

A dignidade da pessoa humana como elemento conformador das relações familiares no âmbito da afetividade

Laís Rabello Zaros*

Resumo: O presente estudo tem o escopo de analisar a influência do princípio da dignidade da pessoa humana nas relações familiares, atendo-se aos aspectos relacionados à afetividade.

Palavras-chave: dignidade da pessoa humana; relações familiares; afetividade.

Abstract: The present study has the scope to analyze the influence of the principle of human dignity in family relationships, attaining to the aspects related to affectivity.

Keywords: human dignity; family relationships; affectivity.

Sabe-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro e do sistema jurídico nacional, tendo sido alçado a esta posição pela Constituição Federal de 1988 – consta de seu artigo 1º.

A Constituição de 1988, chamada de Constituição Cidadã, foi a primeira do país a dar prevalência aos direitos fundamentais do homem, uma vez que as Constituições anteriores traziam apenas regras de organização do Estado.

Após a queda das ditaduras nos países que as mantinham, incluindo o Brasil, passou-se a buscar a efetivação dos direitos das pessoas em face dos Estados, no que Bobbio chamou de “A era dos direitos”. Inspirado por essa visão mundial, também o Brasil modificou sua Lei Maior nesse contexto a dignidade da pessoa humana foi inserida como valor fundamental da ordem constitucional, elevando o ser humano, de forma definitiva, à posição de destinatário das regras jurídicas.

Ao tempo em que o ser humano passou a receber a tutela diferenciada da Carta Constitucional, alterou-se de forma profunda a visão da família na legislação brasileira. Com a evolução da sociedade e a mudança de paradigma trazida pela Constituição, com ênfase no ser humano, as relações familiares tiveram sua regulamentação alterada, passando-se a admitir outras formações familiares não fundadas no casamento, mas merecedoras da mesma proteção.

* Defensora Pública do Estado de São Paulo, especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Católica de Santos e mestranda em Direito Civil pela PUC-SP.

O vínculo de afeto passou a ser considerado o mais importante para a formação das relações de família, não somente o vínculo matrimonial. O escopo do presente trabalho é analisar a repercussão do princípio da dignidade da pessoa humana nas relações familiares no âmbito da afetividade, ou seja, como ele penetra nas relações e repercute na interpretação da legislação civil pertinente ao tema.

Dignidade da pessoa humana

Embora se saiba da importância da noção de dignidade humana para todo o sistema da ciência do direito, mormente após a Constituição de 1988, a delimitação de seu conceito é tarefa árdua. A expressão dignidade da pessoa humana, em si mesma, é conceito jurídico indeterminado, ao passo que quando utilizada em norma, especialmente constitucional, passa a ser princípio jurídico.

Diz-se que “a pessoa é um bem, a dignidade, o seu valor”.¹

A doutrina encontra no antigo e no novo testamento referências à criação do ser humano à imagem e semelhança de Deus,

premissa da qual o cristianismo extraiu a consequência de que o ser humano – e não apenas os cristãos – é dotado de um valor próprio que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento².

Aí repousaria o fundamento principal do início da concepção da dignidade, equiparando-se o ser humano à divindade. Sendo criado à semelhança daquele que se considera o ser supremo da criação, o homem, apenas por sê-lo, merece proteção ínsita, não podendo ser utilizado como instrumento para nenhuma finalidade.

Este arremedo de proteção, como se sabe, por séculos não foi desenvolvido ao ponto que compreendemos hoje, uma vez que por muito tempo o ser humano foi, por diversas justificativas, utilizado como meio para uma determinada finalidade. Esta noção já existia, por exemplo, na época da escravidão, somente não era aplicada a todos os seres humanos – tinha dignidade quem detinha posição social privilegiada.

Kant foi quem afastou a dignidade da concepção religiosa, construindo seu pensamento a partir da natureza racional do ser humano. Ele disse que

¹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*, 2010, Ed. Saraiva, p. 93.

² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 2011, Ed. Livraria do Advogado, p. 34.

a autonomia da vontade, entendida como a faculdade de se determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um atributo apenas encontrado nos seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade da natureza humana.³

O autor desenvolveu o que chamou de “imperativo categórico” na sua *Crítica da Razão Prática*, de 1788, que consistia num dever, numa “forma” de ação universal para toda e qualquer ação moral. Comporia tal imperativo a exigência de que o ser humano jamais seja visto ou usado como meio para outras finalidades, mas sempre seja considerado um fim em si mesmo. “O imperativo categórico orienta-se, então, pelo valor básico, absoluto, universal e incondicional da dignidade humana. É esta dignidade que inspira a regra ética maior: o respeito pelo outro.”⁴

O valor dignidade, então, já era reconhecido nas sociedades muito antes de sua previsão constitucional ou em normas internacionais. A evolução da normativa apenas trouxe para o campo legislativo o reconhecimento do indivíduo como sujeito de direitos e detentor de uma dignidade própria, cuja base é o universal **direito da pessoa humana a ter direitos**. Com isso, passou-se a admitir a busca judicial da proteção dos direitos da pessoa humana.

