

A separação dos casais homoafetivos e seus reflexos na guarda dos filhos

The gay couples breaking up and their effects in the custody of the children

Alexandre Lima Rodrigues¹

Cibele Rodrigues²

Fabíola Aparecida Delben Costa³

RESUMO

A Constituição Federal de 1988, no artigo 226, traz uma mudança radical na tutela constitucional apresentando uma nova tônica, que é a proteção da família, e dá um novo significado a ideia de família. O artigo em questão se torna uma cláusula de inclusão e admite qualquer entidade que esteja baseada na estabilidade, na ostensibilidade e na afetividade como pilares bases da constituição de uma família, admitindo assim outros tipos de família. Após o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares houve também a necessidade de se regularizar juridicamente a separação desses casais, seus tramites e suas consequências na vida das pessoas que estão envolvidas, principalmente na relação com os filhos socioafetivos frente ao princípio do melhor interesse da criança.

Palavras-chave: Afeto, Carência afetiva, Filhos, Separação, União homoafetiva.

ABSTRAT

The Federal Constitution of 1988, in article 226, brings a radical change in the constitutional tutelage presenting a new tone, which is the protection of the family, and gives a new meaning to the idea of family. The article in question becomes a clause of inclusion and admits any entity that is based on stability, ostensibility and affectivity as the foundation pillars of the constitution of a family, thus admitting other types of family. After the recognition of gay couples unions as family entities, there was also a need to legally legalize the separation of these couples, their procedures and their consequences in the lives of the people who are involved, especially in the relationship with the socio-affective children against the principle of the best interest of the child.

Keywords: Affect, Lack of affection, Children, Separation, Gay couples.

Introdução

A obrigação do Direito é acompanhar a realidade da sociedade atual, no sentido de regular as relações dos cidadãos e primar pelos princípios constitucionais inscritos na Constituição Federal.

Neste sentido, para que se possa viver em um Estado Democrático de Direito

¹ Acadêmico do 10º termo do curso de Direito no Centro Universitário Católico Salesiano Auxilium – UniSalesiano Campus Araçatuba.

² Advogada, Doutora em Direito, Docente do Centro Universitário Católico Salesiano Auxilium – UniSalesiano Campus Araçatuba.

³ Advogada; Especialização em Educação à distância; Docente do Centro Universitário Católico Salesiano Auxilium – UniSalesiano Campus Araçatuba.

é necessário que seja garantido o direito à vida, à dignidade e a liberdade de escolha, sobretudo, para que o ser humano possa viver em paz e dignamente em sociedade.

A Constituição Federal de 1988 inovou em vários pontos, para propiciar liberdade e convivência justa ao cidadão brasileiro. Um dos pontos importantes está concentrado na formação da entidade familiar, a qual vinha passando por profundas transformações e não se encaixava mais no modelo tradicional de família, que muitas vezes já se mostrava ultrapassado.

Os vários tipos de agrupamentos familiares que vinham se formando nas últimas décadas estavam alicerçados no afeto, no respeito e na convivência duradoura de pessoas que só se importavam em se proteger, se amparar e viverem juntas, não importando os preceitos impostos pelo matrimônio patriarcal e pela sociedade tradicional.

Para tanto, entendendo o momento que vivia a sociedade, o legislado dispõe no artigo 226 da Constituição Federal que a família é à base da sociedade e essa tem especial proteção do Estado, transferindo a tutela jurídica do matrimônio para a família, valorizando e oficializando o elo entre as pessoas que queriam viver juntas como uma entidade familiar.

A partir deste momento, inicia-se uma luta pelo reconhecimento dos direitos a igualdade, a dignidade humana, a liberdade de escolha para que a sociedade compreenda de maneira lúcida a nova estrutura familiar que vinha se formando.

Dentro dessa nova estrutura familiar encontra-se a família homoafetiva, a qual vem lutando pelo seu reconhecimento e pela aquisição de direitos que, segundo a Constituição, são iguais a todos os outros cidadãos do país.

Dentro desses direitos encontra-se o direito de se casarem e constituírem uma família, poder ter filhos e, caso haja a necessidade, ter o direito a dissolução dessa união de forma pacífica e igualitária para todos os membros dessa entidade familiar.

