

O direito fundamental ao afeto

- El derecho fundamental de afecto
- The fundamental right to affection

Edna Raquel Hogemann¹,
Thiago Serrano Pinheiro de Souza²

Resumo: O objeto do presente ensaio está direcionado a traçar o conteúdo do direito fundamental ao afeto, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana. Para tal, necessário se faz uma análise da dignidade da pessoa humana, valor supremo do Estado Democrático de Direito, concebida a partir do referencial teórico no vislumbre da teoria da constituição, técnica hermenêutica surgida com a denominação de neoconstitucionalismo, preocupada, pois, com a concretização das normas constitucionais. A pesquisa realizada, tendo por metodologia a revisão bibliográfica que permite a promoção de um diálogo entre diferentes doutrinadores, conduziu os autores ao pressuposto essencial de que, por ausência de um contorno objetivo, a dignidade constitui um *topoi*, que comporta outros valores, princípios e direitos, para concluir que dentre eles se encontra o direito fundamental ao afeto, construído e reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Teoria da Constituição. Neoconstitucionalismo. Dignidade da Pessoa Humana. Afeto.

Resumen: El objeto de esta prueba está dirigida a rastrear el contenido del derecho fundamental al afecto, que surge del principio de la dignidad humana. Para se requiere un análisis de este tipo, si la dignidad de la persona humana, el valor supremo del Estado democrático de derecho, diseñado desde atisbo teórico de la teoría de la constitución, la hermenéutica técnicos surgieron bajo el nombre neoconstitucionalismo, preocupada por lo tanto, con aplicación de las normas constitucionales. La

1 Doutora em Direito – UGF, professora permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Estácio de Sá, professora adjunta do Curso de Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro-UNIRIO, membro da *Law and Society Association*. Email: ershogemann@gmail.com.br

2 Mestre em Direito Público e Evolução Social na linha de pesquisa Direitos Fundamentais e Novos Direitos da Universidade Estácio de Sá. Professor de Direito Civil e de Prática Jurídica da Universidade Estácio de Sá. Email: thiagoserrano@ymail.com

investigación, haciendo que la metodología de revisión de la literatura que permite la promoción de un diálogo entre los diferentes estudiosos, llevó a los autores a la condición de que, a falta de un efecto de contorno, la dignidad es un *topoi*, que incluye otros valores, principios y derechos para concluir que entre ellos es el derecho fundamental de afecto, construido y reconocido por la Corte Suprema.

Palabras clave: Teoría Constitucional. Neoconstitucionalismo. Dignidad de la Persona Humana. Afecto.

Abstract: The object of this essay is directed to trace the content of the fundamental right to affection, arising from the principle of human dignity. To this end, if necessary analyzes the dignity of the human person, the supreme value of democratic rule of law, designed from theoretical insight in the theory of the constitution, technical hermeneutics emerged under the name neoconstitutionalism, worried, because with the implementation of constitutional norms. The research, by taking a literature review methodology that allows the promotion of dialogue between different scholars, led the authors to critical assumption that, for lack of a contour purpose, dignity is a *topoi*, which includes other values, principles and rights, to conclude that among them is the fundamental right to affection, constructed and recognized by the Supreme Court.

Keywords: Theory of the Constitution. Neoconstitutionalism. Dignity of the Human Person. Affection.

Introdução

Ao se buscar traçar o conteúdo do direito fundamental ao afeto, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, importante destacar, que a dignidade materializa-se por meio do reconhecimento e efetivação dos valores, princípios e direitos que ela comporta em seu bojo, pois constitui um *topoi*. Desta maneira, a análise dos princípios fundamentais de cada constituição revela seu núcleo, donde se extrai toda a sua força normativa e, por isso, necessariamente, molda o cenário jurídico regulamentado por ela.

A materialização do direito fundamental ao afeto impõe uma pesquisa detalhada, uma vez que, juridicamente, o presente direito vem sendo colocado em segundo plano, ante a impossibilidade de aferir claramente sua presença (ou sua ausência) nas relações humanas travadas socialmente. Os questionamentos acerca da responsabilização e da consequente reparação envolvendo relações desprovidas de amor encontram-se na ordem do dia, exigindo do exegeta uma visão mais técnica do fenômeno.

Será possível perceber que a dignidade humana possui natureza axiológica, já que representa um princípio jurídico fundamental, e mais, um verdadeiro atributo da personalidade humana, cujo conteúdo espraia-se pelo complexo constitucional nutrindo o sistema, fornecendo o parâmetro de validade das demais normas integrantes e deduzindo a raiz antropológica que conduz o homem como pessoa, cidadão, trabalhador e administrado.

Importante destacar que, somente a partir da consolidação da ordem democrática, inaugurada pela Constituição Federal de 1988, é que, no Brasil, se construiu uma nova ideia

acerca da tutela dos direitos fundamentais, muito mais adequada à dignidade da pessoa humana, que apresenta em seu conteúdo o afeto como verdadeiro valor jurídico, em um processo conhecido como repersonalização do direito.

Por fim, cabe registrar o papel do Supremo Tribunal Federal na construção e tutela do direito fundamental ao afeto, ao reconhecer o direito de casais homossexuais constituírem família sob a égide do direito. Neste julgamento histórico a Corte Constitucional brasileira entendeu que, o afeto é um valor jurídico impregnado de natureza constitucional, a partir de um novo paradigma de entidade familiar, decorrente da dignidade da pessoa humana.

Teoria da Constituição, neoconstitucionalismo e dignidade da pessoa humana

O direito constitucional, como os demais ramos do Direito, vem sofrendo significativas modificações ao longo do tempo, na medida em que o Direito é reflexo das relações intersubjetivas e irá refletir tais relações em seu tempo e espaço devidos.

Assim é que, após a Segunda Grande Guerra, o direito constitucional assumiu o papel de protetor da pessoa humana, com o objetivo de neutralizar as atrocidades cometidas pelos regimes totalitários, em que vigorava o Estado de Direito e o ordenamento jurídico encontrava-se destituído de conteúdo axiológico.

Atualmente, cumpre apontar que se inserem em sua parte dogmática, instrumentos hábeis a fim de conter a lógica da barbárie, da destruição e do desmerecimento do ser humano, o que o torna responsável pela reconstrução dos direitos humanos e pela limitação do poder do Estado. Mas que, a despeito disso, são incontáveis as demonstrações de desrespeito aos Direitos Humanos que se pode apontar pelo mundo afora.

No âmbito do direito constitucional do pós-guerra, foram concebidos textos abertos a princípios, o que forneceu sentido, racionalidade e valor ao sistema. Com isso, o presente ramo jurídico agregou à estrutura da constituição o referencial de justiça de cada ordenamento, em dada cultura. Segundo Piovesan, “O estudo dos princípios fundamentais de cada constituição revela seu núcleo, donde se extrai toda a sua força normativa e, por isso, necessariamente, molda todo o cenário jurídico a ela subjacente.” (2003, p. 360).

