



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

LUCAS GABRIEL DE LIMA CRYSTAL

**CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS SOBRE O FILHO MENOR OU INCAPAZ
APÓS A DISSOLUÇÃO DA UNIÃO CONJUGAL HOMOAFETIVA**

**Assis/SP
2022**



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

LUCAS GABRIEL DE LIMA CRYSTAL

**CONSEQUENCIAS JURIDICAS SOBRE O FILHO MENÓR OU INCAPAZ:
APÓS A DISSOLUÇÃO DA UNIÃO CONJUGAL HOMOAFETIVA**

Projeto de pesquisa apresentado ao curso de direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial a obtenção do Certificado de Conclusão.

Orientando(a): LUCAS GABRIEL DE LIMA CRYSTAL

Orientador(a): EDSON FERNANDO PÍCOLO DE OLIVEIRA

**Assis/SP
2022**

C957c Crystal, Lucas Gabriel de Lima.

Consequências jurídicas sobre o filho menor ou incapaz após a dissolução da união conjugal homoafetiva / Lucas Gabriel de Lima Crystal – Assis, SP: FEMA, 2022.

45 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, curso de Direito, Assis, 2022.

Orientador: Prof. M.^e Edson Fernando Pícolo de Oliveira.

1. União homoafetiva. 2. Guarda. 3. Obrigação de cuidar. I. Título.

CDD 342.16

Biblioteca da FEMA

CONSEQUENCIAS JURIDICAS SOBRE O FILHO MENÓR OU INCAPAZ: APÓS A DISSOLUÇÃO DA UNIÃO CONJUGAL HOMOAFETIVA

LUCAS GABRIEL DE LIMA CRYSTAL

Projeto de pesquisa apresentado ao curso de direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial a obtenção do Certificado de Conclusão.

Orientador(a): _____
Prof. Me. Edson Fernando Pícolo de Oliveira

Examinador(a): _____

Assis/SP
2022

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho, especialmente, aos meus pais, irmãos e amigos que sempre me apoiaram e acreditaram nos meus objetivos. Dedico também ao meu orientador, que muito me ajudou na elaboração deste trabalho e muito ensinou em sala de aula. E, por fim, à todas as crianças que necessitam da devida atenção após a separação de seus genitores.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer, primeiramente, a Deus, pois foi ele quem me deu força física e espiritual em todo o decorrer de minha caminhada, à minha amada família, em especial, meu pai que, todas as manhãs, acordou mais cedo para fazer meu café para que eu não fosse com sono à faculdade, à minha mãe, que sempre acreditou em meu potencial, dando-me suporte financeiro e emocional, investindo com fé em minha vida acadêmica, e aos meus irmãos que sempre me apoiaram e me incentivaram a não desistir. Também gostaria de agradecer à minha chefe de estágio, e aos meus colegas funcionários da delegacia onde estagio com os quais eu muito aprendi. Ao meu orientador, que deu dicas bastante pertinentes quanto à elaboração desta pesquisa e muito me ensinou em sala de aula bem como a todos os demais professores que contribuíram para cada pedacinho de conhecimento que adquiri no decorrer da vida acadêmica. Por fim, gostaria de agradecer também aos meus amigos da faculdade, tanto os novos, quanto os mais antigos, que sempre me ajudaram com minhas dúvidas quando recorri a eles. A todos os citados, e aos que me ajudaram de alguma forma, mesmo que eu não os tenha citado, deixo meus sinceros agradecimentos, são todos especiais, e os guardarei eternamente em minha memória.

Uma vez filho, sempre filho.

Tom Carfi

RESUMO

Este trabalho de conclusão de curso tem, como real propósito, apresentar uma pesquisa aprofundada com relação à dissolução da união conjugal homoafetiva, tendo estes cônjuges, quando juntos, havido filhos em comum. Para tal, serão abordados alguns institutos do direito de família relacionados ao matrimônio e à filiação, no sentido de como foram evoluindo historicamente, seguidos pela conceituação dos termos de maior importância para esta pesquisa. Ademais, o assunto será abordado de forma geral, onde será versado sobre legislações relacionadas à dissolução da união conjugal, regimes de guarda e regulamentação de visita, obrigações alimentares, bem como a obrigação de cuidar. Por fim, o assunto será abordado no sentido estrito com relação às famílias homoafetivas e a abordagem jurídica utilizada após a dissolução desta quando os cônjuges possuem filhos em comum.

Palavras chave: União homoafetiva – Guarda – Obrigação de cuidar.

ABSTRACT

This course conclusion work has, as its real purpose, to show an in-depth research regarding the dissolution of the same-sex marital union, with these couples, when together, have children in common. Therefore, some family law institutes related to marriage and filiation will be approached in the sense of how they evolved historically, followed by the conceptualization of the most important terms for this research. In addition, the topic will be addressed in general, where it will be discussed on laws related to the dissolution of the marital union, custody regimes and visiting regulations, maintenance obligations, as well as the obligation to take care. Finally, the subject will be approached in the strict sense with respect to homo-affective families and the legal approach used after its dissolution when the couple has children in common.

Keywords: Same-sex union – Guard – Obligation to care.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ONU – Organização das Nações Unidas.

CLT – Consolidação das Leis Trabalhistas.

CC – Código Civil.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça.

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente.

CF – Constituição Federal.

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade.

DF – Distrito Federal.

REsp – Recurso Especial.

STJ – Superior Tribunal de Justiça.

CP – Código Penal.

SUMARIO

INTRODUÇÃO	13
CAPITULO I - EVOLUÇÃO HISTÓRICA	14
1.1. DIREITO NA PRÉ-HISTÓRIA	14
1.1.1. Leis expressas verbalmente por revelação divina	14
1.2. O DIREITO NA IDADE ANTIGA (4.000 A.C.)	15
1.2.1. O código de Hamurabi	15
1.2.2. As leis de Moises	15
1.2.2.1. As leis de Deus	16
1.2.2.2. As leis de Moises	16
1.2.3. Direito no período da Grécia antiga	17
1.2.4. Direito na Roma antiga	18
1.2.4.1. Direito no período antigo, ou arcaico	18
1.2.4.2. Direito no período clássico	19
1.2.4.3. Direito no período clássico	19
1.3. ERA FEUDAL E O DIREITO NA IDADE MÉDIA	20
1.3.1. O feudo e os senhores feudais	20
1.3.2. Influencia da igreja católica	21
1.4. DIREITO NA IDADE MODERNA (1453 – 1789)	21
1.4.1. O capitalismo e a formação de classes	22
1.4.2. O surgimento do Brasil colonial (1.500)	22
1.4.3. O iluminismo (1.685)	23
1.5. DIREITO NA IDADE CONTEMPORÂNEA	24
1.5.1. Direito brasileiro na idade contemporânea (de 1.821 a 1916)	24
1.5.1.1. Primeiras legislações criadas no Brasil	24
1.5.1.2. Primeira posição jurídica brasileira sobre guarda e a segunda constituição	25
1.5.1.3. O primeiro código civil brasileiro	25
1.5.1.4. O impacto jurídico das guerras mundiais	26
1.5.1.5. O impacto jurídico das guerras mundiais	26
1.5.1.6. Legislações que vigoram atualmente	27
CAPITULO II – CONCEITOS	27
2.1. FILIAÇÃO	27
2.1.1. Conceito doutrinário filiação	27
2.1.2. Conceito jurídico	28
2.1.2.1. Filiação socioafetiva	28
2.1.2.1.1. <i>Por convívio social</i>	29
2.1.2.1.2. <i>Por inseminação artificial</i>	29
2.1.2.2. Filiação natural	30
2.1.2.3. Filiação adotiva	30
2.1.2.3.1. <i>Adoção em sentido geral</i>	30
2.1.2.3.2. <i>Adoção em relacionamentos homoafetivos</i>	33
2.2. CONCEITO DE FAMÍLIA	33
2.2.1. Conceito doutrinário	33
2.2.2. Conceito jurídico	34
2.3. FAMÍLIA HOMOAFETIVA	34
2.3.1. Previsão legal	35

CAPITULO III – Desenvolvimento	35
3.1. DISSOLUÇÃO DA UNIÃO CONJUGAL	35
3.2. GUARDA	36
3.2.1. Diferença entre guarda e guardião	37
3.2.2. Tipos de guarda	37
3.2.2.1. Guarda conjunta	37
3.2.2.2. Guarda Unilateral	38
3.2.2.3. Guarda nidal, ou guarda de ninho	38
3.2.2.4. Guarda alternada	38
3.2.2.5. Guarda compartilhada	39
3.2.2.6. Guarda para fins de adoção	39
3.2.3. Critérios para definição de guarda	40
3.2.4. Regulamentação de visita	40
3.3. OBRIGAÇÕES ALIMENTÍCIAS	41
3.4. POSSIBILIDADE DE ABRIR MÃO DO FILHO	41
3.5. DA POSSIBILIDADE IGUAL NOS CASOS HOMOAFETIVOS	42
CAPITULO IV – Conclusão	43
REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS	44

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa tem o objetivo de constatar, através do trabalho de conclusão de curso, a compreensão e a aplicabilidade das leis inerentes ao direito de família, em especial, no tocante à proteção jurídica que deve ser prestada após a ocorrência da dissolução da união conjugal a todos os menores e/ou incapazes, os quais, desta dissolução, se recaiam as consequências.

