possível notar a presença do princípio do melhor interesse da criança. Percebe-se tal artigo quando o legislado esculpe que a adoção somente será deferida nos casos em que forem apresentados reais benefícios para o adotado e tal adoção deve estar fundamentada em motivos legítimos.

Com isso é possível notar que o que mais se exalta não é a família sem descendentes, mas sim os interesses reais do adotando e esta deve ser o sentido norteador do juiz ao deferir ou não um pedido de adoção.

É importante também o que trata o artigo 45 do mesmo diploma legal pois, a adoção somente será aceita caso haja o consentimento dos pais ou na falta destes, do representante legal da criança ou adolescente a ser adotado.

Outro artigo de suma importância é o artigo 46 do ECA pois, trata do que se chama de estado de convivência, que, observadas as peculiaridades de cada um dos casos terá seu prazo estabelecido pelo juiz.

Nos casos em que o adotado já estivera sob a tutela ou guarda dos adotantes por um período suficiente para que autoridade judiciária possa avaliar adaptação, este estado de convivência poderá ser dispensado.

O vínculo da adoção se dá e será constituída a partir de uma sentença judicial, ao qual fará a inscrição dos adotantes como ascendentes dos adotados.

Em que pese a adoção ser um ato irrevogável, o adotando pode e em salvaguardado o direito de conhecer sua identidade biológica, assim dispõe o artigo 48 do ECA:

art. 48. O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos. ”

Nem mesmo o falecimento dos adotantes reestabelecerá o vínculo e o poder familiar dos pais biológicos para com as crianças e adolescentes já adotados e tal regra está disposta no artigo 49 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

4.2 Adoção por casal do mesmo sexo

Depois de terem sido feitas as devidas considerações sobre a adoção, pode-se, a partir de então, tratar da adoção a ser realizada por um casal do mesmo sexo.

Primeiramente temos que estabelecer a diferença entre uma adoção unilateral que será aquela feita apenas por uma pessoa homossexual e a adoção conjunta, cuja qual é realizada por duas pessoas do mesmo sexo.

No tocante ao primeiro tipo de adoção, a doutrina entra em um consenso com a jurisprudência pois para estas duas, somente se faz necessário, para que haja o consentimento da justiça, a obediência ao artigo 29 do Estatuto da Criança e do Adolescente, *in verbis*: “art. 29. Não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado”.

Porém, com base no que preconiza o artigo 28, § 5º do mesmo diploma acima citado, para haver a inserção da criança ou do adolescente em determinada família substituta deverá haver, anteriormente, uma preparação de forma gradual

bem como um posterior acompanhamento de uma equipe interprofissional da Justiça da Infância e da Juventude.

Esta equipe deverá supervisionar o período de convivência e adaptação, e de acordo com o artigo 46, § 4º deverá realizar um relatório sobre esta convivência.

Assim, como já fora dito, não nenhum óbice à adoção de crianças e adolescente por um homossexual de forma isolada, para enaltecer tal entendimento, vale ressaltar o ensinamento do doutrinador Roger Raupp Rios que afirma:

Não há como justificar vedação, em princípio da adoção de crianças por homossexuais. Isto porque, enquanto modalidade de orientação sexual, não se reveste de caracteres de doença, morbidez, desvio ou anormalidade em si mesma, não autorizando, portanto, a sustentação de uma 'regra geral' impeditiva da adoção (RIOS, 2001, p. 139).

Feita estas considerações, pode-se ir ao próximo passo, qual seja, tratar da adoção conjunta, ou seja, adoção feita por um par homossexual. Sobre o tema, Maria Berenice Dias dispõe que:

A mais tormentosa questão que se coloca – e a que mais tem dividido as opiniões, mesmo entre os que veem as relações homossexuais como uma expressão de afetividade - é a que diz respeito à adoção por parceiros do mesmo sexo. (DIAS, 2009, p.107).

A adoção realizada por um casal homossexual de criança ou de adolescente, ainda, encontra uma forte resistência tanto na doutrina quanto na jurisprudência pois, existe, erroneamente, a ideia de que a criança ou adolescente criada por um casal do mesmo sexo lhe trará problemas quanto a sua própria identificação.

A justificativa utilizada para corroborar a falta de identificação do adotando é se baseia no fato de que este não teria a figura do pai e a figura da mãe em seu lar bem como acredita-se que o adotando estaria influenciado a seguir a orientação sexual dos pais.

No tocante a influência dos pais quanto a orientação sexual dos filhos, tal teoria resta cair por terra, pois na mesma linha de pensar e se assim fosse, casais heterossexuais não teriam filhos homossexuais e não é o que ocorre.

Por outro lado, no âmbito da falta da figura materna e da figura paterna uma distinta da outra, foram realizados estudos científicos que comprova que esta teoria é falha.

A pesquisa *HiddenVictims: the sexual abuse of children* - Vítimas Escondidas: o abuso sexual de crianças -, certificou um número alarmante e grave pois, cerca de 95% das crianças e adolescentes abusados sexualmente por pais adotantes vem de casais heterossexuais.

Desta maneira, mostra-se o risco que é oferecido ao adotando ao ser colocado em uma família substituta de heterossexual, frise-se, não é regra, mas aqui trata-se de possibilidades é se faz necessário defender a legalidade e o posicionamento de que é sim possível um casal homossexual adotar uma criança ou um adolescente.

Outra pesquisa realizada foi a *Children in Lesbian and Single-Parents Households: Psychosexual and Psychiatric Appraisal* - Crianças em Lares Lésbicos e de Pais Solteiros: Avaliação Psicosssexual e Psiquiátrica reforçou a ideia de que não existe uma maior probabilidade de serem homossexuais os filhos de casal do mesmo sexo, a probabilidade é a mesma tanto para filhos de heterossexuais como de homossexuais.

No Brasil, um estudo realizado por psicólogos clínicos em Florianópolis aos quais foram levantados questionamentos sobre a parentalidade nos casais do mesmo sexo. De tal estudo, observou-se que:

- 1) mais importante do que a orientação sexual dos pais, para um desenvolvimento saudável da criança, é atentar para o preparo desse casal para educar os filhos: se existe espaço para essa criança em suas vidas, quais seus valores, caráter, honestidade, comprometimento com a educação, saúdes física e mental da criança; se as relações entre pais e criança são permeadas por afeto; se existe a autoridade de pais; se estão sendo um modelo positivo para seu desenvolvimento, se existe transparência na conjugalidade dos pais, sem mentiras, segredos.

- 2) os pais devem estar estruturados emocionalmente, pois, os desafios e exigências sociais serão maiores para eles do que para os pais heterossexuais: tanto os pais como a criança vivenciando preconceitos e devem estar preparados para enfrenta-los;

3) o desejo de serem pais e o enfrentamento para a concretização desse ideal pode denotar maturidade emocional, auto aceitação e desejo de projeto de vida compartilhado: esse esforço corajoso de vencer obstáculos podem significar que sabem o que querem e estão prontos para serem pais;

4) a busca de orientação psicológica é um passo significativo para o desenvolvimento saudável da criança, em suas varias dimensões existenciais. O fato de buscar orientações mostra certa abertura e maturidade na sua condição e disponibilidade de dar o melhor de si para essa família;

5) a falta do modelo masculino e feminino e o que representam é preocupante para o desenvolvimento psicosssexual da criança, pois os poucos estudos disponibilizados sugerem pesquisas e isso traz reservas quanto ás repercussões no desenvolvimento da criança. (PERRONE & COSTA, 2008, s/p)

Uma média de 70% dos entrevistados levou em consideração a existência de demais fatores mais importantes até do que a orientação sexual do adotante como por exemplo, verificar se no lar no qual o adotando foi inserido tem condições para recebê-la.

Em contrapartida o restante dos entrevistados, ainda que em minoria, concebem a ideia de que a falta de um modelo e de papel masculino e feminino em um lar para criação de uma criança e adolescente pode sim influenciar este até certo ponto, e complementam afirmando que existe sim a possibilidade dessa criança vir a sofrer algum tipo de discriminação social.

Com isso, ainda assim, foi possível notar que a maioria dos psicólogos entrevistados atribui à orientação psicológica um bom aliado como modo de acompanhamento familiar e como meio de combater qualquer tipo de obstáculos que as crianças e adolescentes inseridos em famílias formadas por pares do mesmo sexo possa vir a enfrentar.

Logo, na o há do que se falar em dificuldade permanente de crianças e adolescentes inseridos nas famílias supracitadas.

Uma vez devidamente desconsiderados os “mitos” existentes acerca da inserção de crianças e adolescentes em lar formado por um casal homossexual, se faz necessário avaliar tal situação pela ótica jurídica e quais são as normas e dispositivos legais que permitem que um casal homoafetivo possa adotar.

Tendo como base o novo texto do artigo 42 § 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, é necessário, para a realização da adoção conjunta, que os adotantes

sejam civilmente casados ou que ao menos mantenham uma união estável com o fito de comprovar a estabilidade daquele núcleo familiar.

Diante disto, se tem o primeiro obstáculo a ser vencido pelos casais homossexuais pois, não há uma previsão legal de forma expressa que reconheça a união homoafetiva como sendo uma forma de entidade familiar.

Porém, fazendo uso das técnicas de interpretação sistemática bem como a analogia e princípios gerais do direito, foi possível equiparar uma união formada por pessoas de sexo opostos àquelas uniões de casais do mesmo sexo, todavia, se faz necessário preencher todos os requisitos estabelecidos na legislação concernentes a concessão da união estável ao casal heterossexual.

Neste mesmo interim foi possível vislumbrar juridicamente a possibilidade da concessão do casamento de pessoas do mesmo sexo, utilizando-se as mesmas técnicas utilizadas para concessão da união estável.

Conforme Enézio de Deus Silva Júnior:

Tentar vedar, simplesmente a adoção por homossexuais – sejam solteiros, sejam em convivências afetivos-familiares estáveis – gera, pois, outra inconstitucionalidade, por obstar o exercício de um direito, também fundamental das pessoas, qual seja: o de formar família pelos laços do afeto. (JÚNIOR, 2009, s/p).

Proibir estes casais de formarem sua família está contrariando o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da isonomia.

Segundo Taísa Ribeiro Fernandes:

[...] tudo se resolve e simplifica, a nosso juízo, se dermos uma interpretação finalística ao preceito, obedecendo, até aos ditames constitucionais da igualdade e da vedação da discriminação por orientação sexual. Assim, sendo na expressão legal devem ser compreendidas, para efeito de adoção, as uniões homossexuais, desde que sejam estáveis, respeitáveis, duradouras, formando os parceiros uma família. (FERNANDES, 2004, p. 109)

Com relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, Vecchiatti afirma:

[...] a discriminação em debate coloca os homossexuais em situação de menor dignidade em relação aos heterossexuais e lhes tira o direito de alcançar a plena felicidade sem a existência de uma motivação válida perante a isonomia que isso justifique. Assim, é inconstitucional a relativização da dignidade de homossexuais

visando impedi-los de adotar menores, tendo em vista a inexistência de motivação lógico-racional que isso justifique, assim como (e especialmente) pela ausência de prejuízos aos menores por eles criados em virtude do fato de serem criados por um casal homoafetivos (VECCHIATTI, 2008, p.547)

Tal princípio encontra-se positivado no artigo 1º, III da Carta Magna em combinação com os incisos I e IV do artigo 3º e artigo 5º *caput* do mesmo dispositivo legal é ofendido, por exemplo, quando não pode dar o direito à parentalidade aos casais do mesmo sexo pois, frente a esta negativa jamais será possível a obtenção de uma sociedade livre de qualquer tipo de preconceito, solidária e justa. (SILVA JÚNIOR, 2009, s/p).

De acordo com Viviani Girardi:

Quanto à possibilidade de adoção conjunta por um casal homossexual, entende-se ser esta possível aos olhos da lei, mediante a utilização de mecanismos jurídicos de interpretação somados ao contexto legal que estabelece a pluralidade das formas de organização familiar. [...] Os diplomas legais representados pela Constituição Federal de 1988, o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente, tidos estes como fontes formais do direito, considerados sob enfoque de uma interpretação integrada que lança mão das técnicas de interpretação teleológica lógico-sistemizada, somados ao entendimento expresso pelos precedentes jurisprudenciais, estes também considerados fontes formadoras do direito, ainda que o sejam forma subsidiária, configuram-se como um instrumento normativo apto a possibilitar a concessão legal das adoções de crianças e adolescentes também aos pares homossexuais. (GIRARDI, 2005, p. 130-133)

Diante disto, frente a lacuna no tocante a leis que tratem de da adoção realizada por casais homossexuais, a utilização de técnicas de interpretação como a analogia tornou possível a adoção em conjunto por casal do mesmo sexo.

