

Direito das Famílias: um balanço positivo

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.

Por isso a mudança de ano leva a que se questione em que se progrediu. É momento que 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 o resultado do agir pessoal, segundo o compromisso que se assume perante si e os demais.

Assim, estes questionamentos também cabem ser feita às instituições e, entre elas, à Justiça. Dos ramos do direito, o mais sensível é o Direito das Famílias, pois 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 entendimento cristalizado pela jurisprudência. As mudanças sociais são primeiro percebidas pelo juiz, que precisa solver os conflitos

que lhe batem à porta. É ele que tem o compromisso de dar uma resposta aos anseios de uma sociedade sempre em mutação. Como a legislação tem dificuldade de acompanhar a evolução social, existem brechas, mas 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 últimas leis editadas têm estas características.

A alteração de alguns dispositivos do Código Civil (Lei 11.698/2008) produziu verdadeira mudança de paradigma. Ao ser dada preferência à guarda compartilhada foi priorizado o direito da criança, que terá pais igualmente engajados no atendimento aos deveres inerentes ao poder familiar. Compartilhar a guarda é o reflexo mais fiel do que se entende por poder familiar. Significa mais prerrogativas aos pais garantindo, de forma efetiva, a permanência da vinculação mais estrita de ambos na formação e educação da prole. A participação conjunta no processo de desenvolvimento do filho impõe a pluralização das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos.

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.

O novo modelo de co-responsabilidade é um avanço, pois retira da guarda a idéia de posse, o que favorece o desenvolvimento do filho com menos traumas além de propiciar a continuidade de sua relação com ambos os genitores, que a simples visitação não d a espaço. Foi imposto ao juiz o dever de informar aos pais sobre o significado do compartilhamento da guarda que assegura a ambos os genitores a responsabilidade conjunta, conferindo-lhes de forma igualitária os direitos e deveres concernentes   autoridade parental.

A guarda compartilhada pode ser fixada por consenso, requerida por qualquer dos pais ou decorrer de determina o judicial. Mesmo que um dos genitores não aceite, deve o juiz determin la de ofício ou a requerimento do Ministério Público. Mesmo se ambos os pais discordarem, para atender ao melhor interesse do filho, pode ser imposto o compartilhamento, desde que constado que ambos demonstram condi es de t -lo em sua companhia. Nesta hipótese   possível encaminhar os pais a acompanhamento psicológico ou psiquiátrico.

Outra mudança significativa foi trazida pela Lei 11.804/2008, ao consagrar direito já reconhecido pela jurisprudência. Com o nome de alimentos gravídicos   assegurado   mulher grávida o direito de receber alimentos de quem ela afirma ser o pai do seu filho.

A obriga o alimentar, desde a concep o, estava mais do que implícita no ordenamento jurídico. Afinal, a Constitui o garante o direito   vida (CF 5 ) e impõe   família, com absoluta prioridade, o dever de assegurar aos filhos o direito   vida,   saúde,   alimenta o (CF 227), encargo a ser exercido igualmente pelo homem e pela mulher (CF 226,   5 ). Além disso, o Código Civil põe a salvo, desde a concep o, os direitos do nascituro (CC 2 ). Agora os alimentos são garantidos desde a concep o, fazendo retroagir a

responsabilidade alimentar do genitor a partir do momento em que são assegurados direitos ao nascituro.

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). Esta mudança do beneficiário ocorre independentemente do reconhecimento da paternidade, sendo dispensável a instauração do procedimento de averiguação da paternidade para o estabelecimento do vínculo parental (L 8.560/92).

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.

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.

Quanto às uniões homoafetivas os avanços ocorreram na jurisprudência. Histórica a decisão do Superior Tribunal de Justiça[2] ao reconhecer a possibilidade jurídica de a ação de reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo ser apreciada no âmbito do Direito das Famílias.

Vivendo juntos há 20 anos e casados no Canadá, as autores pretendem a obtenção do visto de permanência para fixarem residência no Brasil. Ainda que a decisão não tenha reconhecido a existência do vínculo e nem declarado que se trata de uma união estável, foi assegurado o acesso à justiça.

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, sinalizando a necessidade de o legislador romper a barreira do preconceito.

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 frequente, tanto a justiça comum como as justiças especializadas de vários Estados, garantindo direitos patrimoniais, previdenciários e sucessórios.

Mas o grande mérito da 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, de 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 06/01/2009.

[\[1\]](#) Advogada especializada em Direito Homoafetivo, Famílias e Sucessões

Ex-Desembargadora do Tribunal de Justiça do RS

Vice-Presidente Nacional do IBDFAM

www.mariaberenice.com.br

[2] STJ – REsp 820475/RJ, DJ 06/10/2008.