

CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITO DE FAMÍLIA

Caetano Lagrasta Neto

SUMÁRIO: Introdução. 1 Acórdãos e Leis Emblemáticas. Conclusões.

INTRODUÇÃO

Inúmeras as hipóteses de julgamentos emblemáticos, diante das modificações introduzidas pela CF/88 e pelos Costumes, capazes de trazer o núcleo familiar para uma nova definição que afasta a figura do *pater* como seu condutor exclusivo, a mulher da submissão mais abjeta e os filhos da dependência econômica e do silêncio perante agressões físicas e morais. Cria-se o Estatuto das Famílias, surge a *família mosaico*, o Estatuto da Diversidade Sexual, a todos garantida a dignidade da pessoa humana.

Nada obstante a desnecessidade de algumas leis, para as quais bastaria a interpretação sistemática da própria Carta Magna, outros fenômenos invadem diariamente as emissões televisivas e as *redes sociais*, obrigando os lidadores do Direito a uma constante atualização de conceitos. Existe hoje crescente exigência por *políticas públicas* voltadas à Família e ao reconhecimento do *mínimo existencial*, capaz de garantir a *dignidade da pessoa humana*. Sob este aspecto são esclarecedoras as lições de Ricardo Lobo Torres (*Direito ao mínimo existencial*. Renovar, 2009), de Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, (*Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Forense, 2011). Por outro lado, avolumam-se exemplos de *retrocesso social* (na lição de Ingo Wolfgang Sarlet – v. especialmente Rev. *TST*, vol. 75, n. 3, jul./set. 2009), instituto que impede seja negada a aplicação a leis ou acórdãos paradigmas que se afastem das normas ou princípios constitucionais. Aceitos pelas Cortes Superiores (RE/STF nº 482.611/SC – Rel. Min. Celso de Mello, j. em 23.03.2010; RE/STJ nº 1.185.474/SC, Rel. Min. Humberto Martins, j. em 29.04.2010), examinada a figura da *reserva do possível*, com intervenção dos Poderes Legislativo e Executivo, no sentido de inexistência ou precariedade de verbas ou de previsão orçamentária.

* Desembargador, Presidente da Coordenadoria de Estudos, Planejamento e Acompanhamento de Projetos Legislativos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Consultor da Comissão de Direito de Família e Sucessões da OAB/SP, e membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família.

Por fim, não há como deixar de recorrer às notícias estampadas diariamente pela mídia ou à criação de projetos, leis, regulamentos, provimentos, que busquem ampliar a proteção à dignidade da pessoa humana.

1 ACÓRDÃOS E LEIS EMBLEMÁTICAS

1) Paradigmáticas se revelam as decisões que aplicam a EC nº 66 do Divórcio e suas consequências, especialmente a decretação e prosseguimento, nos mesmos autos, da discussão e solução referente a assuntos pendentes, através de *capítulos de sentença* (Ag. I. nº 990.10.357301, 8ª CDP, v.u. j. em 10.X.2010). Por outro lado, a reserva por consciência religiosa preserva a figura da *separação de corpos*, como exceção, à permanência do vínculo conjugal. Mencionada a atividade dos delegados extrajudiciais nos casos de inexistência de litígio e sem a presença de filhos menores ou incapacitados.

2) É vinculante a decisão do STF, na ADPF nº 132 e da ADI nº 4277, Rel. Ministro Ayres Britto, ao reconhecer a união estável homoafetiva por votação unânime, em e objeto de reafirmação aos juízes brasileiros, através do *Ofício nº 81*, do Presidente, Ministro Cezar Peluso, de 9 de maio de 2011: “Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva”. Dessa forma, a não aplicação de *acórdão de caráter vinculante*, poderá implicar na imediata *Reclamação*, perante a Corte Suprema por se constituir em evidente *retrocessos social*, inclusive quanto à conversão em casamento. Por fim, este reconhecimento revê a discriminação da *Lei Maria da Penha*, devendo ser aplicada indistintamente para homens e mulheres, por agressões no âmbito familiar ou de convívio. Decisões esparsas admitem o casamento na esfera extrajudicial, *inclusive com publicação de proclamas* (PE); inclusive o STJ (REsp nº 1183378), enquanto muitos magistrados o continuam negando.

3) Projeto de Lei que pretende lançar o nome do *devedor de alimentos no Cadastro Geral de Devedores* (SERASA, Associação Comercial), desde 2007, apresentado ao Senador Eduardo Suplicy e convertido no atual nº 799/11, do Deputado Paulo Abi-Ackel, ampliam a proteção ao alimentando, como expressão da garantia da dignidade da pessoa humana. Existe ainda, apresentado à Corregedoria-Geral da Justiça, pela Coordenadoria de Estudos, Planejamento e Acompanhamento de Projetos Legislativos do TJSP, Projeto de Provimento, a exemplo do que já ocorre em Goiás e Pernambuco, a partir do protesto do título judicial. (v. Ag. I. nº 0426626-45.2010.8.26.000 – TJSP, j. em 04.05.2011).

4) Proposta no sentido da regularização do *Registro Civil da União Estável Homoafetiva* é objeto de PL apresentado pela Coordenadoria de Assuntos de Família e Sucessões da OAB/SP.

5) Projeto de Resolução foi apresentado ao Conselho Superior da Magistratura de São Paulo, para efetivar Registro Histórico do Nascimento, em *Livro Classificador*, visando regularizar o *parto anônimo*. Proteção ao recém-nascido, adotado, produto de inseminação assistida ou colocado em risco de morte. Evitando-se, dessa forma, a situação da *França*, em 2009, com mais de 400.000 pedidos de busca pela verdadeira origem do nascimento.

6) *Retrocesso Social na guarda compartilhada* por omitir a lei a fixação do domicílio da criança ou do adolescente e dos juizes que se recusam a intervir quando há litígio, o que pode agravar situação de alienação parental – conforme determinação de acórdão na Ap. Civ. TJSP, nº 581.970-4/9-00, j. 12.11.08.

7) *Retrocesso Social na alienação parental* – penas mais duras, prisão ou internação do alienador, diante do acerbado grau de dolo, a caracterizar tortura; aplicação de tornozeleira eletrônica para o guardião que constantemente e sem justificativa plausível muda de domicílio (v. acórdãos TJSP, na Ap. Civ. nº 544.107-4/0-00 e Ag. I. nº 630.114-4/4-00); abuso sexual com pedido de liminar, precariamente admitido ou negado, diante da ausência de peritos capacitados, também para caracterizar Síndrome de Alienação Parental, em evidente desprezo à dignidade da pessoa humana.

8) *Apropriação dos espaços urbanos* por gangues e submissão ao crime organizado. As meninas da Vila Mariana, as *mutras* búlgaras, a *Mara Salvatrucha* de São Salvador, enfim, as *máfias*, que se utilizam de famílias inteiras ou de algum membro para atividades da macrocriminalidade. As diversas marchas ou passeatas: o sucateamento da Economia globalizada (*ocupe Wall Street*, *bolha* imobiliária, furacão *Katrina*) e do Ensino (Chile); o futebol, para amplificar a violência e os resultados das Eleições (Inglaterra e Itália); todos elencados como fenômenos que ampliam *os dilemas da distribuição do poder e da mera permissão e melhor distribuição de renda*.

9) *Socioafetividade e posse do estado de filho* – monetarização do afeto e direito à indenização: é mais fácil rotular do que julgar com Justiça. Abandono moral (v. Ap. Civ. nº 511.903-4/7-00 – TJSP; Ap. Civ. nº 408.550-5 – TJMG, j. 2004).

10) *A carga dinâmica da prova – proteção à parte vulnerável econômica ou tecnicamente*. Presunção de Paternidade, Lei nº 11.924/09 e a Súmula nº 301 do STJ. Não há impedimento a sua aplicação diante do CPC, especialmente pela previsão constitucional: devido processo legal e do acesso à justiça, e artigos como o parágrafo único e II do 333, 125, I (igualdade no tratamento das partes); 339, 340, 342, 345 e 355 (dever de colaborar na busca da verdade real), sem contar a aplicação do atentado à jurisdição quando possível por superioridade colaborar com a Justiça (Ap. Civ. TJSP – nº 990.10.038334-5, j. em 12.05.2010).

11) União estáveis simultâneas, impedido o reconhecimento. Putatividade. *Poliamorismo*. STF e o voto vencido emblemático do Ministro Ayres Britto (RE 397.762/BA e STJ, Rel. Min. Felipe Salomão (RE nº 912.926/RS) que nega e reforma decisão do TJ. Existem decisões esparsas de tribunais que o admitem para efeitos amplos, sem o reconhecimento de dupla união, mas de responsabilização e partilha, inclusive de pensão previdenciária (Ap. Civ. nº 478.819.4/4-00 e AP. Civ. 994.09.2888501-0)

12) *Lei Clodovil*, nº 11.924, altera o art. 57 da LRP, autoriza o enteado a utilizar o nome de família do pai ou mãe socioafetivos, que para garantir a estabilidade da Família necessitará de documento que esclareça seu alcance, na forma notarial.

13) *A usucapião familiar urbana*, Lei nº 12.424/2011, acrescenta o art. 1.240-A ao CC e permite a usucapião de dois anos, diante do abandono do lar, cujo alcance deve ser ajustado à realidade de cada caso.

14) *Estatuto da Diversidade Sexual*, a partir das definições de gênero, identidade de gênero, sexualidade, orientação sexual, ou seja, homossexualidade, bissexualidade, transgênero, travestis e transexualismo, impõem-se o respeito à dignidade da pessoa humana na sua opção sexual e o reflexo desta na Família. Essa reforma atinge: artigo da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro; 15 artigos do CC; 5 da LRP; 2 do ECA; 1 da lei que regula a investigação de paternidade; de benefícios previdenciários; da Previdência Social; dos Códigos Penal e Penal Militar, dentre outros.

CONCLUSÕES

I – O que se pretende é chamar a atenção para as novas tendências do Direito de Família em seus julgamentos emblemáticos e vinculantes. Interpretação profunda das normas e princípios constitucionais e das novas leis, vinculando-as às políticas públicas e ao respeito a um mínimo existencial, capaz de garantir a dignidade da pessoa humana, tendo como consequência a inclusão de relevantes parcelas da Cidadania, que continuam a ser consideradas como de segunda classe.

II – A globalização da Economia, a partir da queda do Muro de Berlim e dos atentados de 11 de setembro, acelerou a crise do Capitalismo, com reflexos nos movimentos de rua, na busca de melhor distribuição de renda e diminuição das desigualdades e que, com certeza, atingem a Família brasileira.

Cito duas lições, a primeira de Nouriel Roubini, que antecipou a crise da economia norte-americana (*Folha de São Paulo B10 Mercado*, em 16 p.): *Embora esses protestos não tenham um tema que os unifique, expressam de diferentes maneiras as sérias preocupações da classe média e da classe trabalhadora mundiais diante de suas perspectivas em vista da crescente concentração de poder nas mãos das elites econômicas, financeiras e políticas. As causas das preocupações são bastante claras: alto desemprego e subemprego nas economias avançadas e emergentes; capacitação*

profissional e educação inadequadas, entre os jovens e trabalhadores, o que impede que concorram no mundo globalizado; ressentimento contra a corrupção, inclusive em formas legalizadas como lobbies; e a alta acentuada na disparidade de renda e riqueza nas economias avançadas e nas emergentes.

A segunda, de Nizan Guanaes (mesma fonte, *B8 Mercado*, em 18 do corrente) quando analisa seus filhos e os nossos, dependurados na internet e o poder desta: *Os jovens foram da frente da TV, uma janela com grades, para a frente da janela na web, enorme, escancarada. Nesse movimento, ganharam voz e ouvidos, ganharam dentes. (...) Eles estão usando armas como telefones celulares, câmaras digitais e redes sociais. Essas armas transformaram protestos por democracia em revoluções populares. E ajudam a organizar campanhas por direitos humanos, por melhorias na educação e contra a corrupção.*