Kant, como dito, admitia que o ser humano existe como um fim em si mesmo. Em comparação com os demais seres irracionais, dizia que

no reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode ser substituída; quando uma coisa está acima de todo o preço, não permitindo equivalentes, então ela tem dignidade – está fora de mercado e não pode ser comparada com nada que tenha preço, sob pena de ferir-se sua santidade.⁵

A dignidade seria, então, simultaneamente, limite e atribuição dos poderes estatais, da comunidade em geral, de todos e de cada um, na sua condição dúplice. Ao mesmo tempo em que conforma as relações entre as pessoas e com o Estado, delimita um campo mínimo de existência humana, um mínimo existencial para a vida digna, a ser prestado pelo Estado.

³ SARLET, *op. Cit.*, p. 40.

⁴ Maria Celina Bodin de Moraes, *in* SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, 2010 Ed. Livraria do Advogado, p. 117.

⁵ SARLET, *Op. Cit.*, p. 41.

Numa perspectiva negativa, pode-se reconhecer na dignidade da pessoa humana uma espécie de “Sinal de Pare”, no sentido de uma barreira absoluta e intransponível (um limite!) inclusive para os atores estatais, protegendo a individualidade e a autonomia da pessoa contra qualquer interferência por parte do Estado e de terceiros, de tal sorte a assegurar o papel do ser humano como sujeito de direitos.⁶

Para Antonio Junqueira de Azevedo, a definição Kantiana de pessoa humana, fundada somente na autonomia do ser e na sua racionalidade, não mais se sustenta – haveria insuficiência teórica nessa concepção. Distanciando-se, então, do caráter absolutamente vinculado à racionalidade da noção de dignidade trazida por Kant, evoluiu-se o entendimento para considerar-se que a dignidade, na condição de valor intrínseco do ser humano, gera para a pessoa **o direito de decidir de forma autônoma sobre seus projetos existenciais e felicidade** e, mesmo quando sua autonomia lhe faltar (como casos de detenção ou incapacidade) ser considerado e respeitado pela sua condição humana.

Para Ingo Wolfgang Sarlet, poder-se-ia conceituar a dignidade da pessoa humana como

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse 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 co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede de vida.⁷

Como se viu, a dignidade humana, na Constituição de 1988, foi calcada como fundamento do Estado Democrático de Direito, disposta no seu art. 1º, inciso III. É princípio e valor fundamental ao Estado, norma definidora de direitos e garantias, mas também de deveres fundamentais.

“A pessoa, sua dignidade e seus direitos são considerados como a razão de ser do Direito, seu fundamento último”⁸. Pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana é a garantia da isonomia de todos os seres humanos, que não podem ser submetidos à discriminação arbitrária, não sendo toleráveis a

⁶ SARLET, *Op. Cit.*, p. 59.

⁷ SARLET, *Op. Cit.*, p. 73.

⁸ FLOREZ-VALDES, Joaquín Arce. *Los Principios Generales del Derecho y su formulación constitucional*, Madrid, Ed. Cuadernos Civitas, p. 103.

escravidão, a discriminação racial, religiosa, sexual. Por esse motivo a Declaração Universal da ONU expõe que **“todos os seres humanos são iguais em dignidade e direitos”**.

Para Gustavo Tepedino há estreita relação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade, que seriam os direitos atinentes à tutela da pessoa humana, considerados essenciais à sua dignidade e integridade.⁹

Na esteira do que se viu, portanto, a dignidade da pessoa humana como valor determina a existência do que se define como “cláusula geral de tutela da pessoa humana”, inserida no âmbito dos direitos da personalidade e que espraia consequências para todos os ramos do ordenamento.

Os direitos da personalidade, em breve passagem, são o conjunto de características e atributos da pessoa humana que exigem respeito por parte das demais pessoas, do ordenamento e do Estado. Para cada direito da personalidade existe uma obrigação negativa em relação à coletividade, uma obrigação de abstenção. Seriam, basicamente, os direitos à integridade física e à integridade moral, em seus desdobramentos.

Destarte, os direitos da personalidade são derivação da tutela da dignidade da pessoa humana em sua totalidade e unicidade, motivo pelo qual são considerados o mínimo imprescindível para que o ser humano possa experimentar um desenvolvimento digno.¹⁰

Encontra-se, assim, ligação estreita entre o que se considera o núcleo da dignidade humana e os direitos da personalidade.