Importante destacar que o citado direito não se baseia em simples premissas, ao contrário, materializa-se através da construção de uma teoria, apta a investigar a inserção axiológica sentida nas últimas décadas pelas constituições ocidentais. Buscando a cientificidade proposta, no presente ramo do conhecimento jurídico é construída a denominada teoria da constituição. Ao se buscar sua importância, imprescindível citar o entendimento de Silva Neto (2008, p. 3.):

Se a constituição é, inegavelmente, o estatuto fundador da sociedade política, desponta clara a necessidade de uma teoria que se proponha – em momento anterior ao estudo de um sistema constitucional em particular – a examinar o fenômeno do constitucionalismo e todos os desdobramentos que cercam a análise desta realidade.

É possível afirmar que a teoria da constituição preocupa-se com a tarefa de investigar os problemas político-constitucionais, os elementos para a aplicabilidade das normas constitucionais, bem como os elementos para a racionalização e controle da pré-compreensão constitucional. E, diante da indeterminação das ciências sociais, a presente teoria, decorrente do processo histórico atual, apresenta, em seu bojo, incongruências de referência atreladas à concepção individualista, ainda presente em diversos sistemas constitucionais.

A fim de minimizar a propugnada concepção individualista, dentro de um contexto interpretativo constitucional, emerge o neoconstitucionalismo³, cujo estudo acerca da concretização das normas constitucionais (dentre elas encontram-se os princípios) ganha destaque, oportunidade em que se aferirá se é possível à constituição operar todas as consequências de caráter normativo, ante a sua vigência.

Nesta esteira, o neoconstitucionalismo guarda em si um objetivo principal específico, qual seja, a concretização das normas constitucionais, sem perder de vista a determinação de seu conteúdo. Segundo Streck (2004, p. 148), “A noção de Estado Democrático está, pois, indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais [...] aquilo que se pode denominar de *plus* normativo do Estado Democrático de Direito [...]”. Na presente perspectiva, o Estado, por meio do direito, busca efetivar o desiderato constitucional, entendido no seu todo *dirigente-valorativo-principiológico*.

O próprio artigo 1º da Constituição Federal estabeleceu que o Brasil constituiu-se como Estado Democrático de Direito. Para Vieira (1994, p. 24.) a conciliação das concepções políticas mencionadas não se opera sem ambiguidades, uma vez que democracia, em seu significado meramente *procedimental*, pode ser definida como governo da maioria, enquanto Estado de Direito pode ser definido, em seu sentido *substantivo*, como governo das leis, não apenas no sentido de leis positivas, mas de leis justas.

A harmonização do presente antagonismo fornece sentido ao neoconstitucionalismo. No século XIX a dificuldade em fundamentar a existência de direitos transcendentais causou uma crise dentro da concepção jusnaturalista de Estado de Direito, enquanto no século XX os totalitarismos demonstraram a incapacidade do direito heterônomo em preservar os direitos essenciais da pessoa humana. De acordo com o exposto, Bobbio afirmou que “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los [no sentido de concretização]. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”. (1992, p. 23).

Para o mencionado autor, a justificação dos direitos do homem tende a torná-los absolutos, o que, decerto, não pode ser reconhecido. Com isso, atestar ao contrário equivale a dizer, de forma raríssima, que existem direitos fundamentais que não estão em concorrência com outros direitos também fundamentais. Conclui que, a delimitação do âmbito

3 Para VALLE, o neoconstitucionalismo, como técnica hermenêutica, destaca-se por sua abertura à dimensão dos valores e dos princípios jurídicos, também sendo chamado de constitucionalismo ético. Assim, com apoio nas teorias de Alexy, Dworkin e Nino, preconiza-se a centralidade da figura argumentativa do juiz na garantia e promoção dos direitos fundamentais (VALLE, Vanice. *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Laboratório de análise jurisprudencial do STF, Curitiba: Juruá, 2009, p. 107).

de um direito fundamental do homem é extremamente variável e não pode ser estabelecida de uma vez por todas. Daí a sua tutela ser reconhecida como algo mais importante do que a sua fundamentação.

Profunda crítica é realizada por Streck acerca da necessidade de efetivação dos valores fundamentais, e mais, do próprio texto constitucional como um todo orgânico, na seguinte transcrição:

É por demais evidente que se pode caracterizar a constituição brasileira de 1988 como uma constituição social, dirigente e compromissória, alinhando-se com as constituições europeias do pós-guerra. O problema é que [...] a simples elaboração de um texto constitucional, por melhor que seja, não é suficiente para que o ideário que o inspirou se introduza efetivamente nas estruturas sociais, passando a reger com preponderância o relacionamento político de seus integrantes. Daí que a eficácia das normas constitucionais exige um redimensionamento do papel do jurista e do Poder Judiciário (em especial da jurisdição constitucional) nesse complexo jogo de forças, na medida em que se coloca o seguinte paradoxo: uma constituição rica em direitos (individuais, coletivos e sociais) e uma prática jurídico-judiciária que, reiteradamente, (só) nega a aplicação de tais direitos. (2004, p. 48).

Diante da tentativa em se reduzir a aludida sonegação de direitos e, por conseguinte, concretizar as promessas da modernidade (igualdade, justiça social e garantia dos direitos humanos fundamentais), consubstanciadas por meio de valores substantivos, foi confiada à jurisdição constitucional a guarda da vontade geral, materializada de modo permanente nos princípios fundamentais positivados na ordem jurídica, dentre os quais se destaca a dignidade da pessoa humana.

É sabido que os princípios fundamentais⁴, dispostos nos artigos 1º a 4º da Constituição Federal de 1988, representam o substrato fundamental de todo o sistema jurídico, estando dentre eles o princípio da dignidade da pessoa humana. Sob tal perspectiva, a dignidade pode ser conceituada como a norma maior que orienta o neoconstitucionalismo, dotando-lhe de especial racionalidade, unidade, sentido e valor. Desta forma, torna-se necessário mencionar o pensamento de Silva (2000, p. 146):

[...] A dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos *a priori*, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A constituição, reconhecendo a sua existência e a sua iminência, transforma-a num valor

4 Para Piovesan, “Os princípios constitucionais, concebidos originariamente, sob a perspectiva privatista, como fonte subsidiária do direito, passaram, sob a perspectiva publicista, a assumir o caráter de normas impositivas preponderantes nos principais sistemas constitucionais ocidentais”. (PIOVESAN, op. cit. p. 355-356).

supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito.

De acordo com Sarlet (2012), diante da tentativa de uma racionalização e apreensão de sentido, a dignidade da pessoa humana pode ser definida como:

A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Da presente premissa constata-se a natureza da dignidade, uma vez que representa um princípio constitucional fundamental, e mais, um verdadeiro atributo da personalidade humana, cujo valor espraia-se pelo complexo constitucional nutrido o sistema, fornecendo o parâmetro de validade das demais normas integrantes e deduzindo a raiz antropológica que conduz o homem como pessoa, cidadão, trabalhador e administrado.

Buscando o diálogo entre direito fundamental e dignidade humana, importante destacar a posição de Gomes (1966, p. 5). Para o mencionado autor os direitos fundamentais possuem por escopo resguardar a dignidade da pessoa humana, preservando-a dos ataques que possa vir a sofrer por parte dos indivíduos, sendo essencial ao desenvolvimento do ser humano. Com isso, os atributos, expressões ou projeções da personalidade humana consistem em objetos de direito de natureza especial que devem ser tutelados pelo ordenamento jurídico.