Havendo uma relação pautada no afeto, carinho, durabilidade e que seja uma relação de conhecimento do público não há mais do que se falar em desconsideração da possibilidade de união homoafetiva pois tais condições citadas são os requisitos inerentes e essenciais para o reconhecimento de uma união estável, ou seja, de um núcleo familiar.

Ao passo que essa união é tida como entidade familiar, não é permitido mais a negativa a esta família o direito à parentalidade aos casais do mesmo sexo que pautam sua união em afeto e *animus* de construir uma família.

Porém, é importante salientar que de outro lado, na relação de adoção, está a figura da criança e do adolescente, que não pode de maneira alguma ser esquecida, conforme Maria Berenice Dias:

O princípio que deve prevalecer é o do melhor interesse do infante, e não há motivo legítimo para retirar de uma criança a possibilidade de viver com uma família. Se os parceiros – ainda que do mesmo sexo – vivem uma verdadeira união estável, é legítimo o interesse na adoção, havendo reais vantagens em favor de quem não pode ficar ao desabrigo de direitos. (DIAS, 2009, s/p)

Segundo o ECA em seu artigo 43, a adoção somente pode ser deferida quando for apresentada reais vantagens para quem é adotado e deve-se fundar em um motivo legítimo pois, como já fora dito neste trabalho o instituto da adoção passou a priorizar a criança e o adolescente que não possuem um lar do que a família que deseja realizar a adoção.

Segundo a Constituição Federal, em seu artigo 227, é também dever do Estado garantir ao menor alguns direitos, como à vida, ao lazer, à cultura, alimentação, entre outros como também salvá-los da violência, discriminação, opressão e crueldade. Sobre este tema, assevera Maria Berenice Dias:

Merece ser lembrado o art. 227 da Constituição Federal, que consagra o princípio da proteção integral, atribuindo ao Estado o dever de assegurar à criança, além de outros, o direito à dignidade, ao respeito e à liberdade. Esses direitos certamente meninos e meninas não encontrarão na rua, quando são largados à própria sorte, ou depositados em alguma instituição. (DIAS, 2009, p. 109)

Não é so a legislação brasileira que tutela direitos referentes à criança e ao adolescente, leis e tratados estrangeiros também tratam do assunto a exemplo da Convenção dos Direitos da Criança de 1989.

E com o objetivo de se obter um estudo e embasamento mais aprofundado do tema se faz necessário realizar algumas considerações sobre a Convenção supracitada pois, deste modo observa-se que as crianças e adolescentes estão também protegidos no âmbito internacional.

Conforme afirma Maria Beatriz Pennacchi Dellore (apud ALMEIDA e PERRONE-MOISES, 2007, p. 65):

Este constitui o primeiro instrumento que regulamenta todos os direitos básicos infantis, quer sejam estes de caráter civil, econômico, social ou cultural. Todos esses direitos são considerados igualmente importante, indivisíveis e inter-relacionados e deverão ser respeitados para toda e qualquer criança.

Segundo esta Convenção todo ser humano que tenha idade menor a 18 anos de idade é considerado criança, exceto se uma lei de determinado país preveja legalmente uma idade diferente.

No artigo 2º é possível notar a presença do seu primordial princípio que é o da não discriminação da criança e segundo tal princípio é dever do Estado perceber quais são as crianças hipossuficientes e dar a estas uma maior proteção e garantir mediante medidas assecuratórias que seus direitos lhes sejam reconhecidos e aplicados.

No artigo seguinte vislumbra-se a proteção dos interesses das crianças, onde o Estado é obrigado a agir de modo a garantir o bem-estar social das crianças sejam em instituições públicas ou em instituições privadas e deve, ainda, assegurar aos pais ou ao seu representante legal seus direitos que estejam relacionados às crianças.

Os Estados membros estão ficam comprometidos em respeitar a a responsabilidade precípua dos pais destas crianças dando-lhes condições suficientes para atingir tal fim.

Separar a criança de sua família de fato somente ocorrerá quando a frente disto sobrevier interesses e direitos das crianças que foram separadas dos seus lares.

No tocante à adoção destas crianças por casal do mesmo sexo o que se observa é que o principal a ser analisado quais são os benefícios reais que a criança adotada terá com a possibilidade de tal adoção. Pois, ao ser adotada esta criança possuirá um lar, terá acesso à saúde digna, à educação.

Neste diapasão, aduz Enézio de Deus Silva Júnior:

Entre um lar material e afetivamente bem estruturado e a realidade excludente de um país concentrador de renda e de graves desrespeito aos direitos humanos (como ainda o Brasil), aponta o bom senso para a relevância de inserir um menor em um seio familiar (independente de para que sexo se dirige a afetividade dos adotantes) – em detrimento de deixá-lo despersonalizado (sem referencial afetivo de maternidade/paternidade) em uma instituição

de amparo à crianças e ao adolescente. [...]. Tal inserção, entretanto, se for dificultada por óbices preconceituosos, priva menores abandonados do seu direito constitucional à convivência familiar (CF, art. 227, caput), expondo-os mais à negligência, violência, discriminação, exploração, crueldade e opressão sociais, das quais devem estar a salvo. Sendo 'dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade' e, se a colocação em uma família biparentalhomoafetiva estável pode proporcionar a concretização de tais direitos, no processo de desenvolvimento do adotando, o indeferimento do pedido de adoção, sob esta interpretação constitucional, constitui infração a um dos direitos fundamentais da criança e do adolescente assegurados no ordenamento positivo. (JÚNIOR, 2010, 125-126)

É importante salientar que o que está sendo defendido aqui não é o puro e simples fato de colocar uma criança em uma família formada por casal homoafetivo apenas pelo interesse econômico, mas relevar que uma criança em lar seja ele homoafetivo ou não possibilitará que o adotado possua melhores condições de vida do que aquela ao qual estava sujeito em abrigos.

Desta forma percebe que não é apenas o interesse econômico que vai embasar o deferimento da adoção e sim o viés afetivo da relação. Mas deve sim, o interesse econômico ser levado em consideração, pois, como dito, além do afeto que será ofertado ao adotado, os adotantes deverão possibilitar a criança ou ao adolescente uma boa condição de vida.

Vale frisar, também, que quando a adoção conjunta não é deferida, pode uma das partes do casal solicitar a adoção unilateral que por sua vez é mais simples. Porém, de um modo ou de outro o adotado passa a conviver com o companheiro ou companheira de quem lhe adotou, estabelecendo, assim, laços afetivos com estes.

A partir disto, temo o chamado campo de filiação socioafetiva, vez que o casal separado por qualquer que seja o motivo, quem mais é prejudicado é a criança ou adolescente pois, lhe foi cerceado o direito de ter relações e vínculos de amor e afeto com duas pessoas ao invés de uma.

É neste sentido que se deve dar uma maior atenção ao §7 do artigo 226 da Carta Magna onde fica estabelecido que o planejamento familiar é uma decisão livre do casal, porém, deve-se obediência ao princípio a dignidade da pessoa humana e

deve, ainda, o Estado proporcionar meios para que este direito seja exercido e qualquer forma de bloqueio ao exercício deste direito deve ser vedado.

Assim, se faz oportuno salientar a lição dada por DIAS,(2009, p.116) “mister se faz conceder às crianças a viabilidade de terem um lar. Pais verdadeiros são aqueles que dão amor incondicional, que amam apesar de, e não por causa de”.

Em suma, o que se deve prevalecer no momento de se deferir a adoção de uma criança ou adolescente a um casal homoafetivo não é a que orientação sexual ou gênero esse casal faz parte, mas sim os reais benefícios que seroa dados aos adotados.

Estes deixarão um abrigo, onde por muitas vezes lhes faltam afeto, compreensão, amor e carinho para ser inserido em um núcleo familiar que vai poder lhe ofertar uma base familiar, independentemente de sua formação, proporcionar acesso à educação de qualidade, saúde entre tantos outros direitos que lhes são devidos tanto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, por Convenções internacionais e principalmente pela Constituição Federal.

4.3 O registro civil do adotado por casal do mesmo sexo

Depois de ter concedida a adoção ao casal homoafetivo, um novo obstáculo advém de tal conquista. O registro civil adotado.

O artigo 54 da Lei 6.015/73 – Lei dos Registros Públicos aduz que um registro de nascimento, deve conter, dentre outras coisas, nomes e pronomes, a profissão, a naturalidade dos pais, idade da genitora do registrando em anos completos no momento do parto, local e cartório onde se casaram e etc.

Diante destas exigências é crível a ideia de que somente casal heterossexual tem a possibilidade de registrar um filho.

Uma vez que a adoção substitui a família biológica pela família jurídica logo, *a priori*, se torna inviável que um casal homossexual registre uma criança como sendo seu filho.

Assim, se a Lei dos Registros Públicos for seguida e interpretada restritivamente e literalmente filhos que possuam um doa pais desconhecidos jamais poderiam ser registrados por apenas um dos pais que estiver presente e no mesmo problema incorre aqueles que realizaram a adoção unilateral.

Contudo, isto não é o que ocorre na prática e, assim, não se é entendível o motivo pelo qual ainda há resistência em possibilitar o registro de uma criança adotada por um casal homossexual como sendo seu filho.

Ao proibir que um casal de mesmo sexo possa registrar a criança que estes adotaram fere o princípio da isonomia e o princípio da dignidade da pessoa humana pois, se um casal heterossexual, ou somente uma consegue realizar o registro de um adotando como sendo seu filho porque dar a negativa ao casal homoafetivo uma vez que estão presentes todos estes acima realizaram o mesmo procedimento, qual seja, a adoção.

Para Taísa Ribeiro Fernandes:

Tratando-se de adoção por parte de um casal homossexual – masculino ou feminino – basta que no registro da criança fique consignado: ‘nome dos pais’ ou ‘nome das mães’. Fácil e simples de resolver, como se vê, bastando que se tenha boa vontade e que se queira, mesmo, resolver. (FERNANDES, 2004, p. 112)

Em um agravo de instrumento interposto no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o pedido de registro civil de um menor por um casal homoafetivo foi deferido pois, entendeu-se que naquela ocasião o que devia ser levado em consideração, era o interesse superior do menor, assunto este já tratado neste trabalho.

Segue ementa do referido Agravo de Instrumento de (70052132370TJRS) :

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE REGISTRO DE NASCIMENTO DEDUZIDO POR CASAL HOMOAFETIVO, QUE CONCEBEU O BEBÊ POR MÉTODO DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA, COM UTILIZAÇÃO DE GAMETA DE DOADOR ANÔNIMO. DECISÃO QUE ORDENOU A CITAÇÃO DO LABORATÓRIO RESPONSÁVEL PELA INSEMINAÇÃO E DO DOADOR ANÔNIMO, BEM COMO NOMEOU CURADOR ESPECIAL À INFANTE. DESNECESSÁRIO TUMULTO PROCESSUAL. INEXISTÊNCIA DE LIDE OU PRETENSÃO RESISTIDA. SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA QUE IMPÕE O REGISTRO PARA CONFERIR-LHE O STATUS QUE JÁ DESFRUTA DE FILHA DO CASAL AGRAVANTE, PODENDO OSTENTAR O NOME DA FAMÍLIA QUE LHE CONCEBEU. 1. Por tratar-se de um procedimento de jurisdição voluntária, onde sequer há lide, promover a citação do laboratório e do doador anônimo de sêmen, bem como nomear curador especial à menor, significaria gerar um desnecessário tumulto processual, por estabelecer um contencioso

inexistente e absolutamente desarrazoado. 2. Quebrar o anonimato sobre a pessoa do doador anônimo, ao fim e ao cabo, inviabilizaria a utilização da própria técnica de inseminação, pela falta de interessados. É corolário lógico da doação anônima o fato de que quem doa não deseja ser identificado e nem deseja ser responsabilizado pela concepção havida a partir de seu gameta e pela criança gerada. Por outro lado, certo é que o desejo do doador anônimo de não ser identificado se contrapõe ao direito indisponível e imprescritível de reconhecimento do estado de filiação, previsto no art. 22 do ECA. Todavia, trata-se de direito personalíssimo, que somente pode ser exercido por quem pretende investigar sua ancestralidade - e não por terceiros ou por atuação judicial de ofício. 3. Sendo oportunizado à menor o exercício do seu direito personalíssimo de conhecer sua ancestralidade biológica mediante a manutenção das informações do doador junto à clínica responsável pela geração, por exigência de normas do Conselho Federal de Medicina e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, não há motivos para determinar a citação do laboratório e do doador anônimo para integrar o feito, tampouco para nomear curador especial à menina no momento, pois somente a ela cabe a decisão de investigar sua paternidade. 4. O elemento social e afetivo da parentalidade sobressai-se em casos como o dos autos, em que o nascimento da menor decorreu de um projeto parental amplo, que teve início com uma motivação emocional do casal postulante e foi concretizado por meio de técnicas de reprodução assistida heteróloga. Nesse contexto, à luz do interesse superior da menor, princípio consagrado no art. 100, inciso IV, do ECA, impõe-se o registro de nascimento para conferir-lhe o reconhecimento jurídico do status que já desfruta de filha do casal agravante, podendo ostentar o nome da família que a concebeu. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravado de Instrumento Nº 70052132370, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 04/04/2013)

A respeitável decisão merece ser louvada uma vez que simplificou a burocracia e formalidade desnecessária existente em torno do pedido de registro civil pois, como já foi exaustivamente exposto no presente trabalho diante de tantas implicações o que deve ser salvaguardado são os interesses, os direitos e o bem-estar do menor e estes se sobrepõem a qualquer formalidade de ordem burocrática que acabavam por cercear a criança ou adolescente de ter uma família e um lar.