É de extrema importância estudar e averiguar a efetividade das leis (10.406 de 2002, 8.069 de 1990 e CF de 1988), que, não só resguardam princípios fundamentais - como por exemplo, o da dignidade da pessoa humana - como também são mecanismos jurídicos de proteção à família e ao menor e/ou incapaz, regulamentando e oferecendo soluções para diversos casos que decorrem da filiação, da familiarização e da união conjugal, bem como a necessidade de sanções punitivas previstas na lei (2.848 de 1940) para aplicação nos casos de descumprimento destas regulamentações.

Com um estudo histórico e jurídico, através de revisões legais e bibliográficas, haverá uma fundamentação jurídica e histórica para mostrar como era abordado o direito de família na antiguidade, em especial, os institutos que tratavam de união conjugal e do poder familiar, e como estes institutos são abordados nas atualidades. No tocante às antiguidades, citando legislações antigas como, por exemplo, o "código de Hamurabi", e até mesmo "Torá", e, se tratando das atualidades, fazendo uso das legislações atuais como o código civil, o estatuto da criança e do adolescente e até mesmo o código penal, e doutrinadores, como por exemplo, Maria Helena Diniz.

No primeiro capítulo, serão estudadas as origens do direito, tanto no sentido geral, quanto como cada uma delas influenciou na evolução do direito de família, desde a pré-história até a idade contemporânea. No segundo capítulo, o enfoque estará nos conceitos, tanto jurídicos quanto doutrinários, dos principais termos relevantes a esta pesquisa para proporcionar um melhor entendimento sobre família e filiação. E, por fim, apurar a forma que é abordada a dissolução da união conjugal no direito de família e se essa aplicação vale para famílias heteroafetivas, apenas, ou também pode ser aplicada nas famílias homoafetivas, e/ou se há a necessidade da criação de uma lei especial.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA.

1.1. DIREITO NA PRÉ-HISTÓRIA.

1.1.1. Leis expressas verbalmente por revelação divina.

O direito nas sociedades primitivas não se identificava com as leis como se concebe hoje em dia. Quando ainda não existia a escrita, as práticas de controle eram expressas oralmente e apresentavam-se como revelações divinas. Os sacerdotes anunciavam terem recebido as leis dos deuses, transformando esses homens nos primeiros intérpretes e executores das leis.

As punições, ou sanções, para o descumprimento das regulamentações impostas, eram consideradas como vinganças dos deuses. Portanto, o direito era dificilmente questionado uma vez que o medo da vingança dos deuses fazia com que o direito fosse respeitado religiosamente. Logo, dificilmente o homem primitivo questionava a validade e a aplicabilidade das regras.

Os preceitos verbais dos chefes das tribos (suas ordens e decisões) também eram respeitados por conta da autoridade que essas pessoas tinham. Nesse sentido, havia a imposição rígida e automática aos costumes das tribos e o direito apenas visava prevenir, ou castigar os desvios das regras, regras estas que decorriam de tradições e de práticas costumeiras.

Nas sociedades primitivas o direito tratava, principalmente, de conflitos de ordem penal, contudo ele também tratava de alguns assuntos de ordem civil, especialmente o matrimônio, conforme declara o autor e escritor Dr. Adriano Ferreira:

“Algumas **regras jurídicas** podem, então, ter sido criadas. Imaginam-se **regras estruturando as famílias**, estabelecendo quem pode se relacionar com quem e os poderes de seus membros. A proibição ao incesto pode ter sido uma dessas regras. Entre outras coisas, ela forçaria as famílias a procurarem casamentos externamente, aumentando os laços entre os grupos. Outras regras podem estar ligadas ao controle de natalidade, estabelecendo poderes para os pais ou outras figuras decidirem se os bebês viveriam ou não”

(Dr. Adriano Ferreira, em matéria publicada no site direito.legal).

Entretanto, por fim, dificilmente as afirmações são certas quando se tratam de pré-história, visto que estariam se referindo a um vasto período, no qual, por não haver escrita, muito só pode ser interpretado através de rastros abstratos, como fósseis ou pinturas em cavernas.

1.2. O DIREITO NA IDADE ANTIGA (4.000 A.C.).

Com a invenção da escrita, os povos perceberam que os textos compilados ou escritos eram meios mais eficazes de guardar o direito do que a memória de um determinado grupo de pessoas, assim os costumes tradicionais foram transcritos, o que trouxe os primeiros códigos da antiguidade.

1.2.1. O código de Hamurabi.

Hamurabi foi um rei da Babilônia - lugar onde atualmente seria o Irã - que decretou um conjunto de leis que descreviam casos que serviam como modelos a serem aplicados em questões semelhantes.

O código utilizava o *princípio de Talião*, ou *Lei de Talião*, que é sinônimo de retaliação. Por esse princípio, a pena seria proporcional à ofensa cometida pelo criminoso, princípio este que era resumido pelo ditado popular “olho por olho, dente por dente”, ou seja, a escala das penas é descrita segundo os delitos e os crimes cometidos.

O código de Hamurabi também foi considerado como a lei escrita com sangue, visto que suas penas eram extremamente severas e que, na maioria delas, a sentença era a morte, ou até mesmo, pulos em rios para provar a inocência.

Por exemplo:

“Se um ‘homem livre’ fura o olho de outro ‘homem livre’, terá o seu olho furado”.

Entretanto, este código abordava, ainda, questões de separação matrimonial bem como discorria sobre acordos de regime de guarda o qual atribuía a guarda dos filhos à mãe e uma espécie de “pensão” ao pai tal qual devolver o dote pago pelos pais da esposa para que a mesma possa sustentar os filhos.

“137. Se um homem quiser se separar de uma mulher ou esposa que lhe deu filhos, então ele deve dar de volta o dote de sua esposa e parte do usufruto do campo, jardim e casa, para que ela possa criar os filhos. Quando ela tiver criado os filhos, uma parte do que foi dado aos filhos deve ser dada a ela, e esta parte deve ser igual a de um filho. A esposa poderá então se casar com quem quiser.

138. Se um homem quiser se separar de sua esposa que lhe deu filhos, ele deve dar a ela a quantia do preço que pagou por ela e o dote que ela trouxe da casa de seu pai, e deixá-la partir”.

(artigos 137 e 138 do código de Hamurabi).

Conforme o descrito no código, já naquela época era previsto uma destinação de guarda e uma espécie de alimentos.

1.2.2. As leis de Moisés.

As leis de Moisés, descrita na Bíblia e também na Torá, podem ser divididas em duas partes: as leis de Deus e as leis de Moisés. Essas leis foram utilizadas como base para a criação do direito em futuras gerações influenciadas pelo Judaísmo e também pelo Cristianismo.

1.2.2.1. As leis de Deus.

Essa parte do direito hebraico tinha esse nome porque, segundo a própria crença, havia sido escrita em tábuas de pedra pelo dedo do próprio Deus.

Eram os chamados 10 (dez) mandamentos sendo que eles regulamentavam a relação do homem com os próximos e também com o próprio Deus.

1.2.2.2. As leis de Moisés

Diferente do que se considerava como sendo as leis de Deus, as leis de Moisés, foram escritas por Moisés para regulamentar a convivência social da época e a segurança.

As leis de Moisés tratavam de assuntos diversos, desde punições para o que era considerado crime a assuntos civis, como, por exemplo, o matrimônio e a propriedade.

Certos descumprimentos dessa lei poderiam ser perdoados através de sacrifícios (Lv. 7:1), no qual se matava e queimava um cordeiro ou outro animal em caso de não se ter o primeiro, e, a partir da queimada, caso a fumaça subisse reta para o alto, seria um sinal do perdão divino, e caso ela se desviasse, considerava-se como se o pedido de perdão tivesse sido negado.

Era também provida de algumas punições bastante severas como, queimar na fogueira, e, em caso de adultério, o apedrejamento.

No tocante à separação, Moisés foi o criador da carta do divórcio, a qual é regulamentada no livro bíblico de Deuteronômio.

“Quando um homem tomar uma mulher, e se casar com ela, então será que, se não achar graça em seus olhos, por nela achar coisa feia, ele lhe fará escrito de repúdio, e lho dará na sua mão e a despedirá da sua casa”.

(Deuteronômio 24: 1).

Entretanto, os escritos de Moisés não discorrem diretamente sobre regime de guarda, mas como retrata, em diversos momentos, o homem como sendo “o cabeça da família” (Nm 1:4), bem como, nas vezes em que se referem à esposa gerando filhos, os escritos utilizam a expressão “lhe deu filhos” (Gn 16:15, Gn 21:2, Gn 22:20, Gn 24:36, Gn 25:12, Gn 30:5, Gn 30:7, Gn, 30:10, Gn 30:12, Gn 30:19, Gn 43:29, Gn 44:27).