A dignidade, entendida como atributo essencial da pessoa humana, não comporta possíveis afastamentos, como também não pode ser considerada como simples critério de interpretação constitucional. É, pois, efetiva norma dentro do processo denominado de densificação da norma constitucional, proposto por Canotilho. A partir da presente ideia, pode-se afirmar que a dignidade humana possui intangível força normativa, consubstanciada através de uma eficácia jurídica simétrica ou positiva, segundo Barcellos (2003, p. 84). Tal simetria decorre da perfeita identificação entre os efeitos desejados pela norma e a eficácia que lhe é reconhecida, como na imagem de dois triângulos simétricos opostos.

É certo que a Constituição Federal de 1988 sustenta-se no princípio da dignidade da pessoa humana, inserindo-se em seu conteúdo o direito fundamental ao afeto, que clama por concretização. A desejada materialização possui como base deontológica o conceito de constituição dirigente proposto Canotilho (2001, p. 102). Para o autor português constituição dirigente é aquela em que o legislador atribui tarefas para o Estado e tenta modificar a sociedade por meio do direito. Em tal constituição o legislador, por antecipação espiritual, tenta conformar a evolução social e formula os fins que devem pautar tal evolução.

Dentro da necessidade de concretização das normas constitucionais, destaca-se o posicionamento do Tribunal Constitucional alemão, que interliga a concretização ao processo de interpretação (*Konkretisierung*). A materialização não é igual à interpretação do texto da norma, entendido como o seu enunciado, mas sim a construção de uma verdadeira norma jurídica. Na acepção proposta, surge a dupla estrutura da linguagem em que o primeiro momento será o da compreensão, e o segundo será aquele em que o intérprete se depara com a questão de um modo prático no mundo (o acontecer do direito). Assim, tanto a compreensão da norma constitucional, como a sua concretização acontecem perante problemas concretos, inerentes ao ser relacional.

Na perspectiva do ser relacional insere-se a dignidade da pessoa humana, em seu viés afetivo, como instrumento hábil a determinar a essência dos seres humanos e seus padrões de conduta. Segundo Kant, a dignidade compõe o imperativo categórico, decorrente da exigência de que o ser humano nunca seja visto como um meio para atingir outras finalidades, mas sim como um fim em si mesmo. Desta forma, todas as normas oriundas da vontade legislativa precisam ter como finalidade o homem, sendo, pois, orientadas pelo valor básico, universal e incondicional da dignidade humana.

É por meio da ação e do discurso que os homens se comunicam uns com os outros, e se inserem no mundo humano. Desta maneira, só o homem é capaz de comunicar a si próprio, e o afeto compõe um dos elementos possíveis da mencionada comunicação. Dentro da construção kantiana observa-se a dignidade como valor intrínseco às pessoas humanas. A humanidade, dentro da presente construção, é formada por seres racionais, dotados de livre arbítrio e de capacidade para interagir com os outros e com a natureza, sendo, nas palavras de Bodin (2007, p. 85), desumano tudo aquilo que puder reduzir a pessoa à condição de objeto⁵.

Hodiernamente, o direito fraterno encontra-se ganhando significativo espaço acadêmico, uma vez que também guarda, em sua conceituação, a premissa de que o homem é sujeito e não objeto da sociedade. A nova visão atribuída ao fenômeno jurídico é contrária a violência, o que fomenta o surgimento de um direito inclusivo, universal e, portanto, afetivo, pautado na dignidade humana. Segundo Resta (1992, p. 30), fraternal é o direito de compartilhar, através de um pacto entre iguais, que possuem, desta forma, a mesma dignidade. Para tanto, o sujeito deve ser reconhecido como livre e digno, a fim de ser considerado efetivo sujeito de direito, sendo que a sua liberdade só existe quando estiver vinculada a realização de uma escolha própria.

A dignidade da pessoa humana deve ser convertida em um conceito jurídico, que possua um conteúdo mínimo, tornando-a uma categoria operacional e útil. Para tanto, Barroso⁶ considera como conteúdos mínimos o valor intrínseco da pessoa humana, o valor comunitário e a autonomia da vontade.

5 Para Arendt, assim como Fromm e Bauman, o que ocorre é um processo denominado de *coisificação do homem*.

6 BARROSO, Luis Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010, p. 15.

O valor intrínseco seria o elemento ontológico da dignidade, ou seja, o traço distintivo da condição humana, do qual decorre que todas as pessoas são um fim em si mesmas, e não meios para a realização de metas coletivas ou propósitos de terceiros, como mencionado acima. Para o autor citado, a inteligência, a sensibilidade e a capacidade de comunicação são atributos únicos que abalizam a condição peculiar proposta. E, assim, do valor intrínseco originam-se os direitos fundamentais como o direito à vida e o direito à isonomia.

O valor comunitário seria o elemento social da dignidade, ou seja, o que identifica a relação entre indivíduo e grupo. Nesta esteira, a dignidade encontra-se interligada a valores compartilhados pela comunidade, assim como as responsabilidades e deveres de cada um, apresentando-se como um limitador da autonomia privada. Porém, somente devendo ser aplicado o presente viés, com o objetivo de se promover objetivos sociais diversos, como proteção em relação às próprias condutas dos homens, proteção de direitos de outras pessoas em relação às condutas do homem e a proteção de valores sociais. Cumpre mencionar, que não se trata de um moralismo irracional da maioria, e, desta forma, deve-se levar em conta: a existência ou não de um direito fundamental em jogo, a existência de consenso social forte em relação à questão e a existência de risco efetivo para direitos de terceiros.

A autonomia da vontade, que interessa ao presente estudo, seria o elemento ético da dignidade, associado, pois, à capacidade de autodeterminação do indivíduo, ou seja, ao seu direito de realizar escolhas existenciais básicas. Inerente a presente autonomia encontra-se a capacidade de cada ser em fazer valorações morais e pautar seu comportamento por normas que possam ser universalizadas. Segundo Barroso (2010, p. 15),

A dignidade como autonomia envolve, em primeiro lugar, a capacidade de autodeterminação, o direito do indivíduo de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente sua personalidade. Significa o poder de fazer escolhas morais e escolhas existenciais sem imposições externas indevidas. Decisões sobre religião, vida afetiva, trabalho, ideologia e outras opções personalíssimas não podem ser subtraídas do indivíduo sem violar sua dignidade. Por trás da ideia de autonomia está a de pessoa, de um ser moral consciente, dotado de vontade, livre e responsável.

Com isso, faz parte do conteúdo da dignidade da pessoa humana a autonomia da vontade, possibilitando ao homem desenvolver livremente as suas escolhas, inclusive na seara afetiva. Portanto, ao se respeitar a dignidade, estar-se-ão concretizando o direito fundamental ao afeto e, conseqüentemente, as relações construídas.

