

# Direito das Famílias: alguns ganhos significativos

Maria Berenice Dias [\[1\]](#)

Marcar o decurso do tempo oportuniza mensurar o que aconteceu em determinado período. Daí o significado de festejar aniversários e a passagem do ano. Nestas oportunidades se contabilizam vitórias, conquistas, avanços e também se medem os prejuízos decorrentes do descumprimento dos projetos que não se tornaram realidade.

Assim, a chegada do final do ano leva a que se questione o que mudou, em que se progrediu. Este momento também serve de motivação para assumir novas posturas, renovando-se as esperanças de se alcançar a tão almejada felicidade.

Como todos são agentes sociais, as mudanças na sociedade têm a marca da participação de cada um e as conquistas são resultado do agir individual, segundo o compromisso que se assume perante si e os demais.

Este questionamento também cabe ser feito com referência à Justiça. Dos ramos do Direito, o mais sensível é o Direito das Famílias que diz com a vida de cada um enquanto partícipe do mais significativo grupamento social. Por isso cabe perquirir quais foram as mais importantes conquistas no âmbito do, que, afinal, é o mais humano dos direitos.

Os avanços cabem ser mensurados não só na órbita do Judiciário, mas também no âmbito do Legislativo, que, de um modo geral, acaba transformando em lei o que a justiça já vinha reconhecendo ao solver os conflitos que lhe batem à

porta. As mudanças sociais são primeiro percebidas pelo juiz, porquanto é ele que tem o compromisso de dar uma resposta aos anseios de uma sociedade sempre em mutação, o que deixa brechas na legislação que tem dificuldade de acompanhar a evolução social. Como a falta de lei não significa ausência de direito, cabe ao Poder Judiciário completar esses vazios. Porém, não basta ao juiz utilizar as ferramentas disponibilizadas, como a analogia e os princípios gerais do direito. A única forma de dar uma resposta satisfatória às situações ainda não contempladas na lei é fazer uso da sensibilidade sem ter medo de fazer justiça.

Cristalizadas as decisões, a jurisprudência acaba adquirindo força normativa e outra não é a saída do legislador senão proclamar os direitos reconhecidos no âmbito do Judiciário. A legislação fruto das decisões de magistrados independentes e atentos é a melhor resposta do direito para garantir a justiça.

As leis editadas neste ano têm estas características que defere a guarda compartilhada e assegura alimentos gravídicos. Também significativos os avanços da jurisprudência quanto às uniões homoafetivas, sinalizando a necessidade de o legislador romper a barreira do preconceito, uma vez que o STJ acolheu a possibilidade jurídica de serem apreciadas no âmbito do Direito das Famílias.

### **Guarda compartilhada**

Historicamente, quando da separação dos pais, os filhos ficavam sob a guarda materna. Até a lei dizia isso (Lei do Divórcio 10, §1º).

Agora houve uma profunda alteração (Lei 11.698/2008), ao ser dada nova redação a alguns dispositivos do Código Civil. Deixa de ser priorizada a guarda individual. Além de definir o que é guarda unilateral e guarda compartilhada (CC 1.583, §

1º), a essa é dada preferência (CC 1.584, § 2º), por garantir maior participação de ambos os genitores no crescimento e desenvolvimento da prole. É assegurada a ambos os genitores a responsabilidade conjunta, conferindo-lhes de forma igualitária os direitos e deveres concernentes à autoridade parental.

Tem o juiz o dever de informar aos pais sobre o significado da guarda compartilhada: mais prerrogativas a ambos, fazendo com que estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. A finalidade é priorizar o direito da criança. A guarda conjunta garante, de forma efetiva, a permanência da vinculação mais estrita de ambos os pais na formação e educação do filho, o que a simples visitação não d a espaço. Compartilhar a guarda   o reflexo mais fiel do que se entende por poder familiar. A participa o conjunta no processo de desenvolvimento da prole impõe a pluraliza o das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratiza o de sentimentos.