Com o intuito de estudar a família homoafetiva, analisando os aspectos jurídicos para a sua formação e extinção, bem como a relação socioafetiva com os filhos que esta família possui e os reflexos de uma separação na guarda desses filhos, o presente trabalho se concentrou em um estudo aprofundado na literatura existente sobre o tema, na legislação pertinente ao caso e na jurisprudência que proporciona direção aos casos inovadores que surgem diariamente nas varas de

família de todo o país.

As uniões homoafetivas como entidades familiares

A Constituição Federal (CF) em seu art. 226 prevê:

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.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (BRASIL, 1988)

Cabe observar que a CF brasileira não se estendeu em seu rol de família, tanto que o legislador se limitou a mencionar categoricamente as possibilidades mais usuais, como a família monoparental e a união estável entre homem e mulher. No entanto, a tônica da proteção se encontra na família e não mais no matrimônio.

Para Lobô (2002, p. 94):

[...] no caput do art. 226 operou-se a mais radical transformação, no tocante ao âmbito de vigência da tutela constitucional à família. Não há qualquer referência a determinado tipo de família, como ocorreu com as Constituições brasileiras anteriores. Ao suprimir a locução "constituída pelo casamento" (art. 175 da Constituição de 1967-1969), sem substituí-la por qualquer outra, pôs sob a tutela constitucional "a família", ou seja, qualquer família. A cláusula de exclusão desapareceu.

Neste contexto, a proteção jurídica acaba por abarcar o afeto, e este tem a função de extinguir todo o preconceito e trazer novos horizontes para o instituto familiar. Veloso (1999, p.1) pondera que: *num único dispositivo o constituinte espancou séculos de hipocrisia e preconceito.*

Vários autores consideram que o caput do art. 226 da CF deve ser considerado como cláusula geral de inclusão, sendo inaceitável a exclusão de

qualquer entidade que ateste os pressupostos de estabilidade, ostensibilidade, e afetividade e *a releitura do significado da idéia de família deve dialogar com a tradição, mas apenas no limite em que esse diálogo possa ajudar no conceito contemporâneo de família.* (MEDEIROS, 2008, p.65)

Lobô (2002, p. 98) complementa:

[...] as demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no caput. Como todo conceito indeterminado, depende da concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductibilidade e adaptabilidade.

Cabe ressaltar que o Direito das Famílias possui o propósito essencial de proteger toda e qualquer família, e neste contexto se incluem as uniões homoafetivas que através de lei infraconstitucional estão consagradas dentro do conceito de entidade familiar e não são proibidas no ordenamento jurídico brasileiro.

Como base da sociedade, a família deve ser compreendida a partir de um novo cenário normativo, envolvido em valores mais éticos e conjugado com a realidade que deve regulamentar, ou seja, os valores existenciais do indivíduo só serão enobrecidos dentro de uma família cujo afeto seja o laço mais importante.

A Lei Maria da Penha, categoricamente, abriga as uniões entre pessoas do mesmo sexo no seu conceito de família. Em seu art. 2º prevê:

Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social. (BRASIL, 2006)

E em seu art. 5º parágrafo único dispõe:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

[...]

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual. (BRASIL, 2006)

A análise dos artigos acima referenciados indica que, como é garantida proteção legal a fatos que se dão dentro do ambiente doméstico, conclui-se que as uniões homoafetivas são entidades familiares. E como a própria terminologia diz a violência doméstica é violência que ocorre no seio de uma família. Assim sendo, a Lei Maria da Penha estendeu o conceito de família, atingindo as uniões homoafetivas. (DIAS, 2007)

Neste sentido, ao ser determinado o amparo da lei a mulher, sem distinção em relação à sua orientação sexual, encontra-se garantida a proteção tanto às *homossexuais do sexo feminino, como às travestis, às transexuais e aos transgêneros do sexo feminino que sejam partícipes de um relacionamento íntimo, baseado no afeto, em ambiente de convívio ou familiar*. (MEDEIROS, 2008, p. 69)

Conclui-se, portanto, que a Lei Maria da Penha, incluiu no ordenamento jurídico brasileiro um novo conceito de família, que abarca as uniões homoafetivas e através do princípio da igualdade, também abarca as relações entre dois homens devendo ser consideradas entidade familiar. Conforme assevera Dias (2007, p. 37-38):

[...] ainda que a Lei tenha por finalidade proteger a mulher, acabou por cunhar um novo conceito de família, independente do sexo dos parceiros. Assim, se família é a união entre duas mulheres, igualmente é família a união entre dois homens. Ainda que eles não se encontrem ao abrigo da Lei Maria da Penha, para todos os outros fins impõe-se este reconhecimento. Basta invocar o princípio da igualdade. [...] As uniões homoafetivas já galgaram o status de entidade familiar.