O direito fundamental ao afeto

Superadas as considerações acerca da relação existente entre a teoria da constituição e o valor da dignidade da pessoa humana, em um contexto de busca por sua efetivação, a partir do neoconstitucionalismo, passa-se, neste momento, à análise do direito fundamen-

tal ao afeto, corolário do valor supremo que fornece sentido e razão ao Estado Democrático de Direito.

Cumprir dizer, de antemão, que a grande problemática contemporânea da teoria da constituição parte da ausência de uma situação clássica, como adverte Canotilho (2001, p. 1.317): “Situação clássica é aquela em que se verifica um acordo duradouro em termos de categorias teóricas, aparelhos conceituais e métodos de conhecimento.”

A falta de consenso repercute na construção de uma teoria dos direitos fundamentais. Ainda, para Canotilho (2004, p. 99), existe a necessidade de se promover a conciliação entre normatividade e eficácia dos presentes direitos, a partir de um discurso jurídico-constitucional reflexivo. Tal objetivo, na visão do autor, somente será alcançado, ao se alicerçar o estatuto jurídico dos direitos fundamentais, tarefa tentada pela teoria de justiça de Rawls e pela teoria do direito de Alexy, que constataram a existência de algumas dificuldades: paradoxos, fragilidades e pré-compreensões.

Na tentativa de reduzir as apontadas dificuldades, delegou-se ao Estado a tarefa de engendrar a teoria dos direitos fundamentais. Porém, para Sarlet (2012, p. 8), a disponibilização ao Estado dos direitos e projetos de vida pessoais, os transformaria em simulacros desta vontade soberana, sendo, por conseguinte, manifestamente incompatível com a visão kantiana da dignidade. Verifica-se, portanto, que o reconhecimento e a garantia de direitos fundamentais têm sido habitualmente considerados uma exigência inarredável da dignidade humana, e não do Estado, e, na presente perspectiva, tem-se o direito fundamental ao afeto. Segundo o mencionado autor, “[...] os direitos fundamentais constituem explicitações da dignidade da pessoa, de tal sorte que em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade humana.” (2012, p. 9).

Diante da busca em se traçar o conteúdo do direito fundamental ao afeto, importante lembrar, mais uma vez, as palavras de Bobbio, que afirmou não existirem direitos fundamentais por natureza, uma vez estarem eles interligados a uma concepção circunscrita histórica e regionalmente, pois “O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas⁷.”

Com o direito fundamental ao afeto não poderia ser diferente. Atualmente as relações familiares e sociais privilegiam o amor em detrimento de um patrimonialismo desmedido, observado em outras épocas. A atitude altruísta clama ser referendada pelo ordenamento jurídico, como extensão e materialização da dignidade da pessoa humana.

É possível afirmar que existem questões onde ainda não se existe verdadeiro consenso moral. Diferente do individualismo, que é característica inerente ao comportamento social há muitos séculos, e seu conceito encontra-se amplamente difundido, o afeto ainda está em processo de inserção no elemento ético da pessoa humana, às vezes possuindo identidade própria, às vezes sendo mera faceta de um individualismo desfigurado.

É certo que o ser humano constrói-se a partir de suas várias dimensões, quais sejam: família, vida social, patrimônio, dentre outras. Hodiernamente tem-se entendido que todas essas

7 BOBBIO, op. cit., p. 18.

dimensões são estruturadas por meio do valor jurídico afeto. Assim, o homem para ser digno necessita que o afeto seja reconhecido como valor inerente a sua condição humana e, desta forma, um verdadeiro direito fundamental, que uma vez desrespeitado ensejaria reparação.

Partindo da premissa exposta acima, é possível visualizar a presença do valor afeto nas muitas manifestações humanas. Na construção de uma família o afeto é imprescindível, em respeito à autonomia da vontade dos seres que a compõe. Dentro da presente concepção, indispensável transcrever as palavras de Dias (2011, p. 23):

O direito das famílias, ao receber o influxo do direito constitucional, foi alvo de uma profunda transformação. O princípio da igualdade ocasionou uma verdadeira revolução ao banir as discriminações que existiam no campo das relações familiares. Num único dispositivo, o constituinte espancou séculos de hipocrisia e preconceito. Além de alargar o conceito de família para além do casamento, foi derogada toda a legislação que hierarquizava homens e mulheres, bem como a que estabelecia diferenças entre os filhos pelo vínculo existente entre os pais. A Constituição Federal, ao outorgar a proteção à família, independentemente da celebração do casamento, vinco um novo conceito, o de entidade familiar, albergando vínculos afetivos outros.

É de se perceber a vinculação que a doutrinadora faz entre direito civil e direito constitucional, dentro da leitura civil-constitucional do ordenamento jurídico brasileiro. O princípio da isonomia ganhou caráter normativo, fazendo com que uma nova ideologia acerca de família surgisse: a família constituída por meio do afeto. Tornou-se irrelevante perquirir se a família foi formada por meio do casamento, da união estável entre pessoas de sexos opostos ou entre pessoas do mesmo sexo, de um simples namoro ou da adoção realizada por uma pessoa solteira. Neste sentido, o direito à afetividade ou ao afeto é um direito fundamental no tocante à estruturação da entidade familiar.

O que se percebe é o desvinculo a um formalismo exacerbado que segregava socialmente alguns indivíduos. Não subsiste, desta maneira, hierarquia entre filhos, distinções entre sexos ou preconceitos de qualquer espécie. O sujeito, a partir da nova perspectiva relatada, passou a escolher a forma de constituir sua família, sendo tal escolha sempre pautada no afeto.

Sarmiento (2008, p. 643), nesta linha de raciocínio, entende que o afeto representa um dos fundamentos mais significativos da família moderna, indo além de uma dimensão ética, pois é considerado como verdadeiro valor jurídico de perfil constitucional⁸:

Enfim, se a nota essencial das entidades familiares no novo paradigma introduzido pela Constituição Federal de 1988 é a valorização do afeto,

8 Neste sentido, Sarmiento justifica a inaplicabilidade do art. 226, parágrafo 3º da CRFB sob o argumento de que a Constituição deve ser interpretada como um sistema aberto ordenado, o que materializa um princípio dos mais importantes, qual seja, o da unidade constitucional.

não há razão alguma para exclusão das parcerias homossexuais, que podem caracterizar-se pela mesma comunhão e profundidade de sentimentos presentes no casamento ou na união estável entre pessoas de sexos opostos, não existindo, portanto, qualquer justificativa legítima para a discriminação praticada contra os homossexuais.

O citado constitucionalista, ao enaltecer o afeto e considerá-lo como elemento estruturante da entidade familiar, reconhece sua presença nas parcerias homossexuais. Na presente perspectiva, o que determina o conceito de família é o afeto, encontrado nas relações havidas entre pessoas do mesmo sexo ou de sexos opostos, e em respeito ao princípio da não discriminação – corolário do princípio da isonomia – exige-se do ordenamento tratamento igualitário.