O novo modelo de co-responsabilidade   um avanço, pois favorece o desenvolvimento dos filhos com menos traumas, propiciando a continuidade da rela o com os dois genitores, com o que retira da guarda a idéia de posse. A lei produziu verdadeira mudança do paradigma jurídico. A guarda compartilhada pode ser fixada por consenso ou por determina o judicial. Caso não estipulada na a o de separa o, divórcio ou dissolu o da união estável, h a a possibilidade de ser buscada em demanda aut noma ou via medida cautelar. Também pode ser requerida por qualquer dos pais em a o própria (CC 1.584, I). Caso um dos genitores não aceite, deve o juiz determin -la de ofício ou a requerimento do Ministério Público. Ainda que tenham os pais definido a guarda unilateral, h a a possibilidade de um deles pleitear a altera o.

Na demanda em que um dos genitores reivindica a guarda do filho, constatando o juiz que ambos demonstram condi es de

tê-lo em sua companhia, deve determinar a guarda compartilhada, encaminhando os pais, se necessário, a acompanhamento psicológico ou psiquiátrico (ECA 129, III), para desempenharem a contento tal mister. Mesmo se ambos os pais discordarem, para atender ao melhor interesse do filho, o juiz pode impor o compartilhamento, contanto que tenha por comprovado sua viabilidade. Essa forma, com certeza, traz menos malefícios ao filho do que a regulamentação minuciosa das visitas, com a definição de dias e horários e a previsão de sanções para o caso de inadimplemento.

A dissolução dos vínculos conjugais não leva à cisão nem quanto aos direitos nem quanto aos deveres com relação aos filhos. O rompimento da vida em comum dos genitores não deve comprometer a continuidade dos vínculos parentais, pois o exercício do poder familiar em nada é afetado pela separação. É necessário manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação acarreta aos filhos.

Compartilhar a guarda é garantir ao filho que terá pais igualmente engajados no atendimento aos deveres inerentes ao poder familiar.

### **Alimentos gravídicos**

A Lei 11.804/2008, que assegura à mulher grávida o direito de receber alimentos de quem ela afirma ser o pai do seu filho, é mais um avanço ao consagrar direito já reconhecido pela jurisprudência.

A obrigação alimentar, desde a concepção, estava mais do que implícita no ordenamento jurídico, mas nada como a lei para vencer a injustificável resistência de alguns juízes em deferir direitos não claramente expressos. Afinal, a Constituição garante o direito à vida (CF 5º). Também impõe à família, com absoluta prioridade, o dever de assegurar aos filhos o direito à vida, à saúde, à alimentação (CF 227),

encargo a ser exercido igualmente pelo homem e pela mulher (CF 226, § 5º). Além disso, o Código Civil põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (CC 2º). Ainda assim, a tendência sempre foi reconhecer a obrigação paterna exclusivamente depois do nascimento do filho, e a partir do momento em que ele vem a juízo pleitear alimentos.

Agora, com o nome de gravídicos, os alimentos são garantidos desde a concepção, fazendo retroagir a responsabilidade alimentar do genitor a partir do momento em que são assegurados direitos ao nascituro.

A lei enumera as despesas da gestante que precisam ser atendidas no período que vai da concepção até o parto (2º): alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a critério do médico. Outros custos podem ser considerados pertinentes pelo juiz.

Bastam indícios da paternidade para a concessão dos alimentos que irão perdurar mesmo após o nascimento, oportunidade em que a verba fixada se transforma em alimentos a favor do filho (6º, parágrafo único). De forma salutar, foram afastados dispositivos do projeto que traziam todo um novo e moroso procedimento, o que não se justificava em face da existência da Lei de Alimentos. Permaneceu somente uma regra processual: a definição do prazo da contestação em cinco dias (7º). Com isso fica afastado o poder discricionário do juiz de fixar o prazo para a defesa (L 5.478/68 5º, § 1º).