Como funciona a separação de casais homoafetivos

Como já observado até o momento, a lei é igual tanto para casais homossexuais como para casais heterossexuais. Contudo, a aplicação da lei para as uniões homoafetivas exige algumas particularidades que devem ser observadas.

Apesar de todas as inovações na lei e algumas na sociedade ainda persiste o preconceito e o receio por parte destes casais que não formaliza a união e quando se deparam com a separação enfrentam alguns problemas, que dificultam o bom andamento do processo.

Mesmo sendo um processo doloroso para ambas as partes, o ato da separação não pode ensejar que anos de convivência e até mesmo certa dependência financeira, psicologia e social, sejam descartados ou deixados de lado devido à atual

circunstância.

Primeiramente, nos casos de casais homoafetivos o melhor é que se formalize sua união, ou pela união estável ou pelo casamento, pois no caso de separação é preciso reconhecer primeiro a união para depois dissolvê-la.

Nos casos de separação consensual em que há um acordo entre as partes tudo fica mais simples, mas, quando existe um litígio, a maior dificuldade é provar os fatos, em especial para os casais que não formalizaram sua união.

A advogada e professora de mestrado da Faculdade Federal do Paraná, a Dr^a Ana Carla Harmatiuk Matos, explica:

Quem não tem certidão de casamento precisa de outras provas, como testemunhas, conta conjunta, evidências de coabitação, fatura de cartão de crédito compartilhado, ter o outro como dependente no imposto de renda ou no plano de saúde. O problema é que muitas vezes os parceiros do mesmo sexo, por conta da discriminação, não têm a mesma quantidade de provas de um casal heterossexual. (MAMBRINI, 2012, p. 1)

Quanto aos filhos de casais homoafetivos, a questão legal é: quem faz o papel de pai e quem faz o papel de mãe no momento da separação. O vínculo com a criança ou adolescente é o ponto crucial no momento da separação. Ou seja, não importa se os pais possuem sexos diferentes ou iguais, o que importa é o vínculo que se tinha com a criança, os laços afetivos que se formaram durante a convivência em família.

A partir da comprovação desses laços, ambos os participantes desta união terão os mesmos direitos e deveres sob a guarda dos filhos que tiveram, seja por reprodução assistida, seja por adoção, durante a união conjugal.

A Dr^a Ana observa que atualmente o Direito prega o 'poder familiar' como forma de garantir o melhor interesse da criança e do adolescente, e neste caso, a guarda deve ser dada a quem atender melhor a estes interesses e evidentemente quem tiver regularizado esse o vínculo com a criança, facilitando o processo no caso da separação. *Isso faz com que os dois pais ou as duas mães compartilhem o poder familiar e a guarda é decidida sempre tendo em vista o que é melhor para um a criança é manter o maior contato possível com os dois. (MAMBRINI, 2012, p. 2)*

Porém, quando existe uma separação litigiosa, o interessado na guarda deve comprovar o vínculo com a criança e mostrar que a mesma estará melhor em sua companhia do que na do ex-parceiro.

Nestes casos:

[...] se só uma das pessoas do casal está vinculada juridicamente, a outra tem que argumentar que, apesar de não ser mãe juridicamente, é mãe socioafetiva, ou seja, que ela desempenhou tanto social quanto afetivamente o papel de mãe ou pai daquela criança. Uma vez que o juiz aceite os argumentos, os direitos e deveres que ela pode pleitear são iguais ao da mãe e pai biológicos ou adotivos. (MAMBRINI, 2012, p. 1)

Outro detalhe que a Dr^a Ana pondera é o direito a pensão alimentícia para os filhos das uniões homoafetivas em que *[...] uma vez comprovada a filiação, mesmo que seja uma filiação socioafetiva, qualquer um dos parceiros pode entrar na Justiça para cobrar do ex responsabilidade sobre o filho. (MAMBRINI, 2012, p. 3)*

A filiação socioafetiva e o princípio do melhor interesse da criança

O Código Civil (CC) em seu art. Art. 1.593 prevê: *O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem. (BRASIL, 2002)*

