

# Fazendo valer os direitos

**Maria Berenice Dias**[\[1\]](#)

A garantia da justiça é o dever maior do Estado, que tem o compromisso de assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana, dogma que se sustenta nos princípios da liberdade e da igualdade.

O fato de não haver previsão legal para específica situação não significa ausência de direito à tutela jurídica. A omissão da lei não quer dizer inexistência de direito nem impede que se extraiam efeitos jurídicos de determinada situação fática. A falta de previsão específica nos regramentos legislativos não pode servir de justificativa para negar a prestação jurisdicional ou de motivo para deixar de reconhecer a existência de direito merecedor de tutela. O silêncio do legislador deve ser suprido pelo juiz, que cria a lei para o caso que se apresenta a julgamento. Clara é a determinação do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Na omissão legal, deve o juiz se socorrer da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito.

O movimento libertário que transformou a sociedade e mudou o conceito de família também emprestou visibilidade aos relacionamentos homossexuais. Ainda que o preconceito faça com que essas relações recebam o repúdio de segmentos conservadores, a homossexualidade existe, sempre existiu. Em nada se diferenciam os vínculos heterossexuais e os homossexuais, que têm o afeto como elemento estruturante.

O legislador intimida-se na hora de assegurar direitos a minorias alvo da exclusão social. A omissão da lei dificulta o reconhecimento de direitos, sobretudo frente a situações que se afastam de determinados padrões convencionais. Tudo isso

faz crescer a responsabilidade do juiz. Preconceitos e posições pessoais não devem fazer da sentença meio de punir comportamentos que se afastam dos padrões aceitos como normais. Também não pode ser invocado o silêncio da lei para negar direitos a quem vive fora do padrão imposto pela moral conservadora. Todos os que não agridem a ordem social merecem a tutela jurídica.

Ainda assim, mesmo sem lei, as uniões de pessoas com a mesma identidade sexual foram ao Judiciário reivindicar direitos. Mais uma vez a Justiça foi chamada a exercer sua função criadora. O caminho que lhes foi imposto já é conhecido. As uniões homossexuais tiveram que trilhar o mesmo *iter* imposto às uniões extramatrimoniais. A resistência em visualizar a afetividade como elemento identificador desses relacionamentos relegou-os ao campo obrigacional. Rotuladas de sociedade de fato, limitava-se a Justiça a conferir-lhes seqüelas de ordem patrimonial. Logrando um dos sócios provar sua efetiva participação na aquisição dos bens amealhados durante o período de convívio, procedia-se à partição do patrimônio, operando-se verdadeira divisão de lucros. Reconhecidas como relações de cunho comercial, as controvérsias eram julgadas pelas varas cíveis. Os recursos igualmente eram distribuídos às câmaras cíveis que detêm competência para o julgamento de matérias não-especificadas.

O mesmo receio de comprometer o sacralizado conceito do casamento, limitado à idéia de procriação e, por conseqüência, à heterossexualidade do casal, não permitia que se inserissem as uniões homoafetivas no âmbito do Direito de Família. Enorme era a dificuldade em reconhecer que a convivência está centrada no vínculo de afeto, o que impedia fazer analogia com a união estável. Ambas têm as mesmas características e a mesma finalidade. Afastada a identidade familiar, nada mais era concedido além de uma pretensa repartição do patrimônio comum. Pedidos de alimentos, de direitos sucessórios, eram rejeitados sob a alegação de impossibilidade jurídica do pedido.

A mudança começou pela Justiça gaúcha. Ao ser definida a competência dos juizados especializados da família, as uniões homoafetivas acabaram inseridas no âmbito do Direito de Família e reconhecidas como entidades familiares. O Poder Judiciário do Rio Grande do Sul possui um diferencial. A divisão de competência por matérias existe também no segundo grau de jurisdição, entre os órgãos colegiados do Tribunal de Justiça. Essa peculiaridade evidencia o enorme significado do deslocamento das ações das varas cíveis para os juízos de família. A definição da competência especializada para o julgamento das ações envolvendo as uniões homossexuais provocou a remessa de todas as demandas que tramitavam nas varas cíveis para a jurisdição de família. Também os recursos migraram para as câmaras que detêm competência para apreciar a matéria. Esse, com certeza, foi o primeiro grande marco que levou à mudança da jurisprudência rio-grandense.