5 IMPEDIMENTOS À ADOÇÃO REALIZADAS POR CASAL HOMOAFETIVO

5.1 Introdução aos impedimentos

Depois de todo o estudo aqui realizado e verificar que fazendo uso de princípios relacionados aos direitos humanos bem como das técnicas de interpretação a exemplo da analogia, se tornou possível a concessão da adoção de uma criança ou adolescente a um casal homossexual.

Pois de igual maneira aos casais formados por pessoas do mesmo sexo, os casais de pares de sexo iguais também pautam seu relacionamento no afeto e no *animus* de formar uma família e pretendem ter sua união legalmente reconhecida.

E é neste capítulo do presente trabalho é que será debatido o motivo pelo qual o direito de ter uma união reconhecida juridicamente e a possibilidade de adoção por um casal homoafetiva ainda encontra impedimentos a sua aplicabilidade.

Será analisado a partir de então como esta temática é vista por diferentes segmentos sociais e quais são suas opiniões frente a esta problemática.

5.2 Posicionamento da justiça brasileira em casos concretos

Neste momento do presente trabalho será demonstrado como se comporta a justiça brasileira frente às questões relacionadas aos direitos dos homossexuais.

É certo que há a posição de quem lhes concedam certos direitos, como equiparar sua união a uma entidade familiar, e com isso passam a ter todos os direitos inerentes a este instituto.

O Poder Judiciário do Brasil evoluiu muito no aspecto de ter reconhecida a união estável entre pessoas do mesmo sexo e como consequência deste reconhecimento o direito, também, de pode adotar uma criança ou um adolescente, como fazem os casais heteroafetivos, por exemplo.

A exemplo do direito de reconhecimento de união estável reconhecida, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, emitiu julgado com o seguinte teor:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE
UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. POSSIBILIDADE.

POSICIONAMENTO CONSAGRADO NO JULGAMENTO DA ADIN Nº 4277 E DA ADPF Nº 132. DIREITOS SUCESSÓRIOS. PREQUESTIONAMENTO. 1. Tendo em vista o julgamento da ADIn nº 4277 e da ADPF nº 132, resta superada a compreensão de que se revela juridicamente impossível o reconhecimento de união estável, em se tratando de duas pessoas do mesmo sexo. 2. Na espécie, o conjunto probatório é robusto no sentido da caracterização do relacionamento estável, nos moldes do art. 1.723 do CC, razão por que deve ser emprestado à relação havida entre a recorrente e a companheira falecida tratamento equivalente ao que a lei confere à união estável havida entre homem e mulher, inclusive no que se refere aos direitos sucessórios sobre as duas casas construídas com esforço comum, o que foi reconhecido judicialmente, na forma do art. 1.790, III, do CC (pois concorre a insurgente com a genitora da falecida). 3. O magistrado não está obrigado a se manifestar sobre todos os dispositivos legais invocados pelas partes, necessitando, apenas, indicar o suporte jurídico no qual embasa seu juízo de valor, entendendo ter dado à matéria a correta interpretação jurídica. APELO PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70045194677, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 22/03/2012)

Em outra seara do judiciário brasileiro, houve o julgado do Tribunal Superior Eleitoral – TSE que reconheceu a união de pessoas do mesmo sexo com o objetivo de declarar a inelegibilidade da candidata à prefeitura, segue julgado:

REGISTRO DE CANDIDATO. CANDIDATA AO CARGO DE PREFEITO. RELAÇÃO ESTÁVEL HOMOSSEXUAL COM A PREFEITA REELEITA DO MUNICÍPIO. INELEGIBILIDADE. ART. 14 § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Os sujeitos de uma relação estável, de homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal. Recurso a que se dá provimento. (Ac. Unân, Rec. Especial Eleitoral 24564/PA, Gilmar Ferreira Mendes 2004).

Porém, aqui é mais fácil perceber que quando se trata de alguma restrição à direitos de casal do mesmo sexo é mais facilmente concedido o reconhecimento do que quando o que se busca é algum direito.

Outro julgado que demonstra a evolução do judiciário brasileiro ocorreu também no Rio Grande do Sul onde teve a ilustre Maria Berenice Dias como relatora, ocasião em que ficou reconhecida a união entre o casal homoafetivo como sendo uma entidade familiar e, assim, lhes foram conferidos o direito a adoção.

APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE.

Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes.

NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. Apelação Cível nº 70013801592

Na apelação acima, o Ministério Público apelou da decisão que concedia ao casal homossexual o direito de adoção, porém, tal recurso não prosperou vez que, segundo a relatora, “é hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica [...]”

Sentença inovadora que merece respeito foi prolatada do Estado de Sergipe, pelo Desembargador Roberto Eugenio da Fonseca Porto, que reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo e lhes concedeu direitos no âmbito da partilha de bens quando se deu a dissolução de tal união, afirmando, em suma, que não existindo pacto diferente, as uniões estáveis serão regidas pelo regime parcial de bens, como se procede na união estável de casal de sexo diverso, ou seja, com isso, o referido Desembargador igualou as relações heterossexuais às relações homossexuais.

Segue, ementa da referida Apelação Cível nº 201400713048 do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL – RELAÇÃO HOMOAFETIVA - CONFIGURAÇÃO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA CARACTERIZAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL - INTELIGÊNCIA DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL E ADI 4277/DF - CONTEXTO PROBATÓRIO SUFICIENTE PARA CONCLUIR QUE AS PARTES MANTINHAM UM RELACIONAMENTO AFETIVO TÍPICO DE UNIÃO ESTÁVEL, OU SEJA, CONVIVÊNCIA PÚBLICA, CONTÍNUA E ESTABELECIDADA COM OBJETIVO DE CONSTITUIR

FAMÍLIA – DETERMINAÇÃO DE PARTILHA DE AGÊNCIA DE TURISMO – APLICAÇÃO DO ART.1725 DO CÓDIGO CIVIL - REFORMA DA SENTENÇA - APELO CONHECIDO E PROVIDO - DECISÃO POR UNANIMIDADE.

Assim, é imprescindível exaltar o papel que a jurisprudência exerce pois, segundo Paulo Nader (2010, p. 171) no exercício do julgamento, os tribunais analisam o direito e formulando as mais variadas hipóteses de cabimento de uma determinada norma jurídica e quando se estabelece qual o alcance das leis, o judiciário torna a ordem jurídica mais acessível ao pleno conhecimento.

É de grande importância registrar aqui a controvertida decisão que fora decretada pelo Juízo da 9ª Vara Criminal de São Paulo, que no ano de 2007 ganhou repercussão nacional.

O caso supracitado ocorreu quando Richarlysson, jogador de futebol prestou uma queixa-crime em face de um diretor administrativo, na época, do time Palmeiras, onde o jogador alegou que este diretor o chamou de homossexual.

Porém, o juiz da referida vara criminal afirmou ser o jogador gay e por isso não deu seguimento a queixa-crime pois, não houve, desse modo, injúria alguma por parte do diretor ora querelado,

O juiz, na sentença, em meio a outros argumentos, afirmou que a via judicial não era a mais adequada para solucionar tal caso e sugeriu que o problema fosse, segundo ele, resolvido “*tête à tête*”. Segue trecho da referida sentença:

Quem é, ou foi BOLERO, sabe muito bem que estas infelizes colocações exigem réplica imediata, instantânea, mas diretamente entre o ofensor e o ofendido, num TÊTE-À-TÊTE”.(TJ-SP,2007,s/p)

Não bastando tamanho desídia do juiz do caso, este ainda afirma, entre linhas que caso o jogador fosse de fato homossexual, este deixasse sua profissão uma vez que esta deve ser praticada pelos heterossexuais, conforme outro trecho da data *vênia*, desprezível sentença:

Já que foi colocado, como lastro, este juízo responde: futebol é jogo viril, varonil, não homossexual. Há hinos que consagram esta condição: “OLLHOS ONDE SURGE O AMANHÃ, RADIOSO DE LUZ, VARONIL, SEGUE SUA SENDA DE VITÓRIAS...” (TJ-SP, 2007, S/P).

Continua o “ absurdo jurídico” quando disse não ser concebível um ídolo do futebol brasileiro ser homossexual, quando afirmou:

Quem se recorda da “COPA DO MUNDO DE 1970”, quem viu o escrete de ouro jogando (FÉLIX, CARLOS ALBERTO, BRITO, EVERALDO E PIAZA; CLODOALDO E GÉRSO; JAIRZINHO, PELÉ, TOSTÃO E RIVELINO), jamais conceberia um ídolo um homossexual.

Quem presenciou grandes orquestras futebolísticas formadas: SEJAS, CLODOALDO, PELÉ E EDU, no Peixe; MANGA, FIGUEROA, FALCÃO E CAÇAPAVA, no Colorado; CARLOS, OSCAR, VANDERLEI, MARCÓ AURELIO E DICÁ, na Macaca, dentre inúmeros craques, não poderia sonhar em vivenciar um homossexual jogando futebol. (TJ-SP, 2007 s/p)

Finalizou sua sentença preconceituosa afirmando que os homossexuais, caso optassem por jogar futebol, que o fizessem em separado dos heterossexuais, “não que um homossexual não possa jogar bola. Pois que jogue, querendo. Mas, forme o seu time e inicie uma Federação. Agende jogos com quem prefira pelear contra si. (TJ-SP, 2007, s/p) ”

Em que pese o caso acima retratado não se tratar diretamente de adoção por casal homoafetivo, foi de grande valia retratá-lo neste trabalho para exemplificar como ainda existem preconceitos e conceito pejorativo quando se trata da homossexualidade.

E é partir de pensamentos como do juiz acima retratado, que o reconhecimento de certos direitos inerentes ao ser humano, independente de sua orientação sexual, encontra dificuldades de serem reconhecidos, a exemplo do reconhecimento de sua união como sendo uma entidade familiar e a possibilidade de adoção de uma criança ou adolescente.

5.3 A minoria Sexual frente à Adoção

Até os anos de 80 os movimentos homossexuais se organizavam apenas com o fito de afirmação de sua categoria sexual. Porém, nos anos 90 com o surto da AIDS e o fato de tal doença se tornar uma epidemia entre os homossexuais os movimentos homoafetivos começaram a melhor se organizar e passaram a ter mais notoriedade na sociedade.

Assim, até os dias de hoje é possível notar que os grupos de movimentos homossexuais trabalham de maneira ostensiva no tocante a prevenção da AIDS e qualquer outra forma de doenças sexualmente transmissível – DST, como também reprimir a violência discriminação que este grupo recebe ainda hoje, sobre isso pode-se observar:

No século XXI, os grupos dão continuidade à história do movimento. Através das entrevistas com os principais ativistas homossexuais do Rio de Janeiro, pudemos constatar que em 2004 os temas mais apontados como bandeiras foram: prevenção de DST/AIDS, elevação da auto-estima dos homossexuais, luta contra o preconceito/discriminação/violência, visibilidade e conquista de direitos via legislativo ou judiciário – como os ligados à questão da conjugalidade entre homossexuais. Entre os grupos de lésbicas, a violência entre companheiras lésbicas parece ser uma temática importante. (UZIEL et AL, 2006, s/p)

No tocante a adoção por pares do mesmo sexo, os próprios homoafetivos ponderam suas opiniões, e tal afirmação é possível de se observar na leitura do depoimento de uma participante militante de um movimento de lésbicas:

Eu não [adotaria]... A questão até do pré-conceito, de que eu não sei quais as heranças genéticas que aquela criança traz nos seus genes. Mas eu posso saber quais as heranças que a minha criança, que o filho, que a filha que eu vou pôr no mundo vai ter, né? São pré-conceitos. (UZIEL et AL, 2006 s/p)

Após a observação a este relato, é possível notar que existe também a dúvida acerca da carga genética que a criança adotada terá. Porém, cumpre salientar que tal dúvida não é inerente apenas aos casais homossexuais, mas sim a qualquer adotante.

