

JUSTIÇA CIDADANIA &

revistajc@revistajc.com.br - www.revistajc.com.br

NOVO CÓDIGO CIVIL
BRASILEIRO



**EXPECTATIVA
E ESPERANÇA**



AMOR VERSUS PRECONCEITO

Desembargadora Maria Berenice Dias

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 iudice 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.

Os vínculos afetivos, que surgiram fora do selo da oficialidade, mesmo sem nome e sem lei, foram ao Judiciário, que começou a dar visibilidade e juridicidade ao afeto. A princípio, ainda que de forma tímida e conservadora, confundindo amor com labor, as relações então ditas concubinárias foram vistas como verdadeiros vínculos empregatícios. Depois, entendeu-se como sociedade de fato o que nada mais era do que sociedade de afeto. Assim, as relações extramatrimoniais foram reconhecidas como negócio jurídico e inseridas no campo do Direito das Obrigações.

Mas foi o respaldo judicial que levou a Constituição Federal a alargar o conceito de família para além do casamento. Também o que ela chamou de 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. Ora, se os métodos contraceptivos e os movimentos feministas concederam à mulher o livre exercício da sexualidade, e se passaram a ser considerados família os relacionamentos não selados pelo casamento, 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. Leva à imposição de encargos e obrigações, que dão base à concessão de direitos e prerrogativas a quem passa a comungar com outrem a sua vida.

Se basta o afeto para se ver uma família, nenhum limite há para o seu reconhecimento. A presença de qualquer outro requisito ou pres-

suposto é desnecessária para sua identificação. 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".

No momento em que se enlaça no conceito de família, além dos relacionamentos decorrentes do casamento, também as uniões estáveis e os vínculos monoparentais, mister serem inseridas no âmbito do Direito de Família mais um gênero de vínculos afetivos, quais sejam, as relações homossexuais, hoje chamadas de relações homoafetivas.

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

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 a convivência familiar, negar o vínculo jurídico acarreta, em vez de benefícios, prejuízos. Mesmo tendo dois pais ou duas mães, a vedação de cancelar dita situação serve tão-só para impedir a percepção de direitos sucessórios e benefícios previdenciários ou, em caso de separação, a prestação de alimentos e a regulamentação de visitas.

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 ampliada.

Ante as novas formas de convívio, necessária uma revisão crítica e a atenta reavaliação dos fatos sociais, 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.

Desembargadora no TJRS - Vice-Presidente Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família