Assim, a primeira decisão da Justiça brasileira que deferiu herança ao parceiro do mesmo sexo é do Rio Grande do Sul. As uniões homossexuais foram retiradas do Direito das Obrigações, em que eram vistas como simples negócio, como se a relação tivesse objetivo exclusivamente comercial e fins meramente lucrativos. Esse equivocado enquadramento evidenciava postura conservadora e discriminatória, pois não conseguia ver a existência de um vínculo afetivo na origem do relacionamento.

Como o Direito de Família se justifica na afetividade, fazer analogia com esse ramo do Direito é reconhecer a semelhança entre as relações familiares e as homossexuais. Assim, pode-se dizer que, pela primeira vez, a Justiça viu o afeto e o invocou como elemento de identificação da natureza familiar das uniões homoafetivas.

Na esteira dessa decisão, que alcançou repercussão de âmbito nacional, encorajaram-se outros tribunais, e, com significativa frequência, são divulgados novos julgamentos adotando posicionamento idêntico. Na medida em que se consolida a jurisprudência, começa a se alargar o espectro de

direitos reconhecidos aos parceiros.

A inserção das uniões homoafetivas no âmbito do Direito de Família como entidades familiares é um marco significativo. Inúmeras outras decisões despontam no panorama nacional a mostrar a necessidade de se cristalizar orientação que acabe motivando o legislador a regulamentar situações que não mais podem ficar à margem da juridicidade. Consagrar direitos em regras legais talvez seja a maneira mais eficaz de romper tabus e derrubar preconceitos. Enquanto a lei não vem, é o Judiciário que deve suprir a lacuna legislativa, mas não por meio de julgamentos permeados de preconceitos ou restrições morais de ordem pessoal.

Não mais cabe deixar de arrostar a realidade do mundo de hoje.

O caminho está aberto.

Imperioso que os juízes cumpram com sua verdadeira missão, que é fazer justiça. Acima de tudo precisam ter sensibilidade para tratar de temas tão delicados como as relações afetivas, cujas demandas devem ser julgadas com mais sensibilidade e menos preconceito. As decisões judiciais precisam dar mais atenção ao princípio da igualdade e se revestir de mais humanismo. É necessário ter uma visão plural das estruturas familiares e inserir no conceito de família os vínculos afetivos que, por envolverem mais sentimento do que vontade, merecem a especial proteção que só o Direito de Família consegue assegurar.

A coragem de ousar, quando se ultrapassam os tabus que rondam o tema da sexualidade, rompe o preconceito que persegue as entidades familiares homoafetivas. Houve um verdadeiro enfrentamento a toda uma cultura conservadora e uma oposição à jurisprudência ainda apegada a um conceito sacralizado de família. Essa nova orientação mostra que o Judiciário tomou consciência de sua missão de criar o direito. Não é ignorando certos fatos, deixando determinadas situações a descoberto do manto da juridicidade, que se faz justiça. Condenar à

invisibilidade é a forma mais cruel de gerar injustiças e fomentar a discriminação, afastando-se o Estado da obrigação de conduzir o cidadão à felicidade.

Há muito já caiu a venda que tapava os olhos da Justiça. O símbolo da imparcialidade não pode servir de empecilho para o reconhecimento de que a diversidade necessita ser respeitada. Não se concebe conviver com a exclusão e com o preconceito.

A Justiça não é cega nem surda. Precisa ter os olhos abertos para ver a realidade social e os ouvidos atentos para ouvir o clamor dos que por ela esperam. Mister que os juízes deixem de fazer suas togas de escudos para não enxergar a realidade, pois os que buscam a Justiça merecem ser julgados, e não punidos.

Publicado em 26/07/2005.

[\[1\]](#) 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](http://www.mariaberenice.com.br)