Sobrou, desse modo, uma margem para a interpretação de que a mulher gera filhos para o marido e, por esse motivo, a guarda dos filhos ficaria submetida à decisão do pai ou do chefe da família.

O que irá se confirmar, posteriormente, com o direito na Roma antiga, embasado em preceitos bíblicos.

1.2.3. Direito no período da Grécia antiga.

O sistema jurídico da Grécia antiga é uma das principais fontes históricas do direito da Europa Ocidental.

Os gregos antigos não foram, no entanto, excelentes juristas, pois o legado da Grécia antiga está muito mais na filosofia do que no Direito. Contudo, a filosofia serve para trazer reflexões a respeito de aspectos do Direito, como a política, a ética e a liberdade.

Os gregos foram os grandes pensadores políticos e filosóficos da Antiguidade, podendo, inclusive, destacar, Sócrates, Platão e Aristóteles, que nasceram cerca de 400 anos antes de Cristo. Tendo Sócrates sido professor de Platão que, por sua vez, foi professor de Aristóteles que, por fim, foi o mentor de Alexandre, o Grande.

Na Grécia Antiga, não existiam leis que eram aplicáveis a todos os gregos, apenas costumes comuns. Então, em geral, cada cidade-estado tinha o seu próprio direito sendo que as cidades-Estado mais destacadas eram Atenas e Esparta.

Em algumas cidades se estabeleceu um regime democrático, sendo que, o mais conhecido era o de Atenas.

A lei era vista como uma construção humana, já se desprendendo do quesito divino. O direito era laico, ou seja, sem aspectos religiosos. E essa é uma grande influência que se vê nos dias de hoje, e que abrange grande parte do direito contemporâneo.

O Direito, na Grécia antiga, era criado pelos homens e podia ser alterado pelos homens, não existiam escolas de juristas, mas sim, escolas de retórica, dialética e filosofia, competências que eram úteis nas práticas forenses.

As lides não eram julgadas por juízes, como se vê nos dias atuais, eram pessoas comuns, do povo, sendo assim, o discurso persuasivo não era técnico jurídico, tal qual acontece na atual era, mas sim, retórico, havendo, na época, o convencimento pela oratória.

De acordo com uma matéria publicada pelo site “ambitojuridico.com”, o direito de família, na Grécia antiga, já previa situações de divórcio, entretanto, as leis ainda eram mais favoráveis ao homem.

“A esposa atheniense só podia pedir divórcio se o marido fosse estéril (ou seja a sofresse da maldição dos deuses) ou cometesse bigamia. O esposo podia pedir divórcio no caso de adultério, esterilidade, bigamia etc”.

(<https://ambitojuridico.com.br> Em maio 31, 2007 por Equipe Âmbito Jurídico)

Na Grécia, assim como em muitas civilizações antigas, os homens tinham mais direitos que as mulheres, logo, tinham o poder de decisão em se tratando de discussões familiares, apesar de que, no lar, as mulheres poderiam tratar de relações administrativas, conforme versa citações extraídas, também do site “ambitojuridico.com”.

“Na família a mulher tinha autoridade inferior ao do homem, dos filhos, do filho mais velho, enviuvando, ficava sob a orientação de um tutor. No lar tinham um relevante papel administrando o lar, cuidando dos filhos e participava do culto familiar (...).

A esposa atheniense era considerada inferior ao marido, sendo sua propriedade privada, logo, não tendo liberdade de ir e vir em público”.

(<https://ambitojuridico.com.br> Em maio 31, 2007 por Equipe Âmbito Jurídico)

Conforme apontado na matéria, apesar de a Grécia ser nascente da democracia e de sua riqueza filosófica, a mulher ainda carecia de igualdade de direitos com relação ao homem.

1.2.4. Direito na Roma Antiga.

Basicamente, houve 3 (três) períodos que se destacaram na Roma Antiga. Primeiramente, o direito no período Antigo, ou arcaico, após, o direito no período Clássico e, por fim, o direito no período do Baixo Império.

1.2.4.1. Direito no período Antigo, ou Arcaico.

Na Roma antiga, no período Antigo, ou Arcaico, percebia-se o direito em uma sociedade rural e com muitas regras religiosas. Em geral, era um direito extremamente primitivo e ligado aos costumes, no qual o estado só resolvia conflitos maiores, como, por exemplo, guerras e punições para crimes graves sendo que as penas eram cruéis para os que desobedecessem às normas previstas nas XII tábuas.

Portanto, era um direito muito formalista e rígido, baseado na tradição, e também altamente ritualístico, uma vez que rituais eram vistos como condições formais de validade.

E a IV tábua dessa lei falava sobre o poder do chefe de família, o “*pater familis*”, este poder era tão valorizado dentro do direito de família que um pai de família poderia fazer o que quisesse com seu filho, inclusive, vendê-lo como escravo, se assim o quisesse, sem menor relevância exposta da opinião da mãe da criança, ou até mesmo, do pai, se o poder de família estivesse nas mãos do avô.

Essa lei mostrava o quanto era valorizado o poder do chefe de uma família e o quão irrelevante era a opinião das mulheres e das crianças.

Logo, não havia o que discutir em relação à guarda dos filhos, visto que, o chefe de família detinha todo o poder e fazia lei entre seus descendentes.

1.2.4.2. Direito no período clássico.

Este período foi considerado como o auge de Roma e trouxe muitos dos entendimentos jurídicos que existem até hoje.

O período Clássico trazia um direito mais evoluído em comparação com o direito trazido pelas gerações anteriores, e com bases laicas, ou seja, não religiosas. Esse direito era originado por juristas, que o criaram de forma coerente e racional.

Os valores do direito romano, nesse período, eram a proteção da vontade do indivíduo, com um enfoque altamente individualista.

Tratava de direitos de família, trazendo a autonomia da família, na qual o poder ficava nas mãos do pai, dentro daquilo que era chamado de “*pátrio poder*”, e da valorização da palavra dada - conhecida, posteriormente, pelo termo “*fio do bigode*”.

É também, nessa época, que surge a distinção entre direito público e direito privado.

Considerando o poder dado ao homem nas relações de família, o regime de guarda era definido de acordo com a vontade do pai.

1.2.4.3. Período romano do baixo império.

Por fim, no Baixo Império, houve um período de decadência de Roma, tanto política, quanto juridicamente. Então, o imperador Justiniano fez uma compilação de todos os aspectos consideravelmente melhores que foram produzidos juridicamente na época clássica e formulou um conjunto de códigos chamado “*corpus iúris civilis*”. Essa reunião de leis é uma das origens dos códigos modernos, tanto que, até a presente data, se encontram, no ordenamento jurídico brasileiro, muitos termos em latim.

Vale lembrar que, apesar do nome, esta compilação de leis não tratava apenas de assuntos civis, mas tratava da lei da época no geral, como um todo.

O “*corpus iuris civilis*” já previa, também, hipóteses de adoção, e, apesar da valorização forte do pátrio poder, previa casos de emancipação.

O pátrio poder era tão extenso que alcançava, salvo disposição em contrário, todas as gerações subsequentes, ou seja, enquanto o dono do pátrio poder viver, seus filhos, netos, bisnetos e daí por diante, ficariam submetidos a esse poder.

Logo, não havia o que se falar em discussão de guarda, pois, mesmo que, raramente, houvesse a dissolução de uma união conjugal, os filhos, naturais ou adotivos, tinham sua guarda definida segundo a vontade daquele que detinha o pátrio poder sobre ele. Em vista das mulheres serem emancipadas com o casamento, em caso de desquite, a guarda era definida segundo a vontade do pai ou do ascendente dele que detivesse o pátrio poder sobre o filho do casal.

De acordo com o “*corpus iuris civilis*”, havia apenas uma hipótese de o filho poder ficar sob a guarda da mãe, que era a hipótese de ilegitimidade. Nos demais casos, segundo discorre o capítulo 19 e 24 do título V Da Condição da Pessoa da compilação feita por Justiniano.

“TÍTULO V
DA CONDIÇÃO DA PESSOA

(...)

19. CELSO, Digesto, Livro XXIX. Os filhos nascidos de núpcias legítimas seguem o pai; os concebidos ilegitimamente seguem a mãe”.

(...)

24. ULPIANO, Comentários a Sabino, Livro XXVII. - Esta é a lei natural: quem nasce fora do matrimônio legítimo segue a mãe, a menos que uma lei especial disponha diferentemente”.

(JUSTINIANO, *corpus júris civilis*)

Por tanto, a lei da época deixava explícito uma certa discriminação entre os filhos legítimos e ilegítimos.

1.3. ERA FEUDAL E O DIREITO NA IDADE MÉDIA.

1.3.1. O feudo e os senhores feudais.

Na idade média, não havia a ideia de Estado, nem tampouco de cidade, mas sim, de comunidades, chamadas de “Feudos”.

Em um feudo, existia o senhor feudal, que era o nobre, o dono da propriedade, e havia também os vassallos, que eram os servos.