É claro, ainda, o fato de que a parentalidade não surge apenas como um questionamento do casal, mas também como uma dúvida de caráter individual.

De acordo com UZIEL (2006, s/p), “ chama a atenção, inclusive, o discurso de uma das entrevistadas, contrárias a adoção por um casal do mesmo sexo. Não se opõe, no entanto, à convivência de criança com o/a parceiro/a do pai/mãe”.

Esta questão é tratada nos grupos homossexuais como sendo uma reivindicação individual, de ordem privada, quando se trata da guarda do adotado nos processos de adoção.

Mesmo porque a adoção por homossexuais é uma condição que já se faz evidente no cenário atual, estando pendentes apenas questões de reconhecimento legal, quando se trata de casal. Tal falta de reconhecimento talvez venha a favorecer as práticas de adoção “à brasileira” em detrimento da adoção “legal”, que pudemos verificar no decorrer das entrevistas. (UZIEL et AL, 2006, s/p)

A parentalidade ainda não a principal questão debatida por estes grupos, como se pode ver a seguir, conforme autor supracitado:

Alguns grupos acham que a questão não se torna uma reivindicação pública exatamente porque os homossexuais a restringem ao âmbito privado, numa tentativa de se protegerem e de protegerem seus filhos do preconceito da sociedade. Dessa forma, para eles, sem o engajamento das pessoas que têm a vivência dessa questão, a causa não consegue ganhar corpo apenas com a atuação dos ativistas que reivindicam o direito à parentalidade por uma questão política, por vivência teórica e/ou por compreender que é uma conquista importante. Outros grupos parecem tratar a temática como uma questão de âmbito privado e que, portanto, não teria motivo para passar ao nível público. (UZIEL et AL, 2006, s/p)

Neste diapasão, ativistas desses grupos homossexuais defendem que é necessário que se lute pelo direito da parentalidade bem como o direito ao reconhecimento de suas uniões até que estas questões se tornem “bandeiras” do grupo, ou seja, se tornem questões principais de suas lutas.

Isto pode ser notado em outro depoimento, desta vez, de um ativista de um grupo gay do estado do Rio de Janeiro:

[...] ao mesmo tempo que você terá as bandeiras gerais, de luta, você também tem que construir, até pra poder fortalecer e respaldar essa luta geral, [...] o que eu chamo de acúmulo de força pra fortalecer essa própria luta geral. Então, à medida que você mostra que tem demanda de pessoas por guarda, por adoção, por pensão, por não sei o quê, você tá mostrando que você não tá lutando por um direito pra alienígenas, extraterrestres. Tá lutando por um direito pra pessoas que têm realmente essas necessidades. (UZIEL et AL, 2006, s/p)

Desta forma, as lideranças dos movimentos homossexuais creem que estas reivindicações somente devem ser buscadas quando fossem alcançadas outras vitórias, mais básicas que estas. De acordo com estes ativistas, a sociedade

também precisa estar preparada para que tais direitos sejam reconhecidos, como depõe outro ativista:

[...] Eu acho que a gente não deve brigar por essa causa. Eu acho que tem que ter direito sim. [...] Mas eu acho que não é uma bandeira legal, porque você tem [...] tantos degraus ainda aqui pra subir e você quer pisar naquele que tá lá em cima, é complicado. Você acaba causando impacto com a hipocrisia da sociedade e a briga fica mais difícil. [...] No dia que você puder segurar a mão do seu companheiro, dar um beijo no rosto dele e não ser olhada de cara feia, lá na frente, você vai poder adotar uma criança e não ter nenhum tipo de discriminação, nenhum tipo de preconceito por isso. (NELSON apud UZIEL et AL, 2006, s/p)

Logo, é possível perceber que há uma pirâmide de propriedades nas reivindicações destes grupos, ou seja, nem tem como lutar por direitos mais complexos quando direitos básicos ainda não foram conquistados.

Contudo, de acordo com Danilo, um ativista do grupo gay também do Rio de Janeiro, não é hierarquizar os direitos, mas sim uma prioridade com estratégias formuladas:

[...] não é uma questão de excluir um tema, mas de analisar politicamente qual a estratégia, o que nós vamos priorizar, que estratégia vamos construir pra que esse projeto seja aprovado. Ai é você pensar estratégias de pressão política, de incidência política, de monitoramento, de articulação, de lobby, [...] O que nós deliberamos no último encontro, que a prioridade nossa nos próximos, três anos é o primeiro de união civil; dois, a questão da discriminação por orientação sexual, seja emenda constitucional, seja a inclusão da orientação sexual na lei anti-racismo, ou... em terceiro, a questão também da demandados transgêneros, que é reconhecimento de documentação [...] Tem outras coisas importantes? Tem. A questão da escola, a questão do homossexual nas forças armadas... Mas aí, como a gente prioriza... Mas não significa que no dia-a-dia a gente não deva estar falando desses temas também. E estar dando visibilidade pra que esses temas aconteçam [...] Enquanto também a união civil não rola lá, eu não vou ficar parado sem fazer nada. (UZIEL et AL, 2006, s/p)

Desta maneira, conforme UZIEL, são colocadas em pauta duas questões diferentes: a prioridade das reivindicações e de outro lado as questões que podem ser entendidas como bandeiras de luta.

Os temas que fazem parte da pauta dos movimentos homoafetivos expressam interesses mais homogêneos entre si. Por fim, é possível notar, como

dito anteriormente, que para que um tema se torne “bandeira” de determinado grupo outro menos complexo já deve estar superado.

Das questões acima tratadas como direitos prioritários, deve-se perceber que eles veem sendo atendidos de maneira paulatina como prova disto se tem o Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra GLBT e de Promoção da Cidadania Homossexual, intitulado de “Brasil sem Homofobia”.

Este programa trata-se de uma parceria entre a sociedade e o governo federal que tem como objetivo diminuir todos os tipos de discriminações e preconceitos para com as minorias sexuais, este programa conta com tais princípios:

A inclusão da perspectiva da não-discriminação por orientação sexual e de promoção dos direitos humanos de gays, lésbicas, transgêneros e bissexuais, nas políticas públicas e estratégias do Governo Federal, a serem implantadas (parcial ou integralmente) por seus diferentes Ministérios e Secretarias.

A produção de conhecimento para subsidiar a elaboração, implantação e avaliação das políticas voltadas para o combate à violência e à discriminação por orientação sexual, garantindo que o Governo Brasileiro inclua o recorte de orientação sexual e o segmento GLBT em pesquisas nacionais a serem realizadas por instâncias governamentais da administração pública direta e indireta. A reafirmação de que a defesa, a garantia e a promoção dos direitos humanos incluem o combate a todas as formas de discriminação e de violência e que, portanto, o combate à homofobia e a promoção dos direitos humanos de homossexuais é um compromisso do Estado e de toda a sociedade brasileira. (BRASIL SEM HOMOFOBIA, 2004, 12-13)

Logo, verificando estes princípios é possível afirmar que o planejamento do escalonamento de prioridades de busca de direitos está sendo alcançado.

5.4 Do Posicionamento Jurisprudencial e Doutrinário Quanto à Adoção Homoafetiva

Este tópico do presente trabalho é de suma importância pois, será visto quais são os pontos negativos e os positivos nos casos de adoção por um par homossexual.

Os positivistas se mantêm forte nos seus entendimentos que eles próprios chamam de “encarar de forma moral” a situação fática. Neste diapasão, Arnaldo Marmitt afirma:

A boa reputação do adotante é ponto a seu favor, e pressuposto de uma exitosa adoção. [...]

Se de um lado não há impedimentos contra o impotente, não vale o mesmo quanto aos travestis, os homens, as lésbicas, as sádicas, etc., sem condições morais suficientes. A inconveniência e a proibição condizem mais com o aspecto moral, natural e educativo. (MARMITT, 2003, P.69)

A doutrinadora Débora Vanessa C. Brandão também partilha do mesmo pensar, ou seja, acredita ser impossível a adoção por casal do mesmo sexo tendo como argumento o transtorno de ordem psicológica que o adotado irá passar, afirmando que:

Antes de tudo convém a exploração dos aspectos psicológicos relativos ao tema posto que os parceiros, por mais que se relacionem intimamente sob o mesmo teto, não conseguem imitar a natureza humana como homem e mulher, nos papéis de pai e mãe. (BRANDÃO, 2002, p. 95)

Aqui, merece destacar o artigo 227 da Carta Magna que afirma que é dever do Estado dar à criança e ao adolescente a devida tutela de seus direitos fundamentais, quais sejam, direito à liberdade, ao respeito, a convivência familiar, à educação entre outros e que segundo Rogger Raupp Rios (2011, p.39) serão esquecidos caso uma criança ou adolescente venham a ser adotados por um casal homossexual.

Na visão de Luiz Carlos de Barros Figueiredo, existe outro ponto que torna a adoção por pessoas do mesmo sexo inviável, pois este entende que neste tipo de união não existe uma formação de uma entidade familiar:

Por fim, nesta questão de adoção a favor de homossexuais há que se referenciar a IMPOSSIBILIDADE ABSOLUTA DE SUA CONCESSÃO A FAVOR DE CASAIS HOMOSSEXUAIS. A Constituição Federal em seu art. 226, § 3º reconhece como Entidade familiar a união estável entre um homem e uma mulher, [...]. (FIGUEIREDO, 2009, p.54)

É possível, frisar no que tange ao registro civil da criança ou adolescente adotado que a lei supõe que haja uma diferença de sexo entre os adotantes, ou seja, segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seu artigo 47, §1º o adotado não pode ser registrado com nome de dois pais e duas mães.

Os posicionamentos acima retratados mostram ser contrários à possibilidade da adoção por casal do mesmo sexo, porém, agora se faz imprescindível demonstrar o posicionamento a favor desta modalidade de adoção.

Em que pese ser um assunto controverso, hoje em dia é possível conseguir doutrinadores e magistrados a favor da adoção por casal homossexual, entre eles Maria Berenice Dias que sempre inova nos seus posicionamentos quando se refere a questões sociais, questões de direitos humanos e direitos das minorias.

A supracitada doutrinadora afirma:

Na Califórnia, desde meados de 1970, vem sendo estudada a prole de famílias não convencionais, filhos de *hippies* e de quem vive em comunidade ou casamentos abertos, bem como crianças criadas por mães lésbicas ou pais gays. Concluíram os pesquisadores que filhos com pais do mesmo sexo demonstram o mesmo nível de ajustamento encontrado entre crianças que convivem com pais do mesmo sexo. [...]. Também não foi detectada qualquer tendência importante no sentido de que filhos de pais homossexuais venham a se tornar homossexuais (DIAS, 2010, p.78)

Neste sentido, Marcia Lopes de Carvalho assevera que:

Nossa legislação ainda não permite casamentos homossexuais, então a adoção teria de ser feito por um membro do par, como solteiro. Pesquisas recentes realizadas nos Estados Unidos da América indicam que crianças criadas por homossexuais não tem problemas maiores que criadas por heterossexuais. A definição psicológica do sexo dos pais não cria problemas para os filhos, muito menos os torna obrigatoriamente homossexuais. (CARVALHO, 2001, p.47).

Outra doutrinadora já citada neste trabalho, Taisa Ribeiro Fernandes pondera que não se pode relacionar a adoção com a orientação sexual dos adotantes, até porque nos dias atuais os pais e as mães trocam de função perante a família por várias vezes não restando espaço para justificativa que o pai exerce tal função e a mãe deve exercer tal papel.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) trata de forma genérica a inserção de um adotado em uma família substituta não expondo nenhuma vedação no sentido de se ter uma criança ou adolescente adotada por um casal do mesmo sexo.

Os únicos requisitos exigidos são os do artigo 39 e seguintes do referido diploma legal e além do mais está previsto no artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente que podem adotar independente de seu estado civil, os maiores de 18 anos.