Ao utilizar o termo 'outra origem' refere-se à origem afetiva que irá definir um relacionamento baseado no afeto, amor, carinho e cuidar no dia a dia de uma criança ou adolescente que não possui nenhum vínculo consanguíneo com quem exerce esse cuidado, assegurando o direito à filiação. (BIRMANN, 2006)

Dias (2016) pondera que com a consagração da afetividade como direito fundamental diminui a resistência em admitir a igualdade entre a filiação biológica e a socioafetiva, e complementa:

A constância da relação entre pais e filhos caracteriza uma paternidade que existe não pelo simples fato biológico ou por força de presunção legal, mas em decorrência de uma convivência afetiva. Constituído o vínculo da parentalidade, mesmo quando desligado da verdade biológica, prestigia-se a situação que preserva o elo da afetividade. Pai afetivo é aquele que ocupa, na vida do filho, o lugar do pai, desempenha a função de pai. É uma espécie de adoção de fato. É aquele que ao dar abrigo, carinho, educação, amor ao filho, expõe o foro mínimo da filiação, apresentando-se em todos os momentos, inclusive naqueles em que se toma a lição de casa e ou verifica o boletim escolar. Enfim, é o pai das emoções, dos sentimentos e é o filho do olhar embevecido que reflete aqueles sentimentos que sobre ele se projetam. (DIAS, 2016, p. 678-679)

O vínculo entre uma criança e seus pais, em que legitima o interesse da criança deve ser sempre reconhecido. E se este vínculo for através do afeto também deve gerar um parentesco socioafetivo para todos os fins de direito dentro dos limites da lei civil sendo que:

[...] Se o filho é menor de idade, com fundamento no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente; se maior, por força do princípio da dignidade da pessoa humana, que não admite um parentesco restrito ou de "segunda classe". O princípio da solidariedade se aplica a ambos os casos. (DIAS, 2016, p. 679)

Neste contexto, depois do ato do registro, mesmo que os pais resolvam se separar, o vínculo de parentalidade não será dissolvido por motivo nenhum.

Portanto, não importa qual é o tipo de família, se ela é formada por um casal heterossexual ou homoafetivo os interesses das crianças e dos adolescentes devem ser resguardados e mantidos mesmo após a separação do casal que a formou.

Como já anotado, o artigo 227 da CF destaca três entes que estão incumbidas de garantir as melhores condições para que as crianças, adolescentes e jovens, do país, se desenvolvam e possam se tornar cidadãos justos e conscientes da igualdade de todos, são eles: a Família, a Sociedade e o Estado.

A partir deste princípio, a primazia dos interesses da criança e do adolescente deve ser constante em todas as decisões proferidas pelos juízes, os quais devem interpretar as normas de maneira tal que melhor atenda a integridade e a dignidade do menor envolvido.

Segundo Amin (2015, p.70):

[...] na análise do caso concreto, acima de todas as circunstâncias fáticas e jurídicas, deve pairar o princípio do interesse superior, como garantidor do respeito aos direitos fundamentais titularizados por crianças e jovens. Ou seja, atenderá o referido princípio toda e qualquer decisão que primar pelo resguardo amplo dos direitos fundamentais, sem subjetivismos do intérprete.

Observa-se que no passado todas as decisões tomadas no interior dos lares era em benefício do pai, chefe da família. Atualmente os filhos são as figuras que têm prioridades nas relações parentais, deixando em segundo plano a vontade dos pais.

Com a finalidade de dar efetividade ao princípio em questão, elaborou-se o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), o qual, de forma geral, fundamentou-se em três pilares básicos para assegurar ao menor o atendimento de todas as suas necessidades e a prioridade deste atendimento, sendo eles: A) criança e adolescentes são sujeitos de direito; B) afirmação de sua condição peculiar como pessoa em desenvolvimento, devendo ser regulado por legislação especial e; C)

prioridade absoluta na garantia de seus direitos fundamentais. (AMIN, 2015)

O fato de se considerar a criança e o adolescente “seres em desenvolvimento”, são essenciais a orientação e o amparo para se desenvolverem em todas as áreas, justifica a importância deste princípio.

Gama (2008, p. 80) pondera que:

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente representa importante mudança de eixo nas relações paterno-materno-filiais, em que o filho deixa de ser considerado objeto para ser alçado a sujeito de direito, ou seja, a pessoa humana merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade comparativamente aos demais integrantes da família de que ele participa. Cuida-se, assim, de reparar um grave equívoco na história da civilização humana em que o menor era relegado a plano inferior, ao não titularizar ou exercer qualquer função na família e na sociedade, ao menos para o direito.