Havia laços de dependência entre o senhor feudal e os vassallos. O senhor feudal dava segurança aos seus vassallos e concedia a posse de uma porção de terra para ser plantada pelos mesmos, e, em contrapartida, o vassallo dava lealdade, submissão e produzia alimentos que também alimentavam o senhor feudal, afinal, o senhor feudal dava a posse, mas não a propriedade, que por sua vez, não deixava de ser do senhor feudal, propriedade esta que era, basicamente, agrária.

1.3.2. Influência da igreja católica.

Na idade média, o direito laico, como era na Roma antiga, foi enfraquecendo, e o direito passou a ser fortemente influenciado pela igreja católica.

O senhor feudal tinha controle apenas sobre o seu feudo enquanto que a igreja católica tinha controle de tudo, acima dos feudos.

É nesse cenário que o cristianismo ganha importância na idade média, influenciando fortemente o pensamento das pessoas daquele período sendo que devido à influência da igreja, as especulações se concentravam em questões teológicas e tentavam conciliar a fé com a razão.

Os integrantes da igreja tinham o poder de dizer o direito nos casos concretos e os tribunais faziam sentenças como sendo a expressão da vontade divina.

Surgiu, na idade média, o famoso “Tribunal da Santa Inquisição”, que era um tribunal criado, especialmente, para julgar e condenar os hereges. Ele tinha o intuito de combater as heresias, que seriam contestações aos dogmas da igreja católica - o termo “heresia” engloba toda e qualquer atividade ou manifestação que fosse contrária ao que havia sido definido pela igreja em matéria de fé.

Os hereges eram vistos como bruxos e feiticeiros, e o que se buscava na inquisição era, basicamente, a confissão do herege, que podia ser obtida por qualquer meio, inclusive, através de torturas, e até mesmo, penas eram muito cruéis, como, por exemplo, a queima na fogueira.

O modelo das penas era o do “suplício” o que significa que o corpo do condenado era usado como forma de punição. Desse modo, é possível notar que, naquela época, muitas crueldades eram vistas como sendo algo “normal”.

Por fim, ainda neste período, pelo fato de a lei seguir os preceitos do cristianismo - assim como na Roma antiga - o pai ainda era considerado como o “cabeça” de sua família, ou seja, ainda era existente, no Direito, o instituto do pátrio poder. Assim, conclui-se que, apesar de serem raros os casos de dissolução de uma união conjugal - pelo fato de o casamento ter sido algo levado muito a sério naquela época - quando ocorria essa dissolução, o filho(a) do casal de desquite tinha sua guarda definida segundo a vontade do pai, respeitando, então, o “pátrio poder”, ou seja, o “cabeça” da família.

1.4. DIREITO NA IDADE MODERNA (1453 – 1789).

1.4.1. O capitalismo e a formação de classes.

Na idade moderna, houve a transição do feudalismo para o mercantilismo, que já estava sendo formado na idade média, mas que se firmou na idade moderna como política

econômica nacional, o que, depois, na idade contemporânea, viria a ser o capitalismo. O mercantilismo foi marcado pelo desenvolvimento do comércio e a circulação da moeda.

Enquanto, na idade média, havia uma concentração dentro da estrutura do feudo e a sociedade era basicamente agrícola, na idade moderna, houve a formação de uma classe chamada burguesia, que era a classe formada por comerciantes, artesãos e profissionais liberais, sendo que isto ocorreu porque o poder do senhor feudal foi dando lugar para a unificação dos Estados em torno da figura dos monarcas.

Houve, assim, a formação de Estados Nacionais com a centralização do poder em torno dos reis, resultando em monarquias absolutistas, nas quais o monarca tinha o poder absoluto.

1.4.2. O surgimento do Brasil colonial (1.500).

Nessa época, veio o primeiro acontecimento histórico registrado no Brasil que teve influência no âmbito jurídico, exatamente no século XV, quando o Brasil estaria sendo “descoberto” por colonizadores europeus.

Durante este período, pode-se perceber uma relação contratual verbal entre os portugueses e os nativos brasileiros, na qual os portugueses davam tecidos, especiarias e peças de roupas aos indígenas ao mesmo tempo que faziam a exploração dos recursos naturais brasileiros, em especial a exploração do pau-brasil.

Entretanto, não foram apenas roupas e tecidos que os portugueses trouxeram consigo, mas também o seu sistema jurídico, o seu direito, que era, por sua vez, baseado no direito romano.

Portanto, para entender bem como foram regulamentadas as primeiras normas jurídicas, deve-se observar a lei vigente em Portugal naquela época que, no caso, era o “*código afonsino*”, ou as “*ordenações afonsinas*”, dividida em 5 (cinco) livros, legislação esta que remetia ao reinado de Don Afonso V, e era baseada no direito romano. Desse modo, ela não muito diferente daquela que decretava que, no direito de família, havia a figura do “*páttter famillis*”, que era denominado pelo termo português “*cabeça de família*”. Não é possível afirmar que era uma legislação completa, mas era esse o direito vigente no início da colonização brasileira.

Só que esse código instituído por Don Afonso V, não durou muito no sistema jurídico brasileiro, pois o mesmo foi revogado 14 (quatorze) anos após a descoberta do Brasil pelos portugueses, quando, em 1.514, as ordenações afonsinas foram substituídas em Portugal pelas “*ordenações manuelinas*”, instituídas por Don Manuel I, durante o seu reinado em Portugal.

Entretanto, a estrutura das ordenações Manuelinas não era muito diferente da estrutura das ordenações anteriormente vigentes em Portugal, visto que nela foram promovidas algumas atualizações linguísticas e acrescentadas referências às novas descobertas por Portugal.

As ordenações manuelinas vigoraram, em Portugal, de 1.514 até o ano de 1.603, quando surgiram as ordenações filipinas.

Considerando que, do ano de 1.580 até o ano de 1.640, o período da chamada “união ibérica”, o rei da Espanha também era rei de Portugal, e que no reinado do rei espanhol Filipe II começou a vigorar na Espanha as ordenações filipinas, que haviam sido ordenadas, anteriormente, por seu pai Filipe I ainda em vida, é pertinente concluir que essas ordenações substituíram as ordenações manuelinas, e passaram a valer em Portugal, portanto, também no Brasil, vigorando aqui até o ano de 1.916, quando surge o primeiro Código Civil brasileiro.

1.4.3. O iluminismo (1.685).

Os pensadores dessa época se autodenominavam de “iluministas”, dizendo também, que viviam no século das luzes e que a idade média teria sido a idade das trevas.

No direito, o iluminismo tinha o objetivo de formar o saber jurídico sem obscuridades, o que só seria possível através do uso da razão, e estava bastante atrelado à escola do direito natural, o “jusnaturalismo”, que havia surgido com base nos filósofos na Grécia antiga e que também estava ligado à ideia da natureza humana ou aquilo que seria a essência do homem, independentemente da cultura a qual pertença.

Os iluministas acreditavam que através da razão seria possível refletir quais normas fariam parte do direito natural, para que fossem encaradas como universais e imutáveis.

E, para evitar as obscuridades e injustiças de certos costumes, buscou-se a construção de um sistema jurídico que fosse claro e confiável, através de códigos com leis escritas.

Contudo, até o momento histórico relatado, nota-se, com exceção do código de Hamurabi, que a maioria das regulamentações sobre guarda versava de forma a pender a preferência ao pai. No entanto, o pensamento iluminista, com seus fortes valores de racionalidade, liberdade e avanço da sociedade começou a influenciar de forma a equilibrar este assunto. O que terá o resultado visto no decorrer da evolução histórica.

1.5. DIREITO NA IDADE CONTEMPORÂNEA.

A idade contemporânea começou em 1789 com a revolução francesa e perdura até a data do presente feito.

O que marca o início da idade contemporânea para o Direito é a aprovação da “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, que enumerava os direitos inerentes a todo homem, independentemente de seu país, religião, gênero e/ou classe social. Como, por exemplo, o direito à liberdade, propriedade, expressão de pensamentos, não ser preso sem justificativa legal, e daí por diante.

Após a revolução francesa foi possível ter “o direito de ter direitos” e os cidadãos passaram a ter a sua existência reconhecida pelo estado e a possuir direitos e deveres.

1.5.1. Direito brasileiro na idade contemporânea (de 1.821 a 1916).

1.5.1.1. Primeiras legislações criadas no Brasil.

O ordenamento jurídico no Brasil, embora tenha tido pequenas leis publicadas a partir de 1.821 (a lei 11.07.1821, que extingue taxas de viveres e condenações provenientes delas), ainda seguia como base jurídica principal as ordenações filipinas. Entretanto, pouco tempo após a declaração da independência, Dom Pedro I fez publicar a lei de 20.10.1823, que dizia que tudo que havia sido publicado nas leis de Portugal ainda estaria valendo enquanto não fosse criada lei que revogue ou lei nova com disposição em contrário. Até forma expressa de contrariedade, o direito português ainda estaria vigente, mas surgiu, então, um gancho inicial para a independência das leis brasileiras.

“Art. 2º - Todos os Decretos publicados pelas Côrtes de Portugal, que vão especificados na Tabella junta, ficam igualmente valiosos, enquanto não forem expressamente revogados”.