No Recurso Especial 1.000.356/SP, o Superior Tribunal de Justiça, por meio da relatoria da Ministra Nancy Andrighi, entendeu haver o direito à afetividade naquele determinado caso concreto, o que impediu a declaração de nulidade do registro de nascimento, em que ficou biologicamente provado que a filiação era meramente afetiva:

Adoção à brasileira. Vínculo constituído por meio da convivência e do afeto. Desconsideração da verdade genética e da formalidade. Proteção integral à criança. Direito à afetividade. Mantém-se o acórdão impugnado, impondo-se a irrevogabilidade do reconhecimento voluntário da maternidade, por força da ausência de vício na manifestação da vontade, ainda que procedida em descompasso com a verdade biológica. Isso porque prevalece, na hipótese, a ligação sócio-afetiva construída e consolidada entre mãe e filha, que tem proteção indelével conferida à personalidade humana, por meio da cláusula geral que a tutela e encontra respaldo na preservação da estabilidade familiar, recurso especial não provido.

Segundo o Superior Tribunal de Justiça, ao analisar as lides que apresentam contornos afetivos, o juiz deve estar atento às peculiaridades apresentadas em cada caso concreto, e decidir com base na dignidade humana, na solidariedade, na afetividade, na busca pela felicidade, na liberdade, na igualdade e no princípio da eticidade.

Ainda para a Ministra relatora, o que deve balizar o conceito de família é, sobretudo, o princípio da afetividade, que fundamenta o direito familiar na estabilidade das relações sócio-afetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico.

Importante destacar, que no presente entendimento o afeto consubstancia a preservação da entidade familiar. Tal preservação é, assim, reconhecida como um interesse inalienável do indivíduo, que necessita de um núcleo estável para evoluir como ser humano. E, desta forma, caberá ao direito tutelar o presente direito fundamental, já que, como visto, faz parte do patrimônio mínimo existencial decorrente da dignidade humana.

Diante da repersonalização do direito o ser humano é colocado no centro do universo jurídico, sendo considerada mais importante a sua tutela do que a de seu patrimônio. Segundo Kant (1994), na sociedade é possível identificar duas categorias de valores, quais sejam, o preço e a dignidade, o primeiro representa um valor exterior patrimonial, já a segunda representa um valor interior moral. Desta forma, enquanto o preço vincula-se a interesses particulares, a dignidade vincula-se ao interesse geral, merecendo uma tutela infinitamente maior em comparação com o patrimônio. Tal tutela configura-se mais importante ao se pensar que o valor moral não admite ser substituído por equivalente, enquanto a mercadoria sim.

Dentro da discussão acerca da verdade biológica não ser decisiva para a solução de determinada questão, cumpre relatar a visão de Supiot. Para o mencionado autor o direito assume um papel dogmático de interpretação e de proibição. Desta forma, o ramo jurídico exerce uma função singular dentre as técnicas existentes, pois é considerado como uma verdadeira técnica de humanização das relações sociais.

Segundo Supiot (2007, p. 178),

A biologização do direito civil tem efeitos destrutivos que não são imediatamente perceptíveis como puderam ser as devastações da industrialização sobre o estado físico da classe operária. Nenhuma classe social está aqui especialmente envolvida, pois não é a constituição física dos operários, mas o equilíbrio psíquico dos indivíduos que está ameaçado por uma redução da identidade humana a uma suposta verdade biológica.

O direito é, assim, considerado uma técnica de humanização, não podendo ficar restrito a uma verdade biológica desprovida de profunda análise dos contornos afetivos do caso concreto em exame.

Esgotadas as considerações acerca do afeto como direito fundamental em relação à família, importante se faz a análise do afeto como direito fundamental em relação à vida social.

Dentro da conceituação relativa à ética do cuidado, encontra-se o sentido social do afeto. Para Boff (1999, p. 90) a ética do cuidado é um consenso mínimo a partir do qual o indivíduo pode se amparar e elaborar uma atitude cuidadosa, protetora e amorosa para com a realidade em que vive, sendo que tal afeto vibra diante da vida ao protegê-la e expandi-la. Os mais céticos poderiam dizer que não há como efetivar o presente pleito dentro de uma sociedade como a atual, em que o individualismo⁹ continua possuindo importância para o sistema consagrado.

9 Sob a ótica negativa da liberdade, o individualismo pode ser entendido como uma atitude egoística, em que o corpo contemporâneo apenas se preocupa consigo mesmo, dispensando o olhar para o outro. Na verdade o individualismo impede, como uma de suas facetas, a apropriação dos anseios coletivos, cabendo, em um contexto de neoconstitucionalismo, às Cortes Constitucionais a contenção do presente impulso, mesmo que ao arripio da lei, construída, pois, sob os ditames de um Estado, que apenas garante

Porém, o próprio Boff (1990), complementando a ética do cuidado, conceitua a ética da responsabilidade, que determina um padrão comportamental. Assim, o indivíduo deve agir de maneira que sua ação não seja destrutiva, e sim benevolente, cabendo a ele conservar, expandir e irradiar a vida, e o desrespeito a tais premissas acarretaria a responsabilização do sujeito e a conseqüente reparação do dano. A solidariedade, por fim, seria o elo final que vincularia a ética do cuidado à ética da responsabilidade, fazendo com que seja alcançado um patamar mínimo de comportamento, cujos valores sejam humanitários.

O princípio da solidariedade social tem previsão constitucional, substituindo a perspectiva individualista garantida pela legislação infraconstitucional. Desta sorte, é possível constatar a solidariedade em seu aspecto social e, também, em seu aspecto jurídico, ambos orientados pelo afeto. Com isso, as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito de ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza.

A solidariedade está consubstanciada na premissa exposta acima, pois se todos fossem iguais não haveria necessidade em se utilizar o afeto para lapidar comportamentos. O que o direito faz é possibilitar a coexistência pacífica das diversas concepções de vida, a partir de suas peculiaridades, em respeito à dignidade humana que é universal.

Filosoficamente, a pluralidade humana é considerada a paradoxal pluralidade de seres singulares, uma vez que se fossem diferentes, os homens não seriam capazes de compreender-se entre si e aos seus ancestrais, nem de prever as necessidades das gerações futuras. De outra sorte, se fossem iguais, os homens dispensariam o discurso ou a ação para fazerem-se entender, pois com simples sinais poderiam comunicar suas necessidades imediatas e idênticas. O afeto social busca exatamente mediar as possíveis tensões existentes na estruturação da vida do ser relacional, diante da paradoxal pluralidade apontada pela filosofia.

A necessidade de respeito pelo outro também pode ser visualizada, sob diferente perspectiva, no pensamento de Lévinas (1997), pela da ética da alteridade. O autor percebeu que o pensamento ocidental, a partir da filosofia grega, desenvolveu-se como discurso de dominação. O *ser* dominou a Antiguidade e a Idade Média, sendo depois substituído pelo *eu* desde a época moderna até os nossos dias, porém sempre sob a mesma premissa, qual seja, a unidade unificadora e totalizante que exclui o confronto e a valorização da diversidade, entendida como abertura para o *outro*.