A transformação dos alimentos fixados à gestante em favor do filho ocorre independentemente do reconhecimento da paternidade. Caso o pai não conteste a ação e não providencie o registro do filho, a procedência da ação deve ensejar a expedição do mandado de registro, sendo dispensável a instauração do procedimento de averiguação da paternidade para o estabelecimento do vínculo parental (L 8.560/92).

Claro que leis não despertam a consciência do dever, mas geram responsabilidades. Daí a importância da nova legislação que vem escancarar o princípio da paternidade responsável.

## **União homoafetivas**

Quanto a temas em que o legislador se omite, o Judiciário não pode deixar de desempenhar seu mister. Histórica a decisão do Superior Tribunal de Justiça[2] ao determinar o prosseguimento da ação em que um casal formado por um brasileiro e um canadense buscou o reconhecimento judicial de constituírem uma união estável.

Vivendo juntos há 20 anos e casados no Canadá, pretendem a obtenção do visto de permanência para fixarem residência no Brasil. Tanto o juiz de São Gonçalo como o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro haviam fulminado a ação, alegando “impossibilidade jurídica do pedido”, ou seja, que a ação não poderia ser proposta por falta de previsão legal.

A decisão foi reformada pelo STJ que assegurou o acesso à justiça. Não foi reconhecida a existência do vínculo entre ambos e nem declarado que se trata de uma união estável. Mas houve uma tomada de posição sobre tema envolto em preconceito e alvo de tanta discriminação. Daí o significado do julgamento, pois impõe a inclusão das uniões homoafetivas no âmbito de proteção do sistema jurídico como entidade familiar.

Pela primeira vez é admitido, por um Tribunal Superior, que as pretensões envolvendo pares homossexuais merecem ser apreciadas pela Justiça. Aliás, neste sentido já vem se manifestando, de forma cada vez mais freqüente, tanto a justiça comum como as justiças especializadas de vários Estados, garantindo direitos patrimoniais e sucessórios.

O Supremo Tribunal Federal, ao menos em duas oportunidades, já

manifestou postura francamente favorável ao reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar. Os Ministros Celso de Melo e Marco Aurélio, em decisões monocráticas, mostraram indignação ante ao descaso social a este segmento da população. Fora disso, o Superior Tribunal Eleitoral, pelo voto do Ministro Gilmar Mendes, declarou a inelegibilidade da parceira de quem ocupa cargo político.

Como as demandas propostas pelo Ministério Público, perante a Justiça Federal, têm eficácia *erga omnes*, tal levou o INSS a expedir Resolução Normativa para a concessão de direitos previdenciários aos parceiros do mesmo sexo.

Mas o grande mérito da recente decisão foi impor o cumprimento da lei. Afinal, a Lei 11.340/06, de combate à violência doméstica – a chamada Lei Maria da Penha – definiu entidade familiar como “qualquer relação íntima de afeto” e, repetidamente, refere que tais relações independem de orientação sexual.

Assim, ao determinar o prosseguimento da ação, o STJ cumpre sua função maior: assegurar a vigência da legislação infraconstitucional. Além disso, claramente, o Poder Judiciário manda um recado ao Poder Legislativo: falta de lei não significa ausência de direito.

Estes os principais avanços ocorridos no âmbito do Direito das Famílias. Não foram muitos, mas todos significativos. O jeito é torcer para que daqui para frente tanto o legislador como o juiz cada vez mais tenham a consciência de que é chegada a hora de reconhecer que o afeto é uma realidade digna de tutela.

Publicado em 02/01/2009.

[\[1\]](#) Advogada especializada em direito das famílias e sucessões

Ex-desembargadora do Tribunal de Justiça do RS

Vice-Presidente Nacional do IBDFAM

[www.mbdias.com.br](http://www.mbdias.com.br)

[www.mariaberenice.com.br](http://www.mariaberenice.com.br)

[2] STJ – REsp 820475/RJ, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. p/ Acórdão Min. Luis Felipe Salomão, quarta turma, julgado em 02/09/2008, DJ 06/10/2008.