(Lei de 20 de outubro de 1823)

Em 1.824 é criada a primeira constituição brasileira: A Constituição Imperial de 1824. A qual, por sua vez, tratava inteiramente de questões políticas e administrativas, mas tinha em seu ordenamento a ideia de criar novos códigos regulamentadores, como o primeiro código criminal que foi previsto nesta constituição e criado em 1.830. Entretanto o código civil brasileiro só foi criado em 1.916, ou seja, 92 anos depois.

1.5.1.2. Primeira posição jurídica brasileira sobre guarda e a segunda constituição.

Em 1.890, quando estava terminando o período do Brasil império e se iniciando o novo regime de governo baseado na constituição de 1.891, foi publicada a lei 181 de 24 de janeiro de 1890 que, pela primeira vez no Brasil, falava expressamente sobre o divórcio e a guarda dos filhos.

“Art. 85. Para obterem o divorcio por mutuo consentimento deverão os conjuges apresentar-se pessoalmente ao juiz, levando a sua petição escripta por um e assignada por ambos, ou ao seu rogo, si não souberem escrever, e instruida com os seguintes documentos:

§ 3º A declaração do accordo que houverem tomado sobre a posse dos filhos menores, si os tiverem.

§ 4º A declaração da contribuição, com que cada um delles concorrerá para a criação e educação dos mesmos filhos, ou da pensão alimenticia do marido á mulher, si esta não ficar com bens sufficientes para manter-se.

Art. 90. A sentença do divorcio litigioso mandará entregar os filhos communs e menores ao conjuge innocente e fixará a quota com que o culpado deverá concorrer para educação delles, assim como a contribuição do marido para sustentação da mulher, si esta for innocente e pobre.

Art. 91. O divorcio dos conjuges, que tiverem filhos communs, não annulla o dote, que continuará sujeito aos onus do casamento, mas passará a ser administrado pela mulher, si ella for o conjuge innocente. Si o divorcio for promovido por mutuo consentimento, a administração do dote será regulada na conformidade das declarações do art. 85”.

(lei 181 de 24 de janeiro de 1890).

Esta lei irá servir como referência jurídica na parte do código civil de 1.916 quando este for discorrer sobre direito de família.

Pouco tempo após a publicação da lei anterior, foi criada a constituição de 1.891 que já trazia em seu ordenamento jurídico, alguns direitos fundamentais, como, por exemplo, o direito que assegura que “a pena não passará da pessoa do acusado”.

1.5.1.3. O primeiro código civil brasileiro.

E finalmente, em 1.916, oficialmente, é criado o 1º código civil brasileiro: a lei 3.071 de 1 de janeiro de 1.916. Este era um código majoritariamente patrimonialista, entretanto, já tratava diretamente de assuntos inerentes à consequência jurídica que poderia recair sobre os filhos após a dissolução de uma união conjugal bem como previa regimes específicos de guarda e regulamentava-os de forma expressa.

“Art. 325. No caso de dissolução da sociedade conjugal por desquite amigável, observar-se-á o que os conjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.

Art. 321. O juiz fixará também a quota com que, para criação e educação dos filhos, deve concorrer o conjuge culpado, ou ambos, se um e outro o forem.

Art. 326. Sendo desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente.

§ 1º Se ambos os cônjuges forem culpados ficarão em poder da mãe os filhos menores, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles.

§ 2º Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges ainda que não mantenha relações sociais com o outro a quem, entretanto, será assegurado o direito de visita.

Art. 327. Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles para com os pais.

Parágrafo único. Se todos os filhos couberem a um só conjuge, fixará o juiz a contribuição com que, para o sustento deles, haja de concorrer o outro.

Art. 328. No caso de anulação do casamento, havendo filhos comuns, observar-se-á o disposto nos arts. 326 e 327.

Art. 329. A mãe, que contrai novas núpcias, não perde o direito a ter consigo os filhos, que só lhe poderão ser retirados, mandando o juiz, provado que ela, ou o padrasto, não os trata convenientemente”.

(Lei 3.071 de 1 de janeiro de 1916).

Esta lei vigorará até 1.977, quando será instituída uma lei específica para regular os casos da dissolução da sociedade conjugal e do casamento.

1.5.1.4. O impacto jurídico das guerras mundiais.

Na idade contemporânea ocorreram alguns conflitos, em especial, as duas guerras mundiais, que foram originadas pelas buscas das potências europeias por territórios, motivações ideológicas, e, também, para estar no topo da economia do globo. A segunda guerra trouxe muitos questionamentos de ordem ética, como os crimes de guerra praticados pelos soldados nazistas nos campos de concentração e também o ataque americano com bombas atômicas sobre as cidades de Hiroshima e Nagasaki, no Japão.

Estes acontecimentos tiveram grande relevância para o âmbito jurídico, sendo que, no final do conflito, a ONU (Organização das Nações Unidas) foi criada para buscar a manutenção da paz entre as nações, influenciada pelas atrocidades cometidas na segunda guerra mundial, que havia terminado há pouco tempo.

Em 1948, a ONU promulgou a “Declaração Universal dos Direitos Humanos”, que foi inspirada na “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”.

Vale lembrar que este documento promulgado pela ONU, isto é, a declaração universal dos direitos humanos, não possui eficácia jurídica obrigatória, entretanto, ele se tornou uma importante referência de ética para o mundo todo.

Obs: a ONU inspirou que vários países inserissem em sua constituição o “princípio da dignidade da pessoa humana”.

1.5.1.5. Final da história do direito brasileiro antes de chegar às atualidades.

O século XX, além da criação do código civil de 1.916 e das guerras mundiais, está repleto de outros acontecimentos jurídicos.

Neste século, o Brasil chegou a ter a constituição de 1.934, que foi democrática e de curta duração, a constituição de 1.937, que institui o estado novo com supressão de direito e poucas garantias, o início da era Vargas no mesmo ano, a criação do código penal atual de 1.940, bem como o código de processo penal de 1.941, ambos vigorando até os dias atuais, a criação da CLT, Consolidação das Leis Trabalhistas, em 1.943, também vigente até a

data do presente feito, porém, alterada em partes pela reforma trabalhista, o fim da era Vargas e uma nova constituição em 1.945, que foi chamada de constituição de retomada democrática, a instalação do regime militar em 1.964, a criação da consolidação do regime militar em 1.967 e, por fim, a criação do antigo código de processo civil de 1.973, que será revogado, posteriormente, pelo novo código de processo civil de 2015.

Todos esses acontecimentos históricos foram extremamente relevantes para o ordenamento jurídico brasileiro.

1.5.1.6. Legislações que vigoram atualmente.

Por fim, chegamos às legislações vigentes nos dias atuais, quando foi criada a lei do divórcio em 1.977, a constituição federal de 1.988, também chamada de constituição cidadã, o código civil de 2.002, a lei 10.406/02, o novo código de processo civil de 2015, dentre outras legislações - legislações estas, que serão abordadas posteriormente nesta pesquisa.

2. CONCEITOS.

Antes que seja abordado o tema desta pesquisa, será feito, para melhor entendimento do leitor, uma conceituação de cada termo relacionado ao tema abordado.

2.1. FILIAÇÃO.

Diz-se filiação do parentesco em linha reta de primeiro grau. Visto que alguém pode ser filho(a), ou ainda pode ter um filho(a). Portanto, essa relação de pai ou mãe para filho ou filha é chamada de filiação.

Filho é a denominação que se dá àquele que é filiado a alguém, seja por ter nascido de sua semente (natural), por este alguém tenha sido adotado (adotivo), ou que por este tenha sido criado e considerado filho (socioafetivo).

2.1.1. Conceito doutrinário filiação.

De acordo com a doutrinadora Maria Helena Diniz:

“Filiação é o vínculo existente entre pais e filhos; vem a ser a relação de parentesco consangüíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida, podendo, ainda, ser uma relação socioafetiva entre pai adotivo e institucional e filho adotivo ou advindo de inseminação artificial heteróloga”.

(DINIZ Maria Helena, 2002, p. 372)

Conforme aponta Maria Helena Diniz, todas as formas de filiação são válidas.

2.1.2. Conceito jurídico.

Considerando o código civil brasileiro, o filho é o membro mais novo de uma relação de filiação. Essa relação pode ser adquirida de várias formas, sejam elas, não necessariamente nesta ordem, consanguínea - dentro ou fora da união conjugal ou através de inseminação homóloga ou heteróloga (no caso do homem se for consentida) -, por adoção e por afinidade, conforme versam os textos da lei 10.406 de 2002:

“Art. 1.593. do CC. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem”.

(Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002)

Por tanto, a lei aponta de forma sucinta a possibilidade de filiação não natural.

2.1.2.1. Filiação socioafetiva.

Essa denominação jurídica é dada ao que se chama de filho de consideração, um instituto presente na realidade desde bem antes de ser tipificado. Nesse contexto, uma expressão conhecida por muitos, que pode remeter a este instituto seria a famosa frase popular: “pai não é quem faz, pai é quem cria”.

“Art. 1.595. Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade”.

(Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002)

A maternidade ou paternidade socioafetiva está tipificada na lei, e é o reconhecimento voluntário de filiação daquele que socialmente se apresenta como sendo seu filho, mesmo não o sendo biologicamente, mas se portando como o tal perante a sociedade tanto depois, como antes do nascimento, podendo esta filiação ser realizada através de convívio social, e, por força de lei, através de inseminação artificial heteróloga.

2.1.2.1.1. Por convívio social.

Esse tipo de filiação está previsto no art 1.595 do CC e regulamentado no provimento 63 do CNJ nos artigos 10 e seguintes deste provimento.

“Art. 10. O reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoas acima de 12 anos será autorizado perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais.

Art. 10-A. A paternidade ou a maternidade socioafetiva deve ser estável e deve estar exteriorizada socialmente”.

(Provimento 63 de 14 de novembro de 2017 do CNJ).

Nota-se que o reconhecimento deve ser voluntário e que o futuro filiado tenha idade superior a 12 anos.

2.1.2.1.2. *Por inseminação artificial.*

Se, de alguma forma, o homem do casal é estéril, e a mulher, com seu consentimento, fizer uma inseminação artificial heteróloga, o marido que consentiu será de forma não natural, o pai socioafetivo desta criança. Também pode ser considerada a inseminação artificial assistida por casais homoafetivos.

Este ato está tipificado no Art. 1.597 inc V do código civil (considerando apenas ao pai a filiação socioafetiva) e no Art. 16 do provimento 63 do CNJ.

“Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”.

(Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002)

“Art. 16. O assento de nascimento de filho havido por técnicas de reprodução assistida será inscrito no Livro A, independentemente de prévia autorização judicial e observada a legislação em vigor no que for pertinente, mediante o comparecimento de ambos os pais, munidos de documentação exigida por este provimento”.

(Provimento 63 de 14 de novembro de 2017 do CNJ).

Esta é uma das modalidades utilizadas por casais homoafetivos e está, também, prevista no provimento:

“§ 2º No caso de filhos de casais homoafetivos, o assento de nascimento deverá ser adequado para que constem os nomes dos ascendentes, sem referência a distinção quanto à ascendência paterna ou materna”.

(Provimento 63 de 14 de novembro de 2017 do CNJ).

Logo, conforme foi visto, constará no registro os nomes dos ascendentes sem distinção quanto a ascendência paterna ou materna.

2.1.2.2. *Filiação natural.*

Dá-se o nome de filiação natural àquele filho ou filha que tenha o seu nascimento resultante da semente (óvulo ou espermatozoide) de quem se filia.

“Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
 I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
 II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
 III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
 IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
 V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”.

(Lei 10.406 de 10 de Janeiro de 2002).

Observação: o disposto no inc. V do Art. 1.597, para caracterização de filiação natural aplica-se apenas ao caso da mãe. No caso do pai, este estará caracterizado como pertencente à categoria de filiação socioafetiva.

2.1.2.3. Filiação adotiva.

A adoção é uma forma de dar filhos, ou mais filhos, a quem realmente os quer, e, apesar de ser mencionada no Código Civil no artigo 1.618, ela está regulamentada nos artigos 39 e seguintes do ECA, Estatuto da Criança e do Adolescente.

“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”.

(Lei 8.069 de 13 de julho de 1990).

Observação: a lei não prevê remuneração para que alguém possa adotar, sendo que até mesmo uma pessoa sem renda fixa, ou sem renda nenhuma, pode ter direito de adotar uma criança.

2.1.2.3.1. *Adoção em sentido geral.*

É uma forma do direito utilizada para, no limite do possível, igualar uma filiação não natural a uma filiação natural. Por exemplo:

Na adoção, de acordo com o § 2º do artigo 47 do ECA, ocorre o cancelamento do registro original do nascimento onde se diz: “O mandado judicial, que será arquivado, cancelará o registro original do adotado”.

E, conforme o disposto nos parágrafos 5º e 6º do Art. 47 do ECA, após ter sido deferida a adoção, o adotante pode rebatizar o adotado, ou seja, alterar, tanto o sobrenome, como também, o prenome do adotando, portanto, se igualando, na medida do possível, a uma filiação natural.

“§ 5 ºA sentença conferirá ao adotado o nome do adotante e, a pedido de qualquer deles, poderá determinar a modificação do prenome”.

“§ 6 ºCaso a modificação de prenome seja requerida pelo adotante, é obrigatória a oitiva do adotando, observado o disposto nos §§ 1 ºe 2 ºdo art. 28 desta Lei”.

(Lei 8.069 de 13 de julho de 1990).

O único meio de se saber que alguém é adotado, conforme o §8 deste mesmo artigo, é através do processo de adoção micro-filmado.

“§ 8º O processo relativo à adoção assim como outros a ele relacionados serão mantidos em arquivo, admitindo-se seu armazenamento em microfilme ou por outros meios, garantida a sua conservação para consulta a qualquer tempo.

(Lei 8.069 de 13 de julho de 1990).

Se o adotado, tomando ciência, quiser saber a verdadeira identidade dos seus pais, este tem todo o direito bem como nem precisa ser maior de idade.

“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. Parágrafo único. O acesso ao processo de adoção poderá ser também deferido ao adotado menor de 18 (dezoito) anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica”.

(Lei 8.069 de 13 de julho de 1990).

Na adoção, segundo o disposto no Art. 41 do ECA, todos os laços para com a família natural são rompidos.

Obs: ainda serve de impedimento para uniões conjugais.

“Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”.

(Lei 8.069 de 13 de julho de 1990).

De acordo com o parágrafo 10 do artigo 47 do ECA, a filiação adotiva só pode ser feita mediante meios judiciais, diferente da filiação socioafetiva, que, em alguns casos, pode ser feita de forma extrajudicial.

“§ 10. O prazo máximo para conclusão da ação de adoção será de 120 (cento e vinte) dias, prorrogável uma única vez por igual período, mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária”.

(Lei 8.069 de 13 de julho de 1990).

A lei prevê, nos parágrafos 3º e 4º do Art. 50 do ECA, testes e preparos para que os adotantes se mostrem ou se tornem aptos para o convívio com crianças.

“§ 3º A inscrição de postulantes à adoção será precedida de um período de preparação psicossocial e jurídica, orientado pela equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar.

§ 4º Sempre que possível e recomendável, a preparação referida no § 3º deste artigo incluirá o contato com crianças e adolescentes em acolhimento familiar ou institucional em condições de serem adotados, a ser realizado sob a orientação, supervisão e avaliação da equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude, com apoio dos técnicos responsáveis pelo programa de acolhimento e pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar”.

(Lei 8.069 de 13 de julho de 1990).

A adoção, conforme §6º do Art. 42 do ECA, pode ser feita também após a morte do adotando, caso este estivesse vivo no começo do processo judicial.

“§ 6º A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença”.

(Lei 8.069 de 13 de julho de 1990).

É necessário que haja o consentimento dos pais, salvo se estes tenham sido destituídos do poder familiar, e, se o adotando for maior de 12 anos, este também deverá consentir, de acordo com o Art. 45, §1º do ECA.

“Art. 45. A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando.

§ 1º. O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar”.

(Lei 8.069 de 13 de julho de 1990).

Conforme o disposto na lei, a adoção pode ser realizada com filhos que estão sobre um poder familiar e filhos que não estão sobre um poder familiar.

2.1.2.3.2. *Adoção em relacionamentos homoafetivos.*

Visto que qualquer pessoa maior de 18, com desejo de ter filhos, pode adotar - sendo para criação de família monoparental ou sendo unidos via união estável ou casamento - este está amparado por lei no § 2º e no caput do Art. 42 do ECA.

Veja o que diz o texto de lei:

“Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

§ 2º Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família”.

(Lei 8.069 de 13 de julho de 1990).

Desse modo, visto que a lei atual prevê a possibilidade de união cívica e criação de famílias homoafetivas, até mesmo para que haja segurança em casos de patrimônio conjuntamente construído em direitos de propriedade, logo, essa união é válida para o disposto no parágrafo 2º do Art. 42 do ECA.

Portanto, em vista de que, após a Resolução 175 de 2013 do CNJ, os casais homoafetivos passaram a terem assegurados os seus direitos a terem uma união estável e casamento civil, estes podem também figurar como adotantes em um processo de filiação adotiva.

“Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação”.

(Resolução 175 de 14 de maio de 2013 do CNJ).

Como se pode observar, é permitida a união entre pessoas do mesmo sexo, bem como é permitido a estas pessoas haver filhos através da filiação adotiva.

2.2. CONCEITO DE FAMÍLIA.

Família é o conjunto de duas ou mais pessoas que, por sangue ou laço forte de afinidade e consideração, estão ligados como parentes.

2.2.1. Conceito doutrinário.

Conforme versa o doutrinador Orlando Gomes:

“O grupo fechado de pessoas, composto dos genitores e filhos, e para limitados efeitos, outros parentes, unificados pela convivência e comunhão de afetos, em uma só e mesma economia, sob a mesma direção”.

(GOMES, Orlando. Direito de Família. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 33.).

Como se pode observar, Orlando Gomes apresenta o conceito de família da forma mais ampla possível.