Segundo Lévinas (1997, p. 33),

O Outro metafísico é outro de uma alteridade que não é formal, de uma alteridade que não é um simples inverso da identidade, nem de uma alteridade feita de resistência ao Mesmo, mas de uma alteridade anterior a toda a iniciativa, a todo o imperialismo do Mesmo; outro de uma alteridade que não limita o Mesmo, porque nesse caso o Outro não seria rigorosamente Outro: pela comunidade da fronteira, seria, dentro do sis-

os direitos, não promovendo os fins coletivos.

tema, ainda o Mesmo. O absolutamente Outro é Outrem; não faz número comigo. A coletividade em que eu digo *tu* ou *nós* não é um plural de *eu*. Eu, tu, não são indivíduos de um conceito comum.

Lévinas analisa a relação de responsabilidade pelo outrem, no sentido de estar frente a frente, como resultado da reunião humana no mundo social, o que se expressa no seu conceito de rosto. Desta forma, o autor afirma que esse estar frente a frente, é um acesso ao rosto, que, em princípio, é ético. A partir de tal construção, quando o *eu* se vê frente a frente com o *outro*, acaba se tornando responsável por ele.

É possível afirmar que, para o autor a ética é a filosofia original, que desde o início orienta-se para o outro. Tratando da ética da alteridade como filosofia primeira, exige-se que o encontro ou a comunhão aconteça no respeito à alteridade do outro, pois, como observado no texto reproduzido acima, o existir requer que o outro mantenha-se em si mesmo. Aqui há uma redundância de Lévinas explicada pela ênfase que o autor fornece para a qualidade do que é do outro, ao mencionar *alteridade do outro*. O outro, nesse contexto, deve ser considerado como parte imodificável do mesmo.

O afeto deve ser cogitado, em um mundo social que se quer formado pela diversidade. O respeito à diversidade não pode ser visto como algo meramente formal, através de normas ineficazes e frias, distanciadas, pois, da vida real. Ao contrário, o respeito à diversidade perpassa por um comportamento, ou seja, pelo fato de não ver o outro como outro em si, mas sim como parte do mesmo. O ordenamento jurídico, no presente contexto, precisa acolher a diferença como pressuposto de elaboração de um discurso e de uma efetivação inclusiva, a partir de uma análise antropológica, dissociada do individualismo.

O papel do Supremo Tribunal Federal na construção do direito fundamental ao afeto

A fim de justificar a relação existente entre a dignidade da pessoa humana e o Supremo Tribunal Federal, convém transcrever as palavras de Sarlet (2010, p. 217-218):

[...] Refutando a tese de que a dignidade não constitui um conceito juridicamente apropriável e que não caberia – como parece sustentar Habermas – em princípio aos juízes ingressar na esfera do conteúdo ético da dignidade, relegando tal tarefa ao debate público que se processa notadamente da esfera parlamentar, assume relevo a percuente observação de Denninger de que – diversamente do filósofo, para quem, de certo modo, é fácil exigir uma contenção e distanciamento no trato da matéria – para a jurisdição constitucional, quando provocada a intervir na solução de determinado conflito versando sobre diversas dimensões da dignidade, não existe a possibilidade de recusar a sua manifestação, sendo, portanto, compelida a proferir uma decisão, razão pela qual já se percebe que não há como dispensar uma compreensão (ou conceito) jurídica da dignidade da pessoa

humana, já que desta, e à luz do caso examinado pelos órgãos judiciais – haverão de ser extraídas determinadas consequências jurídicas.

Desta forma, o neoconstitucionalismo impõe ao intérprete a análise da importância da Corte Constitucional brasileira, que passa a ocupar papel de destaque, dentro do Estado Democrático de Direito. Diante da premissa de que a origem do direito é o fato social e, portanto, ciência social aplicada, a apropriação metodologicamente correta acerca da função da referida corte, torna-se necessária, a fim de se evitarem pré-compreensões equivocadas, que possuem, em seu bojo, o mal da contaminação subjetiva.

Isso se dá em decorrência do tema, que será tratado em linhas posteriores. A construção do direito fundamental ao feto pelo Supremo Tribunal Federal, diante do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, que, apesar de não possuir regulamentação infraconstitucional, foi matéria conhecida pelo presente tribunal, diante do desenho institucional delineado pela carta constitucional, que atribui à corte competência para fornecer valor ao sistema jurídico. Assim, não se pode olvidar o caráter transformador da decisão proferida, que nada tem a ver, na presente ordem de ideias, com o ativismo judicial.

A judicialização da política é fenômeno contemporâneo, concernente às nações democráticas, sendo uma de suas finalidades, a efetivação dos direitos fundamentais¹⁰ (dentre eles o direito fundamental ao feto e o conseqüente reconhecimento da união homoafetiva). O poder judiciário, a fim de concretizá-los, está (ou deveria estar, nas palavras de Nieto e Gordillo¹¹) aparelhado com instrumentos hábeis e, mais, construções ideológicas pautadas na tolerância, a partir do respeito à pluralidade de opiniões; no abandono dos grandes relatos e na convivência com as aporias do sistema, buscando dirimi-las.

Não se tem como retirar da constituição um traço peculiar à natureza humana: a imperfeição. É notória ousadia acusar a carta de imperfeita, mas não se pode pressupor a ausência de aporias, como também, de um modo para dirimi-las. Em caso contrário, estar-se-ia diante de utopia, que, decerto, desprestigiaria o arcabouço da Lei Fundamental. Foi por esta razão que Muller, criticando a utilização dos métodos clássicos de interpretação formulados por Savigny (1998, p. 39-40), dentro do direito constitucional, afirmou que o texto deve ser aberto ao tempo, de acordo com as seguintes considerações:

As regulações da constituição não são nem completas nem perfeitas. [...] a incompletude da constituição pode ter a sua razão nisto, que não é necessária uma regulamentação jurídico-constitucional. A constituição não codifica, senão ela regula somente – muitas vezes, mais pontual e só em traços fundamentais – aquilo que aparece como importante e carente de

10 HIRSCHL, Ran. *The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide*. Fordham Law Review, v. 75, n. 2, p. 721, 2006. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=951610>.

11 NIETO, Alejandro, e GORDILLO, Agustín. *Las limitaciones del conocimiento jurídico*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 61-62.

determinação: todo o resto é tacitamente pressuposto ou deixado a cargo da configuração ou concretização pela ordem jurídica restante. Por causa disto, a constituição de antemão não pressupõe a pretensão de uma ausência de lacunas ou até de unidade sistêmica¹² (grifos nossos).

A corte brasileira pautou-se na hermenêutica constitucional moderna que, segundo Barroso (2007, p. 8), possibilita a aplicação principiológica em superação ao legalismo estrito, mas sem retornar às categorias metafísicas do jusnaturalismo. De acordo com a nova hermenêutica apontada, a Constituição Federal é tida como um sistema jurídico aberto, e, assim, os princípios adquirem normatividade (dentre eles o princípio da isonomia), a argumentação jurídica passa a ser valorizada e uma teoria dos direitos fundamentais é edificada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana¹³.

A constituição adquire uma finalidade precípua, já que não comporta apenas os meios procedimentais para deliberação política dos cidadãos, bem como a estrutura básica do Estado e os princípios sociais relevantes, tomando para si a tarefa de transformar a realidade social circundante, a partir da obrigação assumida pela neoconstitucionalismo, qual seja, a de construir um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Desta sorte, o poder judiciário deve assumir o papel de intérprete habilitado, a fim de reconhecer os valores, que consubstanciaram a formação dos textos constitucionais.