Por conseguinte, o melhor interesse para criança compreende não só o consentimento da guarda àquele que possuir melhores condições financeiras, mas àquele que detém também outros aspectos que envolvem o bem estar do menor e o seu bom desenvolvimento.

Para Monteiro (2011, p.401), *Os aspectos morais, educacionais e ambientais, dentre outros que tivessem em vista o melhor atendimento aos interesses do menor, sem que ficasse adstrita à situação econômica ou financeira dos seus genitores.*

Concordando, Leite (2005, p. 195) explica que:

O interesse dos filhos é o único critério legal que permite ao juiz confiar a guarda de um filho a um dos genitores. E este poder discricionário é tão intenso que o juiz pode mesmo contrariar o acordo estabelecido entre os pais, recusando-se a homologar qualquer proposta de consenso que lhe pareça não preservar suficientemente o interesse dos filhos.

O cumprimento deste princípio representa a direção para os institutos jurídicos, os quais quando aplicados servirão de base para o que é mais apropriado para o desenvolvimento do menor que se encontra no interior de uma situação de conflito. A partir deste momento todos os aspectos serão relevantes para o bem estar da criança ou do adolescente o qual deverá ter seus direitos sociais, econômicos, emocionais, afetivos entre outro, garantidos.

A guarda compartilhada e a família homoafetiva

Em consequência de toda a evolução vivenciada pela família homoafetiva, a separação ainda é um período traumático para todos os lados, e uma criança que é amada, amparada e muitas vezes retirada da fila de adoção ver todo o seu mundo ruir novamente é um trauma que deve ser amenizado da melhor maneira possível.

O ECA em seu art. 28 determina que: *A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos da Lei.* (BRASIL, 1990)

E o art. 33 complementa dispondo: *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.* (BRASIL, 1990)

Sendo assim, fica claro que não existe nenhuma lei que proíbe o exercício da guarda a ser aplicada quando ocorre a dissolução da união, e o seu deferimento não deve fazer distinção ao tipo de família, seja ela heterossexual ou homoafetiva. O que importa realmente é que aqueles que irão compartilhar a guarda tenham meios adequados para conferir ao menor o que ele mais necessita: alimentação, proteção, educação e principalmente afeto.

De acordo com todos os estudos já realizados até o momento por psicólogos e juristas, a guarda compartilhada é a mais adequada para todos os tipos de família, principalmente para as famílias homoafetivas. Essas por sua vez já demonstram um afeto supremo quando adotam uma criança ou um adolescente e se propõe a cuidar e protege-los exercendo papéis difíceis de pai e mãe e enfrentando os preconceitos e as diferenças.

Souza; Miranda (2009, p. 207) ponderam que:

Atualmente falar sobre a dissolução da conjugabilidade e guarda compartilhada está na própria realidade social e judiciária, que reforça a necessidade de garantir o melhor interesse da criança e a igualdade entre homens e mulheres na responsabilização dos filhos. (...) Na sociedade atual já não são mais defensáveis as pretensões dos ex-cônjuges de sozinhos exercerem as funções de pai e mãe, pois se tem consciência que há necessidade das funções parentais sejam preenchidas de forma igualitária por seus pais, para o desenvolvimento emocional saudável.

Neste cenário, e diante de tantas dúvidas quanto à aplicabilidade da guarda compartilhada, mesmo nos casos em que existe uma discórdia entre os ex-companheiros. A resposta está na igualdade dos direitos, na afetividade e principalmente no melhor interesse do menor envolvido.

Novamente os ensinamentos de Souza; Miranda (2009, p.217) se resumem em:

A guarda compartilhada ocorre na dissolução da conjugabilidade, é um estágio do ciclo da vida, podendo ocorrer um rompimento precedido por uma crise e com mudanças estruturais com a saída de um dos membros de sua residência. Com a ruptura do casal os filhos podem servir de objeto da disputa entre os ex-cônjuges, causando dificuldades emocionais e psicológicas nos menores, que, muitas vezes, são pegos de surpresa, sendo privados do convívio com um dos pais, e sabemos que tanto a maternidade quanto a paternidade são importantíssimas para a saúde dos filhos. Também é importante que os filhos sintam que há espaço para eles na vida de cada um de seus pais, pois sentirá que tem dois pais envolvidos na sua educação e criação, e que o vínculo será mantido com os dois genitores.

