

A lei do silêncio

Maria Berenice Dias^[1]

Ao Estado compete assegurar a convivência social e impor respeito às garantias do cidadão. Para cumprir sua missão, socorre-se das leis, verdadeiras pautas de conduta que estabelecem parâmetros comportamentais. O legislador, no entanto, não consegue acompanhar o desenvolvimento da sociedade, não tendo condições de prever tudo que é digno de regramento. Quer por insensibilidade com referência a alguns temas, quer por medo de apoiar projetos que visem à proteção de segmentos minoritários, de modo muito freqüente, o legislador se omite.

Surge assim uma lacuna no sistema jurídico. A chegada ao Judiciário de situações não regulamentadas em lei coloca os juízes diante de um verdadeiro dilema: o confronto entre o conservadorismo social e a emergência de novos valores, o paradoxo entre o direito vigente e a realidade.

Tal é o que ocorre com as relações afetivas de pessoas do mesmo sexo. É absolutamente preconceituoso o silêncio da lei. Na falta de previsão legislativa, a tendência da Justiça é reconhecer que inexistente direito a ser tutelado. Assim, acabam as uniões homoafetivas sendo condenadas à invisibilidade. Negam-se direitos como forma de punir posturas que se afastam do modelo familiar aceito pela sociedade.

Felizmente, mesmo que de forma ainda um pouco acanhada, vêm os juízes tomando consciência de que a ausência de regras legais não pode servir de limite à prestação jurisdicional. Ante situações novas, a busca de subsídios em regras ditadas para outras relações jurídicas tende a soluções conservadoras. Por outro lado, utilizar normas editadas em diverso contexto

temporal nada mais é do que negação de direitos. Assim, é dever da jurisprudência inovar diante do novo.

Apresentando-se a julgamento situações 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 as soluções atentem aos ditames de ordem constitucional de maneira a assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana, que se calca nos princípios da liberdade e da igualdade.

Mesmo sem nome e sem lei, o Judiciário começou a dar visibilidade e juridicidade aos vínculos afetivos homossexuais. A princípio, de modo ainda tímido e conservador, tais relações eram vistas como mero negócio jurídico e inseridas no campo do Direito das Obrigações. Entendeu-se como sociedade de fato o que nada mais é do que sociedade de afeto.

Mas não se pode olvidar que a Constituição alargou 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, tal conceito de família 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 afirma Saint Exupéry: *você é responsável pelas coisas que cativa*. Esse comprometimento é o objeto do Direito das Famílias. Comungar vidas gera imposição de encargos e obrigações, servindo de base para a concessão de direitos e prerrogativas.

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, faz-se mister enlaçar em seu âmbito mais uma espécie de vínculos afetivos: as uniões homoafetivas.

Ainda que tais relações sejam alvo do repúdio social, não podem receber do Poder Judiciário um tratamento discriminatório e preconceituoso. Ante as novas formas de convívio, são necessárias uma revisão crítica e uma atenta reavaliação dos fatos sociais, para alcançar a tão decantada igualdade. É fundamental a missão dos juízes, sendo imperioso tomarem consciência de que lhes é delegada a função de agentes transformadores dos valores jurídicos que perpetuam o estigmatizante sistema de exclusão social perpetrado pelo silêncio da lei.

Publicado em 14/08/2006.

[\[1\]](#) Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
Vice-Presidente Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM

www.mariaberenice.com.br