Cientes da estrutura apresentada, o Supremo Tribunal Federal, diante do direito fundamental ao afeto, buscou uma solução adequada e ajustada à Constituição Federal, dentro de uma construção principiológica baseada no elemento hermenêutico. Assim, a jurisdição está encarregada da aplicação das normas constitucionais dentro do Estado Democrático, com a finalidade de concretizar o ordenamento jurídico, sem, no entanto, realizar atravessamentos interpretativos, decorrentes de um ativismo judicial irracional, desatento, pois, à coerência e à integridade do sistema.

No caso brasileiro coube ao Supremo Tribunal Federal, ao interpretar a Carta Constitucional, reconhecer como entidade familiar, a união homoafetiva, decorrente do direito fundamental à preferência sexual, disposto em seu art. 3º, inciso IV¹⁴, bem como do valor afeto, inerente à dignidade humana. A presente análise ocorreu a partir do ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF¹⁵, cujo objeto era a interpretação conforme

12 HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: SAFE, 1998, p. 39-40.

13 Para o Tribunal Constitucional alemão, diante da mencionada abertura do ordenamento jurídico, o texto constitucional deve ser concebido como uma ordem objetiva de valores, determinando a dignificação do fenômeno jurídico e culminando no processo de filtragem das normas infraconstitucionais.

14 Artigo 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV – promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

15 Importante destacar, que a ADPF 132/RJ foi encampada pela ADI 4.277/DF. Nas palavras do ministro relator: “(...) Conheço da ADPF nº 132-RJ como ação direta de inconstitucionalidade. Ação cujo centrado objeto consiste em submeter o art. 1.723 do Código Civil brasileiro à técnica da interpretação conforme a constituição. O que vem reprisado na ADI nº 4.277-DF, proposta, conforme dito, pela Exma. Sra. Vice-Procuradora Geral da República,

a constituição do art. 1.723 do Código Civil¹⁶. Pleiteava-se, na referida ação, a declaração de que uma das vertentes hermenêuticas do artigo em exame encontrava-se em rota de colisão com a Constituição Federal, ante a polissemia de seu arcabouço literal.

Mesclando argumentos jurídicos e extrajurídicos o relator da ADI, Ministro Ayres Brito, afirmou em seu voto, que o grande incômodo da sociedade em relação à opção sexual alheia se dá quando há uma quebra do padrão convencional pela tradição, qual seja, o da homossexualidade. E, nesta esteira, buscou, ao reconhecer a união entre homossexuais, acabar com o dissenso estabelecido entre juízes singulares e membros dos tribunais, que ficavam, muitas vezes, vinculados a subjetivismos em detrimento da racionalização do sistema jurídico.

Na presente ordem de ideias, construiu-se a concepção de direitos subjetivos de natureza homoafetiva, resultantes da autonomia da vontade, materializando-se a possibilidade de buscá-los judicialmente, uma vez configurem situação jurídica ativa. Não se fala, nessa quadra da história, de simples proibição do preconceito aos homossexuais, mas sim na proclamação do direito fundamental ao afeto, decorrente, pois, da dignidade da pessoa humana.

Importante observar, que o Ministro relator destacou a importância do chamado constitucionalismo fraternal, em que há o fomento à isonomia por meio de políticas públicas afirmativas, direcionadas aos extratos sociais historicamente desfavorecidos e vilipendiados. Tratar de forma igualitária os homossexuais é conceder a estes o direito de optarem livremente por sua sexualidade, permitindo que estabeleçam relações com quem desejarem, em decorrência do afeto.

O termo homoafetividade, que substituiu expressões como homossexualismo e homossexualidade, tem como acepção o vínculo de afeto e de solidariedade entre pessoas do mesmo sexo, possuindo utilização praticamente unânime no Brasil. Pelo direito de não ter dever (norma geral negativa de Kelsen¹⁷, em que tudo que não estiver juridicamente proibido, está juridicamente permitido), as funções sexuais devem ficar ao livre arbítrio de cada um, ou seja, o indivíduo tem autonomia para estabelecer relações afetivas com quem bem quiser. Tal liberdade impede ao direito, proibir o factual, natural e axiologicamente irregulamentável.

Para o Ministro Marco Aurélio, o reconhecimento da entidade familiar depende apenas da opção livre e responsável dos indivíduos, não se cogitando o sexo das pessoas envolvidas, a teor dos artigos 1º, 3º e 5º constitucionais. Desta maneira, a carta permite que a união homoafetiva seja admitida como entidade familiar, a fim de promover a dignidade dos partícipes dessa relação, regida pelo afeto existente entre eles. Importante, na presente ordem de ideias, transcrever o que se segue:

Débora Duprat, no exercício do cargo de Procurador Geral, e a mim redistribuída por prevençãoº.

16 Artigo 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

17 Hans Kelsen, lembrado por Ayres Brito.

A afetividade direcionada a outrem de gênero igual compõe a individualidade da pessoa, de modo que se torna impossível, sem destruir o ser, exigir o contrário. Insisto: se duas pessoas de igual sexo se unem para a vida afetiva comum, o ato não pode ser lançado à categoria jurídica imprópria. A tutela da situação patrimonial é insuficiente. Impõe-se a proteção jurídica integral, qual seja, o reconhecimento do regime familiar. Caso contrário, estar-se-á a transmitir a mensagem de que o afeto entre elas é reprovável e não merece o respeito da sociedade, tampouco a tutela do Estado, o que viola a dignidade dessas pessoas, que apenas buscam o amor, a felicidade, a realização¹⁸.

Mais uma vez a liberdade afetiva é mencionada pela Corte Constitucional brasileira, a fim de fundamentar o reconhecimento da união homossexual. No texto colacionado acima, é possível perceber uma gama de ilações efetuadas pelo Ministro, que vincula o respeito à individualidade da pessoa, ao fato dela ter a possibilidade em estabelecer relações afetivas com quem bem quiser, ou seja, a autonomia da vontade, que cada ser possui em escolher seus parceiros.

Não se pode entender, da mesma maneira, que a presente união deve ser institucionalizada em categoria jurídica imprópria, ou que seus efeitos restringem-se a aspectos de ordem patrimonial, sob pena de desmerecimento do vínculo afetivo construído entre os sujeitos. Se a sociedade ainda é reticente em encarar a união homoafetiva como um dado concreto, não cabe ao Estado descurar-se de uma de suas tarefas precípuas: a criação de instrumentos para se concretizarem e tutelarem os direitos fundamentais de seus cidadãos, em respeito, mais uma vez, ao princípio da dignidade humana.

É certo que o ordenamento pátrio vive um processo de despatrimonialização de seus institutos, através da constitucionalização do fenômeno jurídico, axiologicamente vinculado à dignidade humana. As relações familiares não passam ao largo disso, pautando-se no afeto e não mais em suas repercussões de caráter patrimonial, como dito acima. A partir da releitura do sistema, o afeto é entendido como pré-condição do pensamento e, para SCHELLER¹⁹, “o ser humano, antes de ser pensante ou volitivo, é um ser amante”.