2.2.2. Conceito jurídico.

Considera-se como família, segundo a CF de 88, o casamento civil, o casamento religioso, a união estável e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Conforme versa os parágrafos, do 1º ao 4º do artigo 226 da Constituição Federal:

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

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 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.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

(Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

Por tanto, a lei prevê diferentes tipos de família, mas todas em conformidade com conceito geral.

2.3. FAMÍLIA HOMOAFETIVA.

Dá-se o título de família homoafetiva àquela que é constituída por meio de uma união conjugal entre pessoas do mesmo sexo. Esses pais ou mães também podem ter filhos através de meios alcançáveis, podendo, estas maneiras, serem das mais variadas formas, como por exemplo, a adoção.

Vale ressaltar que o termo “homossexualismo” caiu em desuso visto que começou a ser utilizado na época em que a igreja católica exercia maior influência sobre o ordenamento jurídico e o relacionamento afetivo entre pessoas do mesmo sexo era visto como doença. É importante ressaltar, não deve ser confundida a homossexualidade com a transexualidade, com a travestilidade ou com o hermafroditismo.

Vale citar ainda que esta pesquisa científica está direcionada aos relacionamentos homoafetivos, apesar de poder ser utilizada para aplicação nos outros termos.

Entretanto, a título de esclarecimento, a homossexualidade, refere-se às pessoas que sentem atração por outras que sejam do mesmo sexo, enquanto que, na transexualidade a pessoa, psicologicamente, sente-se pertencer a outro sexo, diferente daquele em que nasceu biologicamente, sendo assim, ela pode, por exemplo, sentir-se homem sendo mulher, mas ter atração por homens (nestes casos, a pessoa pode fazer um procedimento cirúrgico de mudança de sexo). Na travestilidade, a pessoa até se veste e se produz como sendo do sexo oposto, entretanto, se considerando ser do gênero ao qual biologicamente nasceu, e, por último, no hermafroditismo, a pessoa nasce possuindo condições biológicas masculinas e femininas ao mesmo tempo.

2.3.1. Previsão legal.

Nota-se que, na constituição federal, mais precisamente no parágrafo 3º do artigo 226, está expresso que é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, o que deixava, de forma interpretativa, um entendimento de que, se a constituição previu a

relação entre um homem e uma mulher, e não previu a relação homossexual, ela autorizou a união entre héteros e proibiu a união entre pessoas que possuíam o mesmo sexo.

Contudo, a partir da entrada em vigor da ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) 4.277 DF de 05.05.2011, passou a ser admitida pela lei, em favor da união entre duas pessoas do mesmo sexo, a aplicação das regras da união estável o que ganhou força constitucional através do parágrafo 3º do artigo 226 da CF. E que, por fim, acabou ganhando importante reforço após a resolução 175 de 2013 do conselho nacional de justiça.

3. Desenvolvimento.

3.1. DISSOLUÇÃO DA UNIÃO CONJUGAL.

As hipóteses para a dissolução da sociedade conjugal estão previstas no Art. 1.571 e seus incisos do Código Civil.

“Art. 1.571. A sociedade conjugal termina:
I - pela morte de um dos cônjuges;
II - pela nulidade ou anulação do casamento;
III - pela separação judicial;
IV - pelo divórcio”.

(Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002).

Para efeito desta pesquisa, será tratado como união conjugal o convívio entre duas pessoas, em relacionamento heterossexual ou homossexual, que estejam unidas de forma oficial (casamento ou união estável registrada em cartório) ou extra-oficial (convivendo como em uma união conjugal perante a sociedade, porém sem registro) em um relacionamento. E será considerada como dissolução dessa união a cessação desse convívio em conjunto, quando ambos se separam, de forma oficial ou não, mas deixando de co-habitar a mesma residência.

Nos casos em que essa separação ocorre e os envolvidos, anteriormente em conjunto, haviam tido filhos, seja de forma natural, ou de qualquer das formas não naturais, mas que foram frutos desta união conjugal, ou seja, havidos, adotados, filiados ou concebidos conjuntamente, essa dissolução terá, além das consequências jurídicas impostas ao casal, consequências jurídicas que respingarão sobre os filhos por eles havidos enquanto “casal”. Ao passo de que, uma vez que tenha sido pai ou mãe, para com seu filho, foi gerado um vínculo eterno, direitos, deveres e obrigações mútuas.

Em suma, a separação do cônjuge não o separa dos filhos.

Quando a união conjugal se dissipa, em se tratando de haver filhos entre os cônjuges, salvo se, pela morte de um deles, os filhos ficam sujeitos às consequências jurídicas dessa separação, que, uma vez que dissoluta, surge discussões como, acordos de guarda, regulamentação de visita e obrigação de alimentos para com os cuidados do filho menor ou incapaz por eles geridos.

3.2. GUARDA.

A guarda, de acordo com o artigo 33 da lei 8.069 de 1990, o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), é a situação na qual, quem a possui tem o dever de assistência material, moral e educacional em face daquele que estiver sobre essa guarda.

“Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais”.

(Lei 8.069 de 13 de julho de 1990).

Este que está sobre a guarda pode tanto ser uma criança ou um adolescente, como também, pode ser um maior caracterizado como incapaz. Conforme defende o artigo 1.590 da lei 10.406 de 2002, o Código Civil brasileiro.

“Art. 1.590. As disposições relativas à guarda e prestação de alimentos aos filhos menores estendem-se aos maiores incapazes”.

(Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002).

Logo, não é somente o menor que goza desta proteção jurídica.

3.2.1. Diferença entre guarda e guardião.

Quando se trata de guarda, é algo associado à responsabilidade com relação à criança, responsabilidade esta que pode ser maior para um dos genitores ou pode ser igual para ambos, ou seja, 50% de responsabilidade para cada um dos genitores.

Entretanto, nos casos de responsabilidade igualmente distribuída, ainda que a criança fique sujeita à guarda compartilhada, onde a responsabilidade é igual para os dois, para o bem-estar da criança, segundo o pronunciamento do ministério público e a jurisprudência, apesar de a guarda ser compartilhada, apenas um será o guardião, que será aquele com quem a criança residir oficialmente, para que não se crie uma confusão mental na cabeça da criança sobre com quem ela mora.

3.2.2. Tipos de guarda.

Quando se trata de guarda, vale lembrar que é um assunto amplo, podendo existir em vários tipos: guarda conjunta, guarda unilateral, guarda alternada, guarda compartilhada e guarda provisória, também conhecida como “guarda para fins de adoção”.

3.2.2.1. Guarda conjunta.

A guarda conjunta é defendida pelo artigo 22 do ECA e é aquela que é efetivada pelos pais (pai e mãe, se a família for heteroafetiva, e, pai e pai ou mãe e mãe se a família for homoafetiva) na qual estes possuem o dever de sustento, guarda e educação dos menores.

“Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”.

(Lei 8.069 de 13 de julho de 1990).

Por tanto, poderá o órgão julgador se valer deste artigo para avaliar a cada situação concreta.

3.2.2.2. Guarda Unilateral.

Na guarda unilateral, somente um dos pais - ou o pai, ou a mãe - amparado(a) pelo § 1º do Art. 1.583 do CC, possui a guarda do filho.

“Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”.

(Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002).

Esta guarda unilateral tanto pode ser estática, quando fica apenas com um dos genitores, quanto pode ser dinâmica, quando fica apenas com um dos genitores por um tempo, e depois, apenas com o outro, respeitado o direito de visita daquela com quem a sob. guarda não estiver.

3.2.2.3. Guarda nidal, ou guarda de ninho.

Caso extremamente raro no qual a criança reside sempre no mesmo local e os genitores revezam entre si, sobre o tempo que cada um vai ficar com a criança nesta residência.

Diferente da guarda alternada, a criança não sai da residência de um dos genitores para ir ficar com o outro, mas eles é que revezam sobre quem vai à casa onde a criança reside enquanto na guarda alternada é a criança que sai da casa de um genitor para o outro.

3.2.2.4. Guarda alternada.

Na guarda alternada é estabelecido um período dentro do qual a criança fica um tempo determinado com um dos pais e outro tempo determinado com o outro, tendo um dia e um horário estabelecido para que a troca seja feita.

Exemplo: de domingo à noite a quarta à noite o filho fica com um dos pais, e de quarta a noite a domingo à noite fica com o outro.

Uma observação importante é que esta modalidade de guarda não é muito utilizada no Brasil, portanto, deve ser tratada como um caso atípico, ou seja, excepcional.

A guarda alternada não possui previsão legal, mas encontra menção em alguns casos da jurisprudência, como, por exemplo, o REsp (Recurso Especial) Nº 1878041 do STJ (Superior Tribunal de Justiça), mas o juiz poderá fundamentar sua decisão no artigo 1.586 do CC.

“Art. 1.586. Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais”.

(Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002)

Neste texto de lei já se pode observar a presença do princípio do maior interesse da criança.

3.2.2.5. Guarda compartilhada.

A guarda compartilhada, diferente das modalidades anteriormente mencionadas, atribui a ambos os pais o direito à guarda, mas não expressa determinação de data e horário bem como não estipula tempo fixo para cada um dos pais poderem ficar com o filho.