Assim, sobre o princípio do melhor interesse da criança e o princípio da dignidade da pessoa humana, Maria Berenice Dias afirma:

De outro lado, ainda que se presuma que o Estatuto da Criança e do Adolescente não tenha cogitado a hipótese da adoção por um homossexual, possível sustentar que tal ocorria, independentemente de qualquer alteração legislativa. O art. 28 do Estatuto permite a colocação no que se chama de “família substituta”, não definindo qual a conformação da família. [...].

Sob esse enfoque não há vedação para um casal homossexual ser reconhecidos como uma família substituta apta a abrigar uma criança.

[...] Assim, imperioso concluir que, de forma paradoxal, o intuito de resguardar e preservar o menor resta por subtrair-lhe a possibilidade de usufruir de direitos que de fato possui, limitação que afronta a própria finalidade protetiva a criança e ao adolescente decantado na Carta Constitucional e perseguida pela lei especial. (DIAS, 2009, p. 67)

No tocante ao registro civil do adotado por um casal do mesmo sexo, Maria Berenice Dias rebate a impossibilidade afirmando que esta se trata apenas de mera formalidade devendo ser observada a realidade de cada caso.

Assim, cabe somente ao magistrado analisar caso a caso que lhe é ofertado para poder emitir algum julgamento.

6. CONCLUSÃO

A presente monografia cuidou de analisar o instituto da adoção quando realizada por casal do mesmo sexo e quais seus efeitos para os adotantes, para o adotado e como esta possibilidade é vista perante a doutrina e jurisprudência.

Não se deve esquecer que por imposição da Constituição Federal, a união de homossexuais que seja baseada no afeto, na publicidade pode e deve ser considerada como uma entidade familiar como ocorre com a união de pessoas de sexo opostos.

Os direitos humanos estão intimamente ligados aos direitos de família que se baseiam no princípio da dignidade da pessoa humana. Este princípio significa, em última instância uma maneira de se obter igualdade a todos os membros da família.

Deste modo, não se pode dar tratamento diferenciado as mais variadas formas de filiação ou a todos os tipos de formação de família. Assim, é intolerável a discriminação familiar formada por casal homossexual e, concomitantemente a isto, a adoção feita por este casal tem o direito de ser possível.

Frente à garantia da convivência familiar, surge uma necessidade de se fortalecer os vínculos da família e a manutenção da criança ou do adolescente no seio de sua família biológica. Ocorre, porém, visando o melhor interesse da criança a destituição do poder de sua família biológica e realizar sua entrega à adoção.

O que se deve sobressair é o direito a dignidade, contudo, muitas das vezes este direito não é respeitado e é nesse momento que se faz necessário que o Estado intervenha nessa relação, tirando a criança ou o adolescente do lar desprovido de tal direito para ser colocado em uma família que preserve este direito, ainda que seja uma família substituta.

O direito que a criança e o adolescente possuem de se ter uma convivência com sua família não está atrelada ao fato desta ser a família biológica vez que os laços afetivos não se derivam de uma ligação sanguínea.

Assim, frente ao reconhecimento da união homossexual como uma entidade familiar surge a possibilidade desta mesma familiar configurar o polo ativo de um processo de adoção.

A não concessão desta adoção por parte do poder judiciário levando em consideração apenas a orientação sexual dos adotantes é uma flagrante violação

aos princípios constitucionais como o princípio da dignidade da pessoa humana bem como o princípio da isonomia.

Além do mais é importante salientar que dentre os requisitos presentes no ECA não se fala em vedação a adoção conjunta realizada por casal homossexual desde que seja comprovada a estabilidade familiar dos adotantes.

Desta maneira, a concessão facilitada para adoção por casais homossexuais como é feita para os casais heterossexuais sanaria um grande problema, que é a quantidade exorbitante de crianças órfãs no país.

Porém, o preconceito e a discriminação fazem com que a sociedade e a justiça privem que crianças ou adolescentes sejam criados em um lar com afeto, respeito, carinho e onde seus direitos são garantidos e preservados.

Logicamente não se pode questionar o fato de que uma criança adotada por um casal homossexual irá sofrer algum tipo de preconceito por parte da sociedade. Porém não se pode deixar de salientar que há anos atrás os filhos de mães solteiras bem como os de pais separados passavam pela mesma discriminação.

Assim, depois de se fazer todo esse estudo é possível chegar a conclusão que a adoção de uma criança ou um adolescente por um casal do mesmo sexo, é possível e lícita, não havendo maiores razões para que haja impedimento vez que é essencial que o convívio de uma criança ou um adolescente em uma família que lhes promova saúde, bem-estar, conforto, educação, dentre tantos outros direitos que são encontrados no seio de uma família.

Deste modo, parece ser inadmissível que um preconceito impeça que um adotado tenha estes direitos. Logo, é de grande valia que os magistrados frente a um caso real, tenha maior cautela ao julgar a demanda de adoção, seja ela por um casal homoafetivo ou não pois, o que se tem, na realidade, é mais do que a vontade do casal de adotar, mas sim a necessidade de dar a uma criança ou um adolescente o direito de serem criadas dentro de um núcleo familiar com afeto, respeito e direitos garantidos, independentemente da orientação sexual dos pais adotivos.

REFERÊNCIA

ALMEIDA NETO, Luiz Mello de. Família no Brasil nos anos 90: Um estudo sobre a construção social da conjugalidade homossexual. Tese de doutorado, Brasília, 1999. Disponível em: <<http://www.osselegis.org.familia.htm>>. Acesso em: 22 abril. 2015.

BARROSO, Luiz Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 24ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009

BRANDÃO, Débora Vanessa Caus. Parceiros homossexuais: aspectos jurídicos. São Paulo: Tr, 2002.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, Márcia Lopes de. 101 perguntas e respostas sobre adoção. CECIF. São Paulo: 2001.

DIAS, Maria Berenice. União Homossexual: o preconceito e a justiça. 4ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito constitucional. 24ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FERNANDES, Taísa Ribeiro. Uniões Homossexuais e seus efeitos jurídicos. São Paulo. Método, 2004

FIGUEIREDO, Luiz Carlos de Barros. Adoção por homossexual. Curitiba: Juruá, 2009.

FONTANELA, Patrícia. União entre pessoas do mesmo sexo e a possibilidade de adoção por pares homossexuais. Florianópolis: Revista do Emec, vol. 1, nº, 25, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito de família. vol. v. 20ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARMITT, Arnaldo. Adoção. Rio de Janeiro. Aide, 2003.

NADER, Paulo. Curso de direito Civil. Direito de família. vol. 5. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PINHEIRO, Aline. Juiz nega ação de Richarlyson e diz que futebol é para macho. disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007_ago_03/juiz_nega_ação_jogador_futebol_macho>. Acesso em: 25 abr. 2015

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação a orientação sexual e identidade de gênero. In: <http://www.clam.org.br/principiosdeyogyakarta.pdf>, 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito de família. 8ª Ed. Rio de Janeiro, Forense, 2011.

UZIEL, Ana Paula et al. Parentalidade e conjugalidade: aparições no movimento homossexual. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=50104-71832006000200009&script=sci_arttext>. Acesso em: 02 abril. 2015.

VENOSA, Silvio de. Direito de família. 10ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

ANEXO – A**DECRETO Nº 99.710, DE 21 DE NOVEMBRO DE 1990.**

Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, usando da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e

Considerando que o Congresso Nacional aprovou, pelo Decreto Legislativo nº 28, de 14 de setembro de 1990, a Convenção sobre os Direitos da Criança, a qual entrou em vigor internacional em 02 de setembro de 1990, na forma de seu artigo 49, inciso 1;

Considerando que o Governo brasileiro ratificou a referida Convenção em 24 de setembro de 1990, tendo a mesma entrado em vigor para o Brasil em 23 de outubro de 1990, na forma do seu artigo 49, incisos 2;

DECRETA:

Art. 1º A Convenção sobre os Direitos da Criança, apensa por cópia ao presente Decreto, será executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.

Art. 2º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 21 de novembro de 1990; 169º da Independência e 102º da República.

FERNANDO COLLOR *Francisco Rezek*

Este texto não substitui o publicado no DOU de 22.11.1990

CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA

Preâmbulo

Os Estados Partes da presente Convenção,

Considerando que, de acordo com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, a liberdade, a justiça e a paz no mundo se fundamentam no reconhecimento da dignidade inerente e dos direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana;

Tendo em conta que os povos das Nações Unidas reafirmaram na carta sua fé nos direitos fundamentais do homem e na dignidade e no valor da pessoa humana e que decidiram promover o progresso social e a elevação do nível de vida com mais liberdade;

Reconhecendo que as Nações Unidas proclamaram e acordaram na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos Pactos Internacionais de Direitos Humanos que toda pessoa possui todos os direitos e liberdades neles enunciados, sem distinção de qualquer natureza, seja de raça, cor, sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra índole, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição;

Recordando que na Declaração Universal dos Direitos Humanos as Nações Unidas proclamaram que a infância tem direito a cuidados e assistência especiais;

Convencidos de que a família, como grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, e em particular das crianças, deve receber a proteção e assistência necessárias a fim de poder assumir plenamente suas responsabilidades dentro da comunidade;

Reconhecendo que a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão;

Considerando que a criança deve estar plenamente preparada para uma vida independente na sociedade e deve ser educada de acordo com os ideais proclamados na Carta das Nações Unidas, especialmente com espírito de paz, dignidade, tolerância, liberdade, igualdade e solidariedade;

Tendo em conta que a necessidade de proporcionar à criança uma proteção especial foi enunciada na Declaração de Genebra de 1924 sobre os Direitos da Criança e na Declaração dos Direitos da Criança adotada pela Assembléia Geral em 20 de novembro de 1959, e reconhecida na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (em particular nos Artigos 23 e 24), no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (em particular no Artigo 10) e nos estatutos e instrumentos pertinentes das Agências Especializadas e das organizações internacionais que se interessam pelo bem-estar da criança;

Tendo em conta que, conforme assinalado na Declaração dos Direitos da Criança, "a criança, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento";

Lembrado o estabelecido na Declaração sobre os Princípios Sociais e Jurídicos Relativos à Proteção e ao Bem-Estar das Crianças, especialmente com Referência à Adoção e à Colocação em Lares de Adoção, nos Planos Nacional e Internacional; as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil (Regras de Pequim); e a Declaração sobre a Proteção da Mulher e da Criança em Situações de Emergência ou de Conflito Armado;

Reconhecendo que em todos os países do mundo existem crianças vivendo sob condições excepcionalmente difíceis e que essas crianças necessitam consideração especial;

Tomando em devida conta a importância das tradições e dos valores culturais de cada povo para a proteção e o desenvolvimento harmonioso da criança;

Reconhecendo a importância da cooperação internacional para a melhoria das condições de vida das crianças em todos os países, especialmente nos países em desenvolvimento;

Acordam o seguinte:

PARTE I

Artigo 1

Para efeitos da presente Convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes.

Artigo 2

1. Os Estados Partes respeitarão os direitos enunciados na presente Convenção e assegurarão sua aplicação a cada criança sujeita à sua jurisdição, sem distinção alguma, independentemente de raça, cor, sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra índole, origem nacional, étnica ou social,

posição econômica, deficiências físicas, nascimento ou qualquer outra condição da criança, de seus pais ou de seus representantes legais.

2. Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar a proteção da criança contra toda forma de discriminação ou castigo por causa da condição, das atividades, das opiniões manifestadas ou das crenças de seus pais, representantes legais ou familiares.

Artigo 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 interesse maior da criança.

2. Os Estados Partes se comprometem a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários para seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas.

3. Os Estados Partes se certificarão de que as instituições, os serviços e os estabelecimentos encarregados do cuidado ou da proteção das crianças cumpram com os padrões estabelecidos pelas autoridades competentes, especialmente no que diz respeito à segurança e à saúde das crianças, ao número e à competência de seu pessoal e à existência de supervisão adequada.

Artigo 4

Os Estados Partes adotarão todas as medidas administrativas, legislativas e de outra índole com vistas à implementação dos direitos reconhecidos na presente Convenção. Com relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, os Estados Partes adotarão essas medidas utilizando ao máximo os recursos disponíveis e, quando necessário, dentro de um quadro de cooperação internacional.

Artigo 5

Os Estados Partes respeitarão as responsabilidades, os direitos e os deveres dos pais ou, onde for o caso, dos membros da família ampliada ou da comunidade, conforme determinem os costumes locais, dos tutores ou de outras pessoas legalmente responsáveis, de proporcionar à criança instrução e orientação adequadas e acordos com a evolução de sua capacidade no exercício dos direitos reconhecidos na presente convenção.