O Ministro Ricardo Lewandowsky²⁰ acentuou, em seu voto, que a sociedade não comporta mais o antigo modelo de família patriarcal, de base patrimonial e constituída para fins de procriação. Com isso, outras formas de entidade familiar surgem, formas tais fundadas no afeto, valorizando-se a busca da felicidade, do bem estar, do respeito e do desenvolvimento pessoal de seus integrantes.

Na presente realidade social, assevera Ayres Brito: “É a perene postura de reação conservadora aos que, nos insondáveis domínios do *afeto*, [não] soltam por inteiro as amarras

18 Cf. voto do Ministro Marco Aurélio na ADI 4.277/DF, p. 12. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.

19 Max SCHELLER, citado por Ayres Brito.

20 Cf. voto do Ministro Ricardo Lewandowsky na ADI 4.277/DF, p. 12. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.

desse navio chamado coração²¹". Resta claro, que a postura conservadora cristalizada pelo legislador, não mais se adequa ao tratamento do tema, cabendo, ao poder judiciário, a releitura dos princípios e valores constitucionais, a fim de albergar legitimidade a presente situação fático-jurídica e, desta forma, desprender as amarras e permitir que o navio siga o seu caminho.

Ao analisar a concretização de forma objetiva da dignidade da pessoa humana, em relação às uniões homoafetivas, pondera Barroso (2010 p. 33-34):

Os interesses em jogo envolvem, de um lado, duas pessoas do mesmo sexo que desejam manter uma relação afetiva e sexual estável; e, de outro, uma concepção tradicional de sociedade que só admite relações dessa natureza entre pessoas de sexos diferentes. Pois bem: no plano da dignidade como valor intrínseco, o direito de igual respeito e consideração pesaria a favor do reconhecimento da legitimidade de tais uniões. Não há qualquer aspecto envolvendo o valor intrínseco de uma terceira pessoa que pudesse se contraposto nas circunstâncias. No plano da autonomia, duas pessoas maiores e capazes estão exercendo sua liberdade existencial no tocante a seus afetos e à sua sexualidade. Não há, tampouco, afronta à autonomia de terceiros. No plano do valor comunitário, deve-se admitir que há, em diversos setores da sociedade, algum grau de reprovabilidade às condutas e relações homoafetivas. Porém: a) na hipótese, há direito fundamental em jogo [direito fundamental ao afeto] e ele deve funcionar como trunfo contra a vontade da maioria, se este for o caso; b) as relações homoafetivas são hoje aceitas com naturalidade por setores amplos e representativos da sociedade, não se podendo falar em consenso social forte na matéria; e c) não há risco efetivo para direito de terceiros. Como consequência, tais relações não devem ser criminalizadas e devem receber o tratamento cível adequado.

Desta maneira, o autor, em uma tentativa de objetivação da dignidade da pessoa humana, realiza um estudo sobre o reconhecimento da união homoafetiva e justifica a sua legitimidade em cada um dos elementos componentes do conteúdo mínimo da dignidade, quais sejam: valor intrínseco, autonomia da vontade e valor comunitário.

Conclusão

É de se concluir que o direito constitucional do pós-guerra caracterizou-se pela elaboração de textos abertos a princípios e valores, fornecendo sentido e racionalidade ao sistema. Com isso, a constituição agregou em sua estrutura o referencial de justiça de cada ordenamento, e a dignidade da pessoa humana assumiu a tarefa de efetivar direitos e não simplesmente de discorrer teoricamente sobre direitos fundamentais.

21 Cf. voto do Ministro Ayres Brito na ADI 4.277/DF, p. 4. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.

Por falta de um contorno objetivo, a dignidade constitui um *topoi*, que comporta outros valores, princípios e direitos, dentre eles o direito fundamental ao afeto. Desta forma, a atitude altruísta clama ser referendada pelo ordenamento jurídico, como extensão e materialização do valor supremo do Estado Democrático de Direito.

Na presente ordem de ideias, um novo conceito de família é estruturado, muito mais interessado no afeto do que no patrimônio, e, até mesmo, na verdade biológica. Diante do processo denominado de repersonalização do direito, o ser humano efetivamente passou a constituir o centro do universo jurídico, consubstanciando o atributo da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, a formação da entidade familiar decorre do afeto estabelecido entre os sujeitos envolvidos, observado tanto em parcerias heterossexuais, como em parcerias homossexuais.

Assim, o afeto deve ser considerado e reconhecido como direito fundamental, viabilizando a dignidade ao romper paradigmas históricos, culturais e sociais, permitindo que as escolhas pautadas no amor se sobreponham ao formalismo exacerbado de outras épocas, em respeito à igualdade e à busca pela felicidade.

Importante registrar que o Supremo Tribunal Federal teve papel de destaque na construção do direito fundamental ao afeto. Para a Corte Constitucional brasileira o termo homoafetividade, que substituiu expressões como homossexualismo e homossexualidade, tem como acepção o vínculo de afeto e de solidariedade entre pessoas do mesmo sexo. Desta forma, pelo direito de não ter dever, as funções sexuais devem ficar ao livre arbítrio de cada um, ou seja, o indivíduo tem autonomia para estabelecer relações afetivas com quem bem quiser.

Referências bibliográficas

- BARRETO, Vicente. *Dicionário de filosofia política*. 1. ed. Porto Alegre: UNISINOS, 2010.
- BARROSO, Luis Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.
- _____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <<https://direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 11 mar. 2012.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 19. reimp., Rio de Janeiro: Elsevier, 1992. Traduzido de *L'Età dei Diritti*. (Aula 3, Primeira Parte).
- BOFF, Leonardo. *Saber cuidar: ética do humano*. Petrópolis: Vozes, 1999.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador – contributo para compreensão das normas programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. Metodologia “fuzzy” e os “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: _____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

DIAS, Maria Berenice. *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, Orlando. Direitos da personalidade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 216, 1966.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha*. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: SAFE, 1998.

HIRSCHL, Ran. *The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide*. *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, 2006. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=951610>.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 3. ed., 1994.

LÉVINAS, E. *Da Existência ao Existente*. Campinas: Papirus, 1998.

_____. *Entre nós: ensaios sobre a alteridade*. Petrópolis: Vozes, 1997.

MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

NIETO, Alejandro; GORDILLO, Agustín. *Las limitaciones del conocimiento jurídico*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

RESTA, Eligio. *La certezza e la speranza* (saggi su violenza política). Roma-Bari: Laterza, 1992.

RODRIGUES, Ricardo Antonio e outros. *A alteridade como fundamento da ética levinasiana*. Disponível em: <www.ufsm.br/gpforma/2senafe/PDF/018e3.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2011.

SARLET, Ingo. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro*. Site Mundo Jurídico. Disponível em: <<https://buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/15197/14761>>. Acesso em: 14 abr. 2012.

SARMENTO, Daniel. Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais. In: _____. *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, José Afonso. *Poder constituinte e poder popular – estudos sobre a constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

SILVA NETO. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SUPIOT, Alain. *Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

VALLE, Vanice. *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.