O posicionamento da jurisprudência é:

RIO DE JANEIRO - Agravo de instrumento nº 0049775-91.2014.8.19.0000. Ação de adoção com guarda compartilhada e regulamentação do direito à convivência familiar. Insurgência da parte agravante contra decisão que deixou de receber o recurso de apelação interposto. Certidão cartorária indicando a intempestividade do apelo, na forma do art. 198, II, do ECA. Jurisprudência do STJ no sentido de que aludido prazo aplica-se somente aos procedimentos especiais previstos nos arts. 152 a 197 do ECA. As partes mantiveram união homoafetiva pelo período aproximado de cinco anos e, após um ano de relacionamento, decidiram conjuntamente a concepção de um filho, sendo a agravada a mãe biológica. Em contestação, a requerida informa que concorda expressamente com o pleito apresentado por sua ex-companheira no sentido da adoção de K.G.M.C., especialmente por existir filiação socioafetiva. De fato, não se está diante de nenhum dos procedimentos especiais previsto nos arts. 152 a 197 do ECA. Ao contrário, cuida-se de demanda que tramita pelo rito ordinário, razão por que incide o prazo geral previsto no art. 508 do Código de Processo Civil. Provimento do recurso por decisão monocrática. (BRASIL, 2014).

RIO GRANDE DO SUL - Apelação cível nº70057350092. Ação de cumprimento de acordo. Obrigação de fazer. Mãe socioafetiva. Cumprimento das visitas. Menor. Manutenção. O direito de visitação não pode ser abrigado só em razão do acordo judicial, pois decorre, em verdade, não de vínculo parental biológico, mas do (inequívoco) vínculo parental socioafetivo entre a autora e a criança, já reconhecido, aliás, no agravo de instrumento que fixou as visitas, antes do pacto judicial. Ademais, não há, nos autos, comprovação de que o convívio entre o infante e a autora possa trazer prejuízo ao menor, pois, embora determinada avaliação psicológica, e nomeada profissional, a demandada deixou de efetuar o pagamento. Nesse contexto, não havendo, no feito, comprovação de resistência do menor quanto ao convívio com a autora, e nem mesmo que este convívio possa trazer prejuízo ao infante, e apenas resistência da mãe biológica, após a separação da companheira, em manter a visitação ao infante, não há como ser obstaculizada a visitação avençada. Recurso desprovido. (BRASIL, 2014).

Dias (2016, p. 883) elucida que:

Quando ocorre o rompimento do convívio dos pais, acaba havendo uma redefinição das funções parentais, com que resulta em uma divisão dos encargos. O dinamismo das relações familiares, com o maior comprometimento de ambos no cuidado com os filhos, fez vingar a guarda conjunta ou compartilhada, que assegura maior aproximação física e imediata dos filhos com ambos. É a modalidade de convivência que garante, de forma efetiva, a corresponsabilidade parental, a permanência da vinculação mais estrita e a ampla participação de ambos na formação e educação do filho, o que a simples visita não dá espaço. Conforme Maria Antonieta Pisano Motta, compartilhar da guarda dos filhos é o reflexo mais fiel do que se entende por poder familiar.

A preferência legal pelo compartilhamento se justifica pela garantia de que ambos os pais, independente da separação conjugal, participarão do crescimento e do desenvolvimento dos filhos. Eliminado a ideia de posse favorecendo a continuidade da relação dos filhos com os pais e preservando o interesse da prole.

Sendo assim, o magistrado deve sempre valorar os aspectos favoráveis ao bem estar e desenvolvimento pleno do menor, não importando se a família é homoafetiva ou heterossexual, o que importa é os filhos poderem conviver com ambos os pais e sentir que fazem parte da vida deles.

Considerações Finais

A família, como entidade jurídica, possui total proteção do Estado, como uma entidade social, ela é igualitária, democrática e plural, apresentando uma estrutura socioafetiva baseada em laços de solidariedade. Por tanto, a nova família não se baseia necessariamente no casamento e sim nos sentimento de amor, carinho, proteção com o intuito de dar sentido e dignidade à existência humana.