Na guarda compartilhada, conforme dispõe o § 2º do art. 1.583 do CC, o regime de data e horário é livre e pode ser modificado, acordado e combinado pelos genitores a qualquer momento.

“Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

A lei expressa que se caso não houver um acordo entre os genitores sobre o regime de guarda, embasando-se no § 2º do art. 1.584 o juiz poderá determinar a guarda compartilhada.

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor”.

(Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002).

A guarda compartilhada, por via de regra, será sempre a opção mais visada pelo órgão julgador.

3.2.2.6. Guarda para fins de adoção.

Prevista no artigo 33 do ECA, é uma espécie de guarda temporária que, se aprovados os adotantes nesse estágio, pode vir a ser definitiva. Ela é utilizada para regularizar uma situação de fato, ou seja, é o caso da criança enquanto esta está no estágio de convivência da adoção e, nesse tempo, os guardiões podem defender essa criança contra qualquer pessoa, inclusive, contra os próprios pais biológicos.

“Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

§ 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros”.

No tocante ao estágio da guarda temporária nos processos de adoção, após o mesmo ter sido findado, os pais possuem até mais 15 (quinze) dias para requererem a adoção definitiva da criança.

§ 7º Os detentores da guarda possuem o prazo de 15 (quinze) dias para propor a ação de adoção, contado do dia seguinte à data do término do estágio de convivência”.

(Lei 8.069 de 13 de julho de 1990).

Observa-se pelo disposto no texto de lei que o guardião poderá defender a criança dos próprios pais se assim for necessário.

3.2.3. Critérios para definição de guarda.

Para definir qual será o regime de guarda adotado, deverá ser observado o princípio do maior interesse da criança, princípio este que está presente no código civil nos parágrafos 2º e 3º do artigo 1.583 e no inciso II do artigo 1.564, onde será verificado qual guarda será adotada observando aquele que melhor pode prover, à criança, cuidados e outras assistências necessárias.

“Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

§ 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe”.

(Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002).

Entretanto, desde a Lei nº 11.698/08, a guarda compartilhada passou a ser considerada como regra geral, fazendo com que a guarda unilateral passasse a ser considerada como exceção. Logo, em caso de divergência ao se decidir com quem ficará a guarda, o juiz estabelecerá a guarda compartilhada.

3.2.4. Regulamentação de visita.

Enquanto que um dos genitores fica com a posse da guarda, ao outro, resta o direito de visita previsto no Art. 1.589 do CC, ou seja, na guarda unilateral, um dos genitores, apenas, possui a guarda, e o outro possui o direito de visita, direito este que, observando o melhor interesse do menor, estende-se a qualquer um dos avós.

“Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

Parágrafo único. O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente”.

(Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002)

Neste texto de lei o legislador previne uma relação mais justa entre o alimentando e o alimentado.

3.3. OBRIGAÇÕES ALIMENTÍCIAS.

Nos casos nos quais se discute a guarda do menor, aquele que não estiver como detentor dessa guarda fica sujeito, observando o instituto da necessidade/possibilidade, ao pagamento de pensão alimentícia ao outro para arcar com eventuais gastos com o menor sobre força de lei expressa no art. 1.703.

“Art. 1.703. Para a manutenção dos filhos, os cônjuges separados judicialmente contribuirão na proporção de seus recursos”.

(Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002)

Entretanto, o mesmo poderá “fiscalizar” a guarda do outro bem como, inclusive, poderá requerer prestação de contas no caso de este considerar a possibilidade de que aquele que

detém a guarda possa estar utilizando de forma inconveniente os recursos que estiverem sendo entregues em pensão.

“§ 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos”.

(Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002).

Este instituto age de forma a prevenir para que não haja má fé entre as partes.

3.4. POSSIBILIDADE DE ABRIR MÃO DO FILHO.

Salvo se outrém o quiser adotar, não existe uma hipótese prevista em lei de se abrir mão de um filho(a), sujeito a incorrer nos crimes de abandono expressos no artigo 133 do CP.

“Art. 133 - Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono:

Pena - detenção, de seis meses a três anos”.

(Lei 2.848 de 07 de dezembro de 1940).

Em suma, a ausência de cuidados necessários pode resultar em uma ação cível se transformando ou dando origem a uma ação criminal.

3.5. DA POSSIBILIDADE IGUAL NOS CASOS HOMOAFETIVOS.

Conforme abordado nesta pesquisa científica, é certo que, graças às disposições legais, como o provimento 175 de 2013 do Conselho Nacional de Justiça, passou a ser permitido nos cartórios a realização de união estável entre pessoas do mesmo sexo bem como, aos mesmos beneficiários deste instituto, surgiu-se a possibilidade deles também poderem constituir família, utilizando-se dos meios possíveis para adquirirem filhos comuns entre si. Entretanto, assim como qualquer união entre casais heteroafetivos, uma união homoafetiva também pode se dissolver e, no caso de haverem filhos entre si, por não existir uma regulamentação direta com relação a esse fato, sobre como será regulamentada a guarda, o direito à visita, e a obrigação de prestar alimentos, não se sabe, ao certo, como resolver, de forma definitiva, uma discussão desse tipo.

Entretanto, se fosse o caso de a preferência para algumas atribuições ser de determinado sexo, como por exemplo, nos casos mais antigos, nos quais, na maioria das vezes, os filhos ficavam com a mãe, seria complicado definir as decisões judiciais relacionadas ao fato.

Mas, após a prevalência do princípio do maior interesse do melhor, a guarda passou a ser definida com base naquele que melhor poderia prover amor, qualidade de vida (não necessariamente a condição financeira), afeto e educação para a criança, independentemente de ser homem ou mulher, e, também, pelo princípio da igualdade e da não discriminação, os casos de união conjugal homoafetivas não devem ser tratados de forma diferente.

O mesmo pensamento deve ser utilizado para definir as obrigações alimentares, considerando que nos casos de dissolução de uma união heteroafetiva é observado o instituto da necessidade/possibilidade, e, visto que em Art. 33, nenhum texto de lei é expresso exigência de sexo daquele que deve prestar alimentos, mais uma vez, pelo princípio da igualdade e da não discriminação, os casos envolvendo cônjuges homoafetivos não devem ser tratados de forma diferente.

E, nos casos de abandono, com base no §6 do artigo 227 da Constituição Federal, independente do provável fato de os filhos não terem sido havidos de forma 100% natural, ainda assim, são filhos e devem ser tratados como tal, logo, a situação deverá ser abordada da mesma forma em que são abordados os casos envolvendo cônjuges heteroafetivos, podendo até ser punido o abandono na forma da lei criminal brasileira, ou seja, o disposto no Art. 33 do CP.

4. Conclusão.

Nos casos de dissolução de uma união conjugal homoafetiva, assim como nos casos heteroafetivos, as consequências jurídicas nos filhos menores, ou incapazes, não serão abordadas de forma diferente, em vista disso, a guarda e a regulamentação de visita serão definidas pelo princípio do maior interesse do menor.

A obrigação de prestar alimentos será definida com a observância do instituto da necessidade/possibilidade.

Além disso, nos casos de rejeição, poderá o juiz pedir que seja feito um estudo psicológico social e assistencial da criança e, sendo ouvidos, a criança e ambos os ex-cônjuges, será levado em consideração o melhor lar para que se mantenha a guarda, atribuindo ao outro a obrigação de alimentos e aquele a qual foi atribuída a guarda, deverá zelar por ela, sujeito a ser penalizado por crimes de abandono.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

FERREIRA, Adriano.

<https://direito.legal/historia-do-direito/hd05-pre-historia-e-direito/>

O Código de Hamurabi.

http://www.historia.seed.pr.gov.br/arquivos/File/fontes%20historicas/codigo_hamurabi.pdf

A Torá.

https://pt.wikipedia.org/wiki/613_mandamentos

<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-41/o-direito-de-familia-na-grecia-da-idade-antiga/>

Lei das XII tabuas.

<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/12tab.htm>

Corpus Juris Civillis.

<https://trf1.jus.br/dspace/bitstream/123/52682/1/Corpus%20iuris%20civilis%20%28disgesto%29.pdf>

Lei de 20 de outubro de 1823.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM....-20-10-1823.htm

Lei 181 de 24 de janeiro de 1890.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d181.htm

Lei 3.071 de 1 de janeiro de 1916

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm

DINIZ, Maria Helena, 2002, p. 372

<https://www.migalhas.com.br/depeso/279517/filiacao-no-ordenamento-juridico-brasileiro>

Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002, o Código Civil.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm

Provimento 63 de 14 de novembro de 2017 do CNJ.

<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>

Lei 8.069 de 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm

Resolução 175 de 14 de maio de 2013 do CNJ

<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>

GOMES, Orlando. Direito de Família. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 33.

<https://jus.com.br/artigos/33726/multiparentalidade-o-moderno-conceito-de-familia>

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

ADI 4.277 de 05 de maio de 2011 do DF.

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>

Lei 11.698, de 13 de junho de 2008.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm

Lei 2.848 de 07 de dezembro de 1940.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm