

Amor versus preconceito

Maria Berenice Dias
www.mbdias.com.br
www.mariaberenice.com.br
www.direitohomoafetivo.com.br

A lei não consegue acompanhar o desenvolvimento social, não tendo o legislador condições de prever tudo que é digno de regramento. As relações afetivas são as mais sensíveis à evolução dos valores e conceitos e, em face da aceleração com que se transforma a sociedade, escapam ao direito positivado.

Compete ao Judiciário colmatar as lacunas, consciente de que as regras legais existentes não podem servir de limites à prestação jurisdicional. Ante situações novas, a busca de subsídios em regras ditadas para outras relações jurídicas tende a soluções conservadoras. Por outro lado, não reconhecer direitos sob o fundamento de inexistir previsão legal, bem como se utilizar de normas editadas em diverso contexto temporal nada mais são do que negação de direitos. Assim, é dever da jurisprudência inovar diante do novo.

Apresentando-se o fato *sub judice* fora da normatização ordinária, a resposta precisa ser encontrada, não só na analogia, nos costumes e nos princípios gerais de direito, como ordena a lei civil, mas principalmente nos direitos e garantias fundamentais, que servem de base ao Estado Democrático de Direito. Imperioso que os juízes sejam criativos, encontrando soluções que atentem nos ditames de ordem constitucional para assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana, que se calca nos princípios da liberdade e da igualdade.

Essa responsabilidade a Justiça assumiu quanto aos vínculos afetivos que surgiram fora do selo da oficialidade. Mesmo sem nome e sem lei, o Judiciário começou a dar-lhes visibilidade e juridicidade. A princípio, ainda que de forma tímida e conservadora, confundindo amor com labor, as relações então ditas concubinárias foram vistas como meros vínculos empregatícios. Concedia-se indenização por serviços prestados. Depois, as uniões extramatrimoniais, ao serem reconhecidas como negócio jurídico, foram inseridas no campo do Direito das Obrigações. Entendeu-se como sociedade de fato o que nada mais era do que sociedade de afeto.

Sem dúvida foi o respaldo judicial que levou a Constituição Federal a alargar o conceito de família para além do casamento. A união estável e as relações de um dos pais com seus filhos receberam o nome de entidade familiar e a especial proteção do Estado. Mas, embora vanguardista, o conceito de família cunhado pela Lei Maior ainda é acanhado. Não alcançou

vínculos afetivos outros, que não respondem ao paradigma convencional, identificado pela tríade: casamento, sexo, reprodução. Como os métodos contraceptivos e os movimentos feministas concederam à mulher o livre exercício da sexualidade, passaram a ser considerados família os relacionamentos não selados pelo casamento. Assim, é imperioso que se busque um novo conceito de família, sobretudo no atual estágio de evolução da engenharia genética, em que a reprodução não mais depende de contato sexual.

A identificação da presença de um vínculo amoroso cujo entrelaçamento de sentimentos leva ao enlaçamento das vidas é o que basta para que se reconheça a existência de uma família. Como já afirmava Saint Exupéry: *você é responsável pelas coisas que cativa*. Esse comprometimento é o objeto do Direito de Família. Comungar vidas gera imposição de encargos e obrigações, servindo de base para a concessão de direitos e prerrogativas. Essa nova concepção tem levado cada vez mais a sociedade a conviver com todos os tipos de relacionamento, mesmo que não mais correspondam ao modelo tido como “oficial”.

Basta a presença do afeto para se ver uma família, e nenhum limite há para o seu reconhecimento. Qualquer outro requisito ou pressuposto é desnecessário para sua identificação. No momento em que se inserem no conceito de família, além dos relacionamentos decorrentes do casamento, também as uniões estáveis e os vínculos monoparentais, mister enlaçar em seu âmbito mais uma espécie de vínculos afetivos: as relações homossexuais, hoje chamadas de uniões homoafetivas.

Ainda que as relações de pessoas do mesmo sexo sejam alvo do repúdio social, não podem receber do Poder Judiciário um tratamento discriminatório e preconceituoso. A generalizada resistência à adoção de crianças por casais homossexuais mostra a inaceitação de tais estruturas familiares que, como todas as outras famílias, têm no afeto a sua razão de existir. Em nome da preservação do menor, acaba-se perpetrando verdadeiros infanticídios. O medo da repulsa social, de comprometimento psicológico ou simplesmente da falta de referências definidas que lhe sirvam de modelo são as justificativas invocadas.

Mas de uma realidade não se pode fugir. Crianças convivem com parceiros do mesmo sexo: quer por serem concebidas de forma assistida, quer por serem filhos de apenas um deles. Havendo convivência familiar, negar a vinculação jurídica acarreta, ao invés de benefícios, somente prejuízos. Mesmo tendo dois pais ou duas mães, a vedação de cancelar dita situação impede que o filho perceba direitos sucessórios e benefícios previdenciários. Em caso de separação, a falta de reconhecimento não permite a fixação de alimentos nem a regulamentação do direito de visitas.

No confronto entre o conservadorismo social e a emergência de novos valores, o paradoxo entre o direito vigente e a realidade existente coloca os operadores do Direito diante de um verdadeiro dilema para atender à necessidade de implementar os direitos de forma ampliativa.

Ante as novas formas de convívio, é necessária uma revisão crítica e a atenta reavaliação dos fatos sociais, para alcançar a tão decantada igualdade. É fundamental a missão dos juízes. Imperioso que tomem consciência de que lhes é delegada a função de agentes transformadores dos valores jurídicos, que – estigmatizantes – perpetuam o sistema de exclusão social.

Ao depois, o que é aceito pelos tribunais como merecedor da tutela jurídica acaba recebendo a aceitação social, gerando, por consequência, a possibilidade de cobrar do legislador que regule as situações que a jurisprudência consolida.

O surgimento de novos paradigmas conduz à necessidade de rever os modelos preexistentes. A liberdade e a igualdade são princípios que impõem o reconhecimento da existência das diferenças. Essa sensibilidade deve ter o magistrado. Hoje, a necessidade de assegurar a plenitude dos direitos humanos, tanto subjetiva como objetivamente, individual e socialmente, torna imperioso pensar e repensar a relação entre o justo e o legal.

Precisam os juízes enfrentar as novas realidades que lhes são postas à decisão. Não podem ter medo de fazer justiça, para o Judiciário não receber a pecha de ser um poder incompetente e sacralizador de injustiças.