Artigo 6

1. Os Estados Partes reconhecem que toda criança tem o direito inerente à vida.

2. Os Estados Partes assegurarão ao máximo a sobrevivência e o desenvolvimento da criança.

Artigo 7

1. A criança será registrada imediatamente após seu nascimento e terá direito, desde o momento em que nasce, a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles.

2. Os Estados Partes zelarão pela aplicação desses direitos de acordo com sua legislação nacional e com as obrigações que tenham assumido em virtude dos instrumentos internacionais pertinentes, sobretudo se, de outro modo, a criança se tornaria apátrida.

Artigo 8

1. Os Estados Partes se comprometem a respeitar o direito da criança de preservar sua identidade, inclusive a nacionalidade, o nome e as relações familiares, de acordo com a lei, sem interferências ilícitas.

2. Quando uma criança se vir privada ilegalmente de algum ou de todos os elementos que configuram sua identidade, os Estados Partes deverão prestar assistência e proteção adequadas com vistas a restabelecer rapidamente sua identidade.

Artigo 9

1. Os Estados Partes deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando, sujeita à revisão judicial, as autoridades competentes determinarem, em conformidade com a lei e os procedimentos legais cabíveis, que tal separação é necessária ao interesse maior da criança. Tal determinação pode ser necessária em casos específicos, por exemplo, nos casos em que a criança sofre maus tratos ou descuido por parte de seus pais ou quando estes vivem separados e uma decisão deve ser tomada a respeito do local da residência da criança.

2. Caso seja adotado qualquer procedimento em conformidade com o estipulado no parágrafo 1 do presente artigo, todas as partes interessadas terão a oportunidade de participar e de manifestar suas opiniões.

3. Os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança.

4. Quando essa separação ocorrer em virtude de uma medida adotada por um Estado Parte, tal como detenção, prisão, exílio, deportação ou morte (inclusive falecimento decorrente de qualquer causa enquanto a pessoa estiver sob a custódia do Estado) de um dos pais da criança, ou de ambos, ou da própria criança, o Estado Parte, quando solicitado, proporcionará aos pais, à criança ou, se for o caso, a outro familiar, informações básicas a respeito do paradeiro do familiar ou familiares ausentes, a não ser que tal procedimento seja prejudicial ao bem-estar da criança. Os Estados Partes se certificarão, além disso, de que a apresentação de tal petição não acarrete, por si só, conseqüências adversas para a pessoa ou pessoas interessadas.

Artigo 10

1. De acordo com a obrigação dos Estados Partes estipulada no parágrafo 1 do Artigo 9, toda solicitação apresentada por uma criança, ou por seus pais, para ingressar ou sair de um Estado Parte com vistas à reunião da família, deverá ser atendida pelos Estados Partes de forma positiva, humanitária e rápida. Os Estados Partes assegurarão, ainda, que a apresentação de tal solicitação não acarretará conseqüências adversas para os solicitantes ou para seus familiares.

2. A criança cujos pais residam em Estados diferentes terá o direito de manter, periodicamente, relações pessoais e contato direto com ambos, exceto em circunstâncias especiais. Para tanto, e de acordo com a obrigação assumida pelos Estados Partes em virtude do parágrafo 2 do Artigo 9, os Estados Partes respeitarão o direito da criança e de seus pais de sair de qualquer país, inclusive do próprio, e de ingressar no seu próprio país. O direito de sair de qualquer país estará sujeito, apenas, às restrições determinadas pela lei que sejam necessárias para proteger a segurança nacional, a ordem pública, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades de outras pessoas e que estejam acordes com os demais direitos reconhecidos pela presente convenção.

Artigo 11

1. Os Estados Partes adotarão medidas a fim de lutar contra a transferência ilegal de crianças para o exterior e a retenção ilícita das mesmas fora do país.

2. Para tanto, aos Estados Partes promoverão a conclusão de acordos bilaterais ou multilaterais ou a adesão a acordos já existentes.

Artigo 12

1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança.

2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.

Artigo 13

1. A criança terá direito à liberdade de expressão. Esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e divulgar informações e idéias de todo tipo, independentemente de fronteiras, de forma oral, escrita ou impressa, por meio das artes ou por qualquer outro meio escolhido pela criança.

2. O exercício de tal direito poderá estar sujeito a determinadas restrições, que serão unicamente as previstas pela lei e consideradas necessárias:

a) para o respeito dos direitos ou da reputação dos demais, ou

b) para a proteção da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger a saúde e a moral públicas.

Artigo 14

1. Os Estados Partes respeitarão o direito da criança à liberdade de pensamento, de consciência e de crença.

2. Os Estados Partes respeitarão os direitos e deveres dos pais e, se for o caso, dos representantes legais, de orientar a criança com relação ao exercício de seus direitos de maneira acorde com a evolução de sua capacidade.

3. A liberdade de professar a própria religião ou as próprias crenças estará sujeita, unicamente, às limitações prescritas pela lei e necessárias para proteger a segurança, a ordem, a moral, a saúde pública ou os direitos e liberdades fundamentais dos demais.

Artigo 15

1. Os Estados Partes reconhecem os direitos da criança à liberdade de associação e à liberdade de realizar reuniões pacíficas.

2. Não serão impostas restrições ao exercício desses direitos, a não ser as estabelecidas em conformidade com a lei e que sejam necessárias numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou pública, da ordem pública, da proteção à saúde e à moral públicas ou da proteção aos direitos e liberdades dos demais.

Artigo 16

1. Nenhuma criança será objeto de interferências arbitrárias ou ilegais em sua vida particular, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de atentados ilegais a sua honra e a sua reputação.

2. A criança tem direito à proteção da lei contra essas interferências ou atentados.

Artigo 17

Os Estados Partes reconhecem a função importante desempenhada pelos meios de comunicação e zelarão para que a criança tenha acesso a informações e materiais procedentes de diversas fontes nacionais e internacionais, especialmente informações e materiais que visem a promover seu bem-estar social, espiritual e moral e sua saúde física e mental. Para tanto, os Estados Partes:

a) incentivarão os meios de comunicação a difundir informações e materiais de interesse social e cultural para a criança, de acordo com o espírito do artigo 29;

b) promoverão a cooperação internacional na produção, no intercâmbio e na divulgação dessas informações e desses materiais procedentes de diversas fontes culturais, nacionais e internacionais;

c) incentivarão a produção e difusão de livros para crianças;

d) incentivarão os meios de comunicação no sentido de, particularmente, considerar as necessidades lingüísticas da criança que pertença a um grupo minoritário ou que seja indígena;

e) promoverão a elaboração de diretrizes apropriadas a fim de proteger a criança contra toda informação e material prejudiciais ao seu bem-estar, tendo em conta as disposições dos artigos 13 e 18.

Artigo 18

1. Os Estados Partes envidarão os seus melhores esforços a fim de assegurar o reconhecimento do princípio de que ambos os pais têm obrigações comuns com relação à educação e ao desenvolvimento da criança. Caberá aos pais ou, quando for o caso, aos representantes legais, a responsabilidade primordial pela educação e pelo desenvolvimento da criança. Sua preocupação fundamental visará ao interesse maior da criança.

2. A fim de garantir e promover os direitos enunciados na presente convenção, os Estados Partes prestarão assistência adequada aos pais e aos representantes legais para o desempenho de suas funções no que tange à educação da criança e assegurarão a criação de instituições, instalações e serviços para o cuidado das crianças.

3. Os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas a fim de que as crianças cujos pais trabalhem tenham direito a beneficiar-se dos serviços de assistência social e creches a que fazem jus.

Artigo 19

1. Os Estados Partes adotarão todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto a criança estiver sob a custódia dos pais, do representante legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela.

2. Essas medidas de proteção deveriam incluir, conforme apropriado, procedimentos eficazes para a elaboração de programas sociais capazes de proporcionar uma assistência adequada à criança e às pessoas encarregadas de seu cuidado, bem como para outras formas de prevenção, para a identificação, notificação, transferência a uma instituição, investigação, tratamento e acompanhamento posterior dos casos acima mencionados de maus tratos à criança e, conforme o caso, para a intervenção judiciária.

Artigo 20

1. As crianças privadas temporária ou permanentemente do seu meio familiar, ou cujo interesse maior exija que não permaneçam nesse meio, terão direito à proteção e assistência especiais do Estado.

2. Os Estados Partes garantirão, de acordo com suas leis nacionais, cuidados alternativos para essas crianças.

3. Esses cuidados poderiam incluir, inter alia, a colocação em lares de adoção, a kafalah do direito islâmico, a adoção ou, caso necessário, a colocação em instituições adequadas de proteção para as crianças. Ao serem consideradas as soluções, deve-se dar especial atenção à origem étnica, religiosa, cultural e lingüística da criança, bem como à conveniência da continuidade de sua educação.

Artigo 21

Os Estados Partes que reconhecem ou permitem o sistema de adoção atentarão para o fato de que a consideração primordial seja o interesse maior da criança. Dessa forma, atentarão para que:

a) a adoção da criança seja autorizada apenas pelas autoridades competentes, as quais determinarão, consoante as leis e os procedimentos cabíveis e com base em todas as informações pertinentes e fidedignas, que a adoção é admissível em vista da situação jurídica da criança com relação a seus pais, parentes e representantes legais e que, caso solicitado, as pessoas interessadas tenham dado, com conhecimento de causa, seu consentimento à adoção, com base no assessoramento que possa ser necessário;

b) a adoção efetuada em outro país possa ser considerada como outro meio de cuidar da criança, no caso em que a mesma não possa ser colocada em um lar de adoção ou entregue a uma família adotiva ou não logre atendimento adequado em seu país de origem;

c) a criança adotada em outro país goze de salvaguardas e normas equivalentes às existentes em seu país de origem com relação à adoção;

d) todas as medidas apropriadas sejam adotadas, a fim de garantir que, em caso de adoção em outro país, a colocação não permita benefícios financeiros indevidos aos que dela participarem;

e) quando necessário, promover os objetivos do presente artigo mediante ajustes ou acordos bilaterais ou multilaterais, e envidarão esforços, nesse contexto, com vistas a assegurar que a colocação da criança em outro país seja levada a cabo por intermédio das autoridades ou organismos competentes.

Artigo 22

1. Os Estados Partes adotarão medidas pertinentes para assegurar que a criança que tente obter a condição de refugiada, ou que seja considerada como refugiada de acordo com o direito e os procedimentos internacionais ou internos aplicáveis, receba, tanto no caso de estar sozinha como acompanhada por seus pais ou por qualquer outra pessoa, a proteção e a assistência humanitária adequadas a fim de que possa usufruir dos direitos enunciados na presente convenção e em outros instrumentos internacionais de direitos humanos ou de caráter humanitário dos quais os citados Estados sejam parte.

2. Para tanto, os Estados Partes cooperarão, da maneira como julgarem apropriada, com todos os esforços das Nações Unidas e demais organizações intergovernamentais competentes, ou organizações não-governamentais que cooperem com as Nações Unidas, no sentido de proteger e ajudar a criança refugiada, e de localizar seus pais ou outros membros de sua família a fim de obter informações necessárias que permitam sua reunião com a família. Quando não for possível localizar nenhum dos pais ou membros da família, será concedida à criança a mesma proteção outorgada a

qualquer outra criança privada permanente ou temporariamente de seu ambiente familiar, seja qual for o motivo, conforme o estabelecido na presente convenção.

Artigo 23

1. Os Estados Partes reconhecem que a criança portadora de deficiências físicas ou mentais deverá desfrutar de uma vida plena e decente em condições que garantam sua dignidade, favoreçam sua autonomia e facilitem sua participação ativa na comunidade.

2. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança deficiente de receber cuidados especiais e, de acordo com os recursos disponíveis e sempre que a criança ou seus responsáveis reúnam as condições requeridas, estimularão e assegurarão a prestação da assistência solicitada, que seja adequada ao estado da criança e às circunstâncias de seus pais ou das pessoas encarregadas de seus cuidados.

3. Atendendo às necessidades especiais da criança deficiente, a assistência prestada, conforme disposto no parágrafo 2 do presente artigo, será gratuita sempre que possível, levando-se em consideração a situação econômica dos pais ou das pessoas que cuidem da criança, e visará a assegurar à criança deficiente o acesso efetivo à educação, à capacitação, aos serviços de saúde, aos serviços de reabilitação, à preparação para o emprego e às oportunidades de lazer, de maneira que a criança atinja a mais completa integração social possível e o maior desenvolvimento individual factível, inclusive seu desenvolvimento cultural e espiritual.