Vinculados pelo afeto, as famílias homoafetivas conseguiram grandes conquistas jurídicas, as quais possibilitaram a união estável e o casamento entre pessoas do mesmo sexo. A sociedade teve que se libertar de certos preconceitos religiosos e culturais, que somente mascaravam uma situação que já existia na realidade de muitas famílias e era evidentemente real.

Entretanto, assim como ocorre às uniões, ocorrem também à dissolução dessas uniões e o Direito teve que se inovar para atender os novos casos de dissolução das uniões homoafetivas.

Dentro do contexto familiar e refletindo a unicidade e a igualdade que a Constituição Federal prega a lei é a mesma tanto para os casais homoafetivos como

para os casais heterossexuais. Porém, o melhor é que os casais homoafetivos formalizem previamente sua união, seja através da união estável ou através do casamento, para que possam dissolvê-la, pois em caso de litígio na separação será necessário comprovar o vínculo.

Contudo, quando existem filhos toda separação mesmo que amigável se torna um problema, pois a criança ou adolescente se sente inseguro, desamparado e considera que vai perder o convívio com um de seus pais.

A questão legal nas relações homoafetivas se concentra em quem faz o papel de pai e quem faz o papel de mãe no instante da separação. O importante é o vínculo que foi criado com essa criança, não importando se os pais possuem o mesmo sexo ou não, os sentimentos da criança é que devem ser cuidados e preservados, porque quem se separa são os pais e não o filho de um dos pais.

A partir da comprovação dos laços afetivos que a criança tem com os pais é que se inicia a responsabilidade e os direitos de ambos sob a guarda dos filhos que tiveram, não importando se são naturais, adotados ou por reprodução assistida.

Referências Bibliográficas

AMIN, Andrea R. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. IN: **Curso de Direito da Criança e dos Adolescentes _ Aspectos teóricos e práticos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BIRMANN, Sidnei H. **O direito a filiação frente à inconstitucionalidade do art. 10 do novo Código Civil**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, 35, 01/12/2006
Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1553>. Acesso em: 18 abr. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 abr. 2017.

_____. Lei nº 10.406. de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm >. Acesso em: 28 abr. 2017.

_____. Lei nº 11.340. de 7 de agosto de 2006. **Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Previr, Punir, e Erradicar a Violência contra a Mulher, altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras**

providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 30 abr. 2017.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 29 maio 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Agravo de Instrumento nº 0049775-91.2014.8.19.0000.** 17ª Câmara Cível, Relator: Desembargador: Flávia Romano de Rezende, julgado em: 26/09/2014. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/imprime-jurisprudencia.php?ordem=1439,1405,1270,1320,655,79,78,1214,781,77>> . Acesso em: 2 jul.2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70057350092.** 7ª Câmara Cível, Relator: Desembargadora: Liselena Schifino Robles Ribeiro, julgado em: 11/06/2014. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/imprime-jurisprudencia.php?ordem=1439,1405,1270,1320,655,79,78,1214,781,77>> . Acesso em: 2 jul. 2017.

DIAS, Maria B. **Manual de Direito das famílias.** De acordo com o novo CPC. 11. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Manual de Direito das Famílias.** 4 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GAMA, Guilherme C.N. da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família:** guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/08, família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008.

LEITE, Eduardo de O. **Direito Civil Aplicado: Direito de Família.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. V. 5.

LÔBO, Paulo L. N. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*, em Família e cidadania:** o novo CCB e a *vacatio legis* – Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Rodrigo da Cunha Pereira (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 89-107.

MAMBRINI, Verônica. **Como funciona a separação entre casais do mesmo sexo?** A lei é a mesma, mas a aplicação da lei, no caso das uniões homossexuais têm peculiaridades que você precisa entender. 2012. Disponível em: <<http://delas.ig.com.br/comportamento/separacaodivorcio/2012-05-22/como-funciona-a-separacao-entre-casais-do-mesmo-sexo.html>> . Acesso em: 9 jun. 2017.

MEDEIROS, Jorge L. R. de. **A constitucionalidade do casamento homossexual.** São Paulo: LTr, 2008.

MONTEIRO, Washington B.; SILVA, Regina B.T. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SOUZA, Jumara T. P.; MIRANDA, Vera R. M. **Dissolução da conjugabilidade e guarda compartilhada – Psicologia Jurídica**: Temas de aplicação. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

VELOSO, Zeno. Homossexualidade e Direito. **Jornal O Liberal**. Belém: 22 maio 1999.