

É dever da jurisprudência *innovar* diante do novo

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

A lei não consegue acompanhar o desenvolvimento social cada vez mais acentuado, sendo as relações afetivas as mais sensíveis à evolução dos valores e conceitos. Dada a aceleração com que se transforma a sociedade, elas escapam ao direito positivado, não tendo o legislador condições de prever tudo o que é digno de regramento.

Compete ao Judiciário colmatar as lacunas que acabam existindo. Para tanto, deve estar consciente de que as regras legais existentes não podem servir de limites à prestação jurisdicional. Se o fato *sub judice* se apresenta 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 – atentas aos ditames de ordem constitucional – assegurem o respeito à dignidade da pessoa humana, calcado nos princípios da liberdade e da igualdade.

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 usar de normas vertidas para situações outras, em diverso contexto temporal, nada mais é do que mera negação de direitos. Assim, é dever da jurisprudência inovar diante do novo.

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

Ante as novas estruturas sociais de convívio, é necessária uma revisão crítica e a atenta reavaliação dos textos legais, para alcançar a tão decantada igualdade social. Nesse contexto, 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.

O que é aceito pelos tribunais como merecedor da tutela jurídica acaba recebendo a aceitação social, o que gera, via de 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, atentando-se à liberdade e à igualdade como os pilares do direito, assentados no reconhecimento da existência das diferenças. Essa sensibilidade deve ter o magistrado. Hoje, a necessidade de assegurar em plenitude os direitos humanos, tanto subjetiva como objetivamente, tanto individual como 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 ter medo de fazer justiça para manter longe da realidade a pecha de ser o Judiciário um poder incompetente e sacralizador de injustiças.