4. Os Estados Partes promoverão, com espírito de cooperação internacional, um intercâmbio adequado de informações nos campos da assistência médica preventiva e do tratamento médico, psicológico e funcional das crianças deficientes, inclusive a divulgação de informações a respeito dos métodos de reabilitação e dos serviços de ensino e formação profissional, bem como o acesso a essa informação, a fim de que os Estados Partes possam aprimorar sua capacidade e seus conhecimentos e ampliar sua experiência nesses campos. Nesse sentido, serão levadas especialmente em conta as necessidades dos países em desenvolvimento.

Artigo 24

1. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança de gozar do melhor padrão possível de saúde e dos serviços destinados ao tratamento das doenças e à recuperação da saúde. Os Estados Partes envidarão esforços no sentido de assegurar que nenhuma criança se veja privada de seu direito de usufruir desses serviços sanitários.

2. Os Estados Partes garantirão a plena aplicação desse direito e, em especial, adotarão as medidas apropriadas com vistas a:

a) reduzir a mortalidade infantil;

b) assegurar a prestação de assistência médica e cuidados sanitários necessários a todas as crianças, dando ênfase aos cuidados básicos de saúde;

c) combater as doenças e a desnutrição dentro do contexto dos cuidados básicos de saúde mediante, inter alia, a aplicação de tecnologia disponível e o fornecimento de alimentos nutritivos e de água potável, tendo em vista os perigos e riscos da poluição ambiental;

d) assegurar às mães adequada assistência pré-natal e pós-natal;

e) assegurar que todos os setores da sociedade, e em especial os pais e as crianças, conheçam os princípios básicos de saúde e nutrição das crianças, as vantagens da amamentação, da higiene e do saneamento ambiental e das medidas de prevenção de acidentes, e tenham acesso à educação pertinente e recebam apoio para a aplicação desses conhecimentos;

f) desenvolver a assistência médica preventiva, a orientação aos pais e a educação e serviços de planejamento familiar.

3. Os Estados Partes adotarão todas as medidas eficazes e adequadas para abolir práticas tradicionais que sejam prejudiciais à saúde da criança.

4. Os Estados Partes se comprometem a promover e incentivar a cooperação internacional com vistas a lograr, progressivamente, a plena efetivação do direito reconhecido no presente artigo. Nesse sentido, será dada atenção especial às necessidades dos países em desenvolvimento.

Artigo 25

Os Estados Partes reconhecem o direito de uma criança que tenha sido internada em um estabelecimento pelas autoridades competentes para fins de atendimento, proteção ou tratamento de saúde física ou mental a um exame periódico de avaliação do tratamento ao qual está sendo submetida e de todos os demais aspectos relativos à sua internação.

Artigo 26

1. Os Estados Partes reconhecerão a todas as crianças o direito de usufruir da previdência social, inclusive do seguro social, e adotarão as medidas necessárias para lograr a plena consecução desse direito, em conformidade com sua legislação nacional.

2. Os benefícios deverão ser concedidos, quando pertinentes, levando-se em consideração os recursos e a situação da criança e das pessoas responsáveis pelo seu sustento, bem como qualquer outra consideração cabível no caso de uma solicitação de benefícios feita pela criança ou em seu nome.

Artigo 27

1. Os Estados Partes reconhecem o direito de toda criança a um nível de vida adequado ao seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social.

2. Cabe aos pais, ou a outras pessoas encarregadas, a responsabilidade primordial de propiciar, de acordo com suas possibilidades e meios financeiros, as condições de vida necessárias ao desenvolvimento da criança.

3. Os Estados Partes, de acordo com as condições nacionais e dentro de suas possibilidades, adotarão medidas apropriadas a fim de ajudar os pais e outras pessoas responsáveis pela criança a tornar efetivo esse direito e, caso necessário, proporcionarão assistência material e programas de apoio, especialmente no que diz respeito à nutrição, ao vestuário e à habitação.

4. Os Estados Partes tomarão todas as medidas adequadas para assegurar o pagamento da pensão alimentícia por parte dos pais ou de outras pessoas financeiramente responsáveis pela criança, quer residam no Estado Parte quer no exterior. Nesse sentido, quando a pessoa que detém a responsabilidade financeira pela criança residir em Estado diferente daquele onde mora a criança, os Estados Partes promoverão a adesão a acordos internacionais ou a conclusão de tais acordos, bem como a adoção de outras medidas apropriadas.

Artigo 28

1. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança à educação e, a fim de que ela possa exercer progressivamente e em igualdade de condições esse direito, deverão especialmente:

a) tornar o ensino primário obrigatório e disponível gratuitamente para todos;

b) estimular o desenvolvimento do ensino secundário em suas diferentes formas, inclusive o ensino geral e profissionalizante, tornando-o disponível e acessível a todas as crianças, e adotar medidas apropriadas tais como a implantação do ensino gratuito e a concessão de assistência financeira em caso de necessidade;

c) tornar o ensino superior acessível a todos com base na capacidade e por todos os meios adequados;

d) tornar a informação e a orientação educacionais e profissionais disponíveis e acessíveis a todas as crianças;

e) adotar medidas para estimular a frequência regular às escolas e a redução do índice de evasão escolar.

2. Os Estados Partes adotarão todas as medidas necessárias para assegurar que a disciplina escolar seja ministrada de maneira compatível com a dignidade humana da criança e em conformidade com a presente convenção.

3. Os Estados Partes promoverão e estimularão a cooperação internacional em questões relativas à educação, especialmente visando a contribuir para a eliminação da ignorância e do analfabetismo no mundo e facilitar o acesso aos conhecimentos científicos e técnicos e aos métodos modernos de ensino. A esse respeito, será dada atenção especial às necessidades dos países em desenvolvimento.

Artigo 29

1. Os Estados Partes reconhecem que a educação da criança deverá estar orientada no sentido de:

a) desenvolver a personalidade, as aptidões e a capacidade mental e física da criança em todo o seu potencial;

b) imbuir na criança o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, bem como aos princípios consagrados na Carta das Nações Unidas;

c) imbuir na criança o respeito aos seus pais, à sua própria identidade cultural, ao seu idioma e seus valores, aos valores nacionais do país em que reside, aos do eventual país de origem, e aos das civilizações diferentes da sua;

d) preparar a criança para assumir uma vida responsável numa sociedade livre, com espírito de compreensão, paz, tolerância, igualdade de sexos e amizade entre todos os povos, grupos étnicos, nacionais e religiosos e pessoas de origem indígena;

e) imbuir na criança o respeito ao meio ambiente.

2. Nada do disposto no presente artigo ou no Artigo 28 será interpretado de modo a restringir a liberdade dos indivíduos ou das entidades de criar e dirigir instituições de ensino, desde que sejam respeitados os princípios enunciados no parágrafo 1 do presente artigo e que a educação ministrada em tais instituições esteja acorde com os padrões mínimos estabelecidos pelo Estado.

Artigo 30

Nos Estados Partes onde existam minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, ou pessoas de origem indígena, não será negado a uma criança que pertença a tais minorias ou que seja indígena o direito de, em comunidade com os demais membros de seu grupo, ter sua própria cultura, professar e praticar sua própria religião ou utilizar seu próprio idioma.

Artigo 31

1. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança ao descanso e ao lazer, ao divertimento e às atividades recreativas próprias da idade, bem como à livre participação na vida cultural e artística.

2. Os Estados Partes respeitarão e promoverão o direito da criança de participar plenamente da vida cultural e artística e encorajarão a criação de oportunidades adequadas, em condições de igualdade, para que participem da vida cultural, artística, recreativa e de lazer.

Artigo 32

1. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança de estar protegida contra a exploração econômica e contra o desempenho de qualquer trabalho que possa ser perigoso ou interferir em sua educação, ou que seja nocivo para sua saúde ou para seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social.

2. Os Estados Partes adotarão medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais com vistas a assegurar a aplicação do presente artigo. Com tal propósito, e levando em consideração as disposições pertinentes de outros instrumentos internacionais, os Estados Partes, deverão, em particular:

- a) estabelecer uma idade ou idades mínimas para a admissão em empregos;
- b) estabelecer regulamentação apropriada relativa a horários e condições de emprego;
- c) estabelecer penalidades ou outras sanções apropriadas a fim de assegurar o cumprimento efetivo do presente artigo.

Artigo 33

Os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas, inclusive medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais, para proteger a criança contra o uso ilícito de drogas e substâncias psicotrópicas descritas nos tratados internacionais pertinentes e para impedir que crianças sejam utilizadas na produção e no tráfico ilícito dessas substâncias.

Artigo 34

Os Estados Partes se comprometem a proteger a criança contra todas as formas de exploração e abuso sexual. Nesse sentido, os Estados Partes tomarão, em especial, todas as medidas de caráter nacional, bilateral e multilateral que sejam necessárias para impedir:

- a) o incentivo ou a coação para que uma criança se dedique a qualquer atividade sexual ilegal;
- b) a exploração da criança na prostituição ou outras práticas sexuais ilegais;
- c) a exploração da criança em espetáculos ou materiais pornográficos.

Artigo 35

Os Estados Partes tomarão todas as medidas de caráter nacional, bilateral e multilateral que sejam necessárias para impedir o seqüestro, a venda ou o tráfico de crianças para qualquer fim ou sob qualquer forma.

Artigo 36

Os Estados Partes protegerão a criança contra todas as demais formas de exploração que sejam prejudiciais para qualquer aspecto de seu bem-estar.

Artigo 37

Os Estados Partes zelarão para que:

a) nenhuma criança seja submetida a tortura nem a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Não será imposta a pena de morte nem a prisão perpétua sem possibilidade de livramento por delitos cometidos por menores de dezoito anos de idade;

b) nenhuma criança seja privada de sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária. A detenção, a reclusão ou a prisão de uma criança será efetuada em conformidade com a lei e apenas como último recurso, e durante o mais breve período de tempo que for apropriado;

c) toda criança privada da liberdade seja tratada com a humanidade e o respeito que merece a dignidade inerente à pessoa humana, e levando-se em consideração as necessidades de uma pessoa de sua idade. Em especial, toda criança privada de sua liberdade ficará separada dos adultos, a não ser que tal fato seja considerado contrário aos melhores interesses da criança, e terá direito a manter contato com sua família por meio de correspondência ou de visitas, salvo em circunstâncias excepcionais;

d) toda criança privada de sua liberdade tenha direito a rápido acesso a assistência jurídica e a qualquer outra assistência adequada, bem como direito a impugnar a legalidade da privação de sua liberdade perante um tribunal ou outra autoridade competente, independente e imparcial e a uma rápida decisão a respeito de tal ação.

Artigo 38

1. Os Estados Partes se comprometem a respeitar e a fazer com que sejam respeitadas as normas do direito humanitário internacional aplicáveis em casos de conflito armado no que digam respeito às crianças.

2. Os Estados Partes adotarão todas as medidas possíveis a fim de assegurar que todas as pessoas que ainda não tenham completado quinze anos de idade não participem diretamente de hostilidades.

3. Os Estados Partes abster-se-ão de recrutar pessoas que não tenham completado quinze anos de idade para servir em suas forças armadas. Caso recrutem pessoas que tenham completado quinze anos mas que tenham menos de dezoito anos, deverão procurar dar prioridade aos de mais idade.

4. Em conformidade com suas obrigações de acordo com o direito humanitário internacional para proteção da população civil durante os conflitos armados, os Estados Partes adotarão todas as medidas necessárias a fim de assegurar a proteção e o cuidado das crianças afetadas por um conflito armado.

Artigo 39

Os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas para estimular a recuperação física e psicológica e a reintegração social de toda criança vítima de qualquer forma de abandono, exploração ou abuso; tortura ou outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes; ou conflitos armados. Essa recuperação e reintegração serão efetuadas em ambiente que estimule a saúde, o respeito próprio e a dignidade da criança.

Artigo 40

1. Os Estados Partes reconhecem o direito de toda criança a quem se alegue ter infringido as leis penais ou a quem se acuse ou declare culpada de ter infringido as leis penais de ser tratada de modo a promover e estimular seu sentido de dignidade e de valor e a fortalecer o respeito da criança pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais de terceiros, levando em consideração a idade da criança e a importância de se estimular sua reintegração e seu desempenho construtivo na sociedade.

2. Nesse sentido, e de acordo com as disposições pertinentes dos instrumentos internacionais, os Estados Partes assegurarão, em particular:

a) que não se alegue que nenhuma criança tenha infringido as leis penais, nem se acuse ou declare culpada nenhuma criança de ter infringido essas leis, por atos ou omissões que não eram proibidos pela legislação nacional ou pelo direito internacional no momento em que foram cometidos;

b) que toda criança de quem se alegue ter infringido as leis penais ou a quem se acuse de ter infringido essas leis goze, pelo menos, das seguintes garantias:

I) ser considerada inocente enquanto não for comprovada sua culpabilidade conforme a lei;

II) ser informada sem demora e diretamente ou, quando for o caso, por intermédio de seus pais ou de seus representantes legais, das acusações que pesam contra ela, e dispor de assistência jurídica ou outro tipo de assistência apropriada para a preparação e apresentação de sua defesa;

III) ter a causa decidida sem demora por autoridade ou órgão judicial competente, independente e imparcial, em audiência justa conforme a lei, com assistência jurídica ou outra assistência e, a não ser que seja considerado contrário aos melhores interesses da criança, levando em consideração especialmente sua idade ou situação e a de seus pais ou representantes legais;

IV) não ser obrigada a testemunhar ou a se declarar culpada, e poder interrogar ou fazer com que sejam interrogadas as testemunhas de acusação bem como poder obter a participação e o interrogatório de testemunhas em sua defesa, em igualdade de condições;

V) se for decidido que infringiu as leis penais, ter essa decisão e qualquer medida imposta em decorrência da mesma submetidas a revisão por autoridade ou órgão judicial superior competente, independente e imparcial, de acordo com a lei;

VI) contar com a assistência gratuita de um intérprete caso a criança não compreenda ou fale o idioma utilizado;

VII) ter plenamente respeitada sua vida privada durante todas as fases do processo.

3. Os Estados Partes buscarão promover o estabelecimento de leis, procedimentos, autoridades e instituições específicas para as crianças de quem se alegue ter infringido as leis penais ou que sejam acusadas ou declaradas culpadas de tê-las infringido, e em particular:

a) o estabelecimento de uma idade mínima antes da qual se presumirá que a criança não tem capacidade para infringir as leis penais;

b) a adoção sempre que conveniente e desejável, de medidas para tratar dessas crianças sem recorrer a procedimentos judiciais, contando que sejam respeitados plenamente os direitos humanos e as garantias legais.

4. Diversas medidas, tais como ordens de guarda, orientação e supervisão, aconselhamento, liberdade vigiada, colocação em lares de adoção, programas de educação e formação profissional, bem como outras alternativas à internação em instituições, deverão estar disponíveis para garantir que as crianças sejam tratadas de modo apropriado ao seu bem-estar e de forma proporcional às circunstâncias e ao tipo do delito.

Artigo 41

Nada do estipulado na presente Convenção afetará disposições que sejam mais convenientes para a realização dos direitos da criança e que podem constar:

- a) das leis de um Estado Parte;
- b) das normas de direito internacional vigentes para esse Estado.

PARTE II

Artigo 42

Os Estados Partes se comprometem a dar aos adultos e às crianças amplo conhecimento dos princípios e disposições da convenção, mediante a utilização de meios apropriados e eficazes.

Artigo 43

1. A fim de examinar os progressos realizados no cumprimento das obrigações contraídas pelos Estados Partes na presente convenção, deverá ser estabelecido um Comitê para os Direitos da Criança que desempenhará as funções a seguir determinadas.

2. O comitê estará integrado por dez especialistas de reconhecida integridade moral e competência nas áreas cobertas pela presente convenção. Os membros do comitê serão eleitos pelos Estados Partes dentre seus nacionais e exercerão suas funções a título pessoal, tomando-se em devida conta a distribuição geográfica equitativa bem como os principais sistemas jurídicos.

3. Os membros do comitê serão escolhidos, em votação secreta, de uma lista de pessoas indicadas pelos Estados Partes. Cada Estado Parte poderá indicar uma pessoa dentre os cidadãos de seu país.

4. A eleição inicial para o comitê será realizada, no mais tardar, seis meses após a entrada em vigor da presente convenção e, posteriormente, a cada dois anos. No mínimo quatro meses antes da data marcada para cada eleição, o Secretário-Geral das Nações Unidas enviará uma carta aos Estados Partes convidando-os a apresentar suas candidaturas num prazo de dois meses. O Secretário-Geral elaborará posteriormente uma lista da qual farão parte, em ordem alfabética, todos os candidatos indicados e os Estados Partes que os designaram, e submeterá a mesma aos Estados Partes presentes à Convenção.

5. As eleições serão realizadas em reuniões dos Estados Partes convocadas pelo Secretário-Geral na Sede das Nações Unidas. Nessas reuniões, para as quais o quorum será de dois terços dos Estados Partes, os candidatos eleitos para o comitê serão aqueles que obtiverem o maior número de votos e a maioria absoluta de votos dos representantes dos Estados Partes presentes e votantes.

6. Os membros do comitê serão eleitos para um mandato de quatro anos. Poderão ser reeleitos caso sejam apresentadas novamente suas candidaturas. O mandato de cinco dos membros eleitos na primeira eleição expirará ao término de dois anos; imediatamente após ter sido realizada a primeira eleição, o presidente da reunião na qual a mesma se efetuou escolherá por sorteio os nomes desses cinco membros.

7. Caso um membro do comitê venha a falecer ou renuncie ou declare que por qualquer outro motivo não poderá continuar desempenhando suas funções, o Estado Parte que indicou esse membro designará outro especialista, dentre seus cidadãos, para que exerça o mandato até seu término, sujeito à aprovação do comitê.

8. O comitê estabelecerá suas próprias regras de procedimento.

9. O comitê elegerá a mesa para um período de dois anos.

10. As reuniões do comitê serão celebradas normalmente na sede das Nações Unidas ou em qualquer outro lugar que o comitê julgar conveniente. O comitê se reunirá normalmente todos os anos. A duração das reuniões do comitê será determinada e revista, se for o caso, em uma reunião dos Estados Partes da presente convenção, sujeita à aprovação da Assembléia Geral.

11. O Secretário-Geral das Nações Unidas fornecerá o pessoal e os serviços necessários para o desempenho eficaz das funções do comitê de acordo com a presente convenção.

12. Com prévia aprovação da Assembléia Geral, os membros do Comitê estabelecido de acordo com a presente convenção receberão emolumentos provenientes dos recursos das Nações Unidas, segundo os termos e condições determinados pela assembléia.

Artigo 44

1. Os Estados Partes se comprometem a apresentar ao comitê, por intermédio do Secretário-Geral das Nações Unidas, relatórios sobre as medidas que tenham adotado com vistas a tornar efetivos os direitos reconhecidos na convenção e sobre os progressos alcançados no desempenho desses direitos:

a) num prazo de dois anos a partir da data em que entrou em vigor para cada Estado Parte a presente convenção;

b) a partir de então, a cada cinco anos.

2. Os relatórios preparados em função do presente artigo deverão indicar as circunstâncias e as dificuldades, caso existam, que afetam o grau de cumprimento das obrigações derivadas da presente convenção. Deverão, também, conter informações suficientes para que o comitê compreenda, com exatidão, a implementação da convenção no país em questão.

3. Um Estado Parte que tenha apresentado um relatório inicial ao comitê não precisará repetir, nos relatórios posteriores a serem apresentados conforme o estipulado no sub-item b) do parágrafo 1 do presente artigo, a informação básica fornecida anteriormente.

4. O comitê poderá solicitar aos Estados Partes maiores informações sobre a implementação da convenção.

5. A cada dois anos, o comitê submeterá relatórios sobre suas atividades à Assembléia Geral das Nações Unidas, por intermédio do Conselho Econômico e Social.

6. Os Estados Partes tornarão seus relatórios amplamente disponíveis ao público em seus respectivos países.

Artigo 45

A fim de incentivar a efetiva implementação da Convenção e estimular a cooperação internacional nas esferas regulamentadas pela convenção:

a) os organismos especializados, o Fundo das Nações Unidas para a Infância e outros órgãos das Nações Unidas terão o direito de estar representados quando for analisada a implementação das disposições da presente convenção que estejam compreendidas no âmbito de seus mandatos. O comitê poderá convidar as agências especializadas, o Fundo das Nações Unidas para a Infância e outros órgãos competentes que considere apropriados a fornecer assessoramento especializado sobre a implementação da Convenção em matérias correspondentes a seus respectivos mandatos. O comitê poderá convidar as agências especializadas, o Fundo das Nações Unidas para Infância e

outros órgãos das Nações Unidas a apresentarem relatórios sobre a implementação das disposições da presente convenção compreendidas no âmbito de suas atividades;

b) conforme julgar conveniente, o comitê transmitirá às agências especializadas, ao Fundo das Nações Unidas para a Infância e a outros órgãos competentes quaisquer relatórios dos Estados Partes que contenham um pedido de assessoramento ou de assistência técnica, ou nos quais se indique essa necessidade, juntamente com as observações e sugestões do comitê, se as houver, sobre esses pedidos ou indicações;

c) comitê poderá recomendar à Assembléia Geral que solicite ao Secretário-Geral que efetue, em seu nome, estudos sobre questões concretas relativas aos direitos da criança;

d) o comitê poderá formular sugestões e recomendações gerais com base nas informações recebidas nos termos dos Artigos 44 e 45 da presente convenção. Essas sugestões e recomendações gerais deverão ser transmitidas aos Estados Partes e encaminhadas à Assembléia geral, juntamente com os comentários eventualmente apresentados pelos Estados Partes.

PARTE III

Artigo 46

A presente convenção está aberta à assinatura de todos os Estados.

Artigo 47

A presente convenção está sujeita à ratificação. Os instrumentos de ratificação serão depositados junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas.

Artigo 48

A presente convenção permanecerá aberta à adesão de qualquer Estado. Os instrumentos de adesão serão depositados junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas.

Artigo 49

1. A presente convenção entrará em vigor no trigésimo dia após a data em que tenha sido depositado o vigésimo instrumento de ratificação ou de adesão junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas.

2. Para cada Estado que venha a ratificar a convenção ou a aderir a ela após ter sido depositado o vigésimo instrumento de ratificação ou de adesão, a convenção entrará em vigor no trigésimo dia após o depósito, por parte do Estado, de seu instrumento de ratificação ou de adesão.

Artigo 50

1. Qualquer Estado Parte poderá propor uma emenda e registrá-la com o Secretário-Geral das Nações Unidas. O Secretário-Geral comunicará a emenda proposta aos Estados Partes, com a solicitação de que estes o notifiquem caso apoiem a convocação de uma Conferência de Estados Partes com o propósito de analisar as propostas e submetê-las à votação. Se, num prazo de quatro meses a partir da data dessa notificação, pelo menos um terço dos Estados Partes se declarar favorável a tal Conferência, o Secretário-Geral convocará conferência, sob os auspícios das Nações Unidas. Qualquer emenda adotada pela maioria de Estados Partes presentes e votantes na conferência será submetida pelo Secretário-Geral à Assembléia Geral para sua aprovação.

2. Uma emenda adotada em conformidade com o parágrafo 1 do presente artigo entrará em vigor quando aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas e aceita por uma maioria de dois terços de Estados Partes.

3. Quando uma emenda entrar em vigor, ela será obrigatória para os Estados Partes que as tenham aceito, enquanto os demais Estados Partes permanecerão obrigados pelas disposições da presente convenção e pelas emendas anteriormente aceitas por eles.

Artigo 51

1. O Secretário-Geral das Nações Unidas receberá e comunicará a todos os Estados Partes o texto das reservas feitas pelos Estados no momento da ratificação ou da adesão.

2. Não será permitida nenhuma reserva incompatível com o objetivo e o propósito da presente convenção.

3. Quaisquer reservas poderão ser retiradas a qualquer momento mediante uma notificação nesse sentido dirigida ao Secretário-Geral das Nações Unidas, que informará a todos os Estados. Essa notificação entrará em vigor a partir da data de recebimento da mesma pelo Secretário-Geral.

Artigo 52

Um Estado Parte poderá denunciar a presente convenção mediante notificação feita por escrito ao Secretário-Geral das Nações Unidas. A denúncia entrará em vigor um ano após a data em que a notificação tenha sido recebida pelo Secretário-Geral.

Artigo 53

Designa-se para depositário da presente convenção o Secretário-Geral das Nações Unidas.

Artigo 54

O original da presente convenção, cujos textos em árabe chinês, espanhol, francês, inglês e russo são igualmente autênticos, será depositado em poder do Secretário-Geral das Nações Unidas.

Em fé do que, os plenipotenciários abaixo assinados, devidamente autorizados por seus respectivos Governos, assinaram a presente Convenção.