Para Maria Celina Bodin de Moraes, no cerne da proteção à dignidade da pessoa humana encontram-se a **igualdade, a integridade psicofísica, a liberdade e a solidariedade**. Tais conceitos derivam dos direitos da personalidade, de modo que não é equivocado dizer que a dignidade humana se satisfaz com o exercício pleno dos direitos de personalidade, além da presença do mínimo existencial.¹¹

Com todas essas considerações, dado um panorama geral do que se considera, na atualidade, a dignidade humana, passa-se a abordar a dignidade enquanto princípio constitucional.

No sistema anterior à Constituição de 1988, em que cabia somente ao Código Civil reger as relações privadas, entendia-se que os princípios advinham da leitura das

⁹ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, 2008, Ed. Renovar, p. 26.

¹⁰ LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado*, Volume 1, 2004, Ed. Saraiva, p. 54.

¹¹ Para aprofundamento, v. Ingo Wolfgang Sarlet e Ana Paula de Barcellos.

regras, das codificações. Hoje, ao contrário, sabe-se que os princípios, por sua carga axiológica, dão origem às normas, que vêm impregnadas de seus valores. Os ordenamentos são, portanto, principiológicos.

Dessa forma, pode-se dizer que, como princípio constitucional, a dignidade da pessoa humana restou, indubitavelmente, alçada a valor fundamental que deve permear todo o ordenamento.

Todas as relações humanas devem ser pautadas pela dignidade, de modo que a sociedade se funda no respeito à pessoa. *“A incidência desse princípio abrange todas as possibilidades de lesão ao livre desenvolvimento da pessoa em suas relações sociais”*.¹²

Sendo assim, não havendo dúvidas sobre a incidência do princípio em todas as relações sociais, não se questiona sua aplicação no direito de família, de forma a conformar as relações familiares.

Assim, sendo valor fundante do ordenamento e veiculado por meio de princípio constitucional, todas as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas tendo-o como vetor. Regras que não encontrem compatibilidade com a dignidade humana não possuem fundamento de validade na Constituição, de modo que devem ser extirpadas do sistema ou, em atenção ao princípio da conservação das normas, interpretadas conforme a dignidade da pessoa humana.

Exemplos do que se construiu serão analisados no presente trabalho, no momento oportuno.

Relações familiares pós Constituição de 1988

Um dos campos do Direito que mais sofreu alteração com a Constituição de 1988 foi o Direito de Família, campo do Direito Civil.

A Carta de 1988 trouxe um novo paradigma para o Direito Civil, no que se entende por constitucionalização do direito privado. Se antes o Código Civil era a lei maior para a regência de situações privadas, cabendo à Constituição somente a previsão de matérias públicas, depois de 1988 passou-se a compreender que o centro de princípios e regras gerais regentes das relações humanas era a Constituição Federal.

¹² Maria Celina Bodin de Moraes *in* SARLET, op. cit., p. 142.

Por conta dessa constitucionalização do direito civil, ou seja, da previsão constitucional de princípios e regras que anteriormente eram considerados exclusivos do direito privado, os princípios constitucionais passaram a ser fundamentais para a interpretação e análise das relações privadas. As regras de direito civil, então, passaram a merecer leitura sob o filtro constitucional, sendo necessário adequá-las a essa nova visão.

O Código à Constituição de 1988, que vigia desde 1916, tinha como destinatários uma sociedade e uma família absolutamente diversas da que vimos florescer nos últimos anos. A sociedade brasileira, assim como a mundial, era extremamente religiosa, com a absoluta maioria católica. Nessa concepção, a família era unicamente formada pelo casamento, instituição que traduzia todos os valores que se entendiam vigentes e necessários para a formação familiar.

Não se admitia a existência de nenhuma outra espécie de entidade familiar, já que o casamento tinha relação com a religião católica e era a única forma de união aprovada pela Igreja. Por isso, também, ele somente poderia ocorrer entre homem e mulher – era considerado à semelhança do modelo bíblico, absoluto.

Com essa influência católica, o sistema familiar era patriarcal e machista. A mulher, antes capaz, adquiria incapacidade relativa com o matrimônio, dependendo do marido para praticar os atos da vida civil. Era ele quem tomava as decisões da família, inclusive com relação aos filhos, e seu pátrio poder era absoluto. Não se admitia intervenções externas nesse modelo familiar, sendo o homem o detentor de todo o poder no interior da família.

Nessa concepção, o casamento, sendo a instituição central da família e a base da sociedade, deveria ser indissolúvel. A proteção da família era vinculada à ideia de matrimônio e protegida por si só, independente de qualquer valor.

As alterações promovidas no direito de família revelam inegável transformação da estrutura familiar. A maior alteração deu-se no âmbito axiológico, na medida em que se alteraram os critérios interpretativos adotados em matéria de família, acompanhando os novos valores constitucionais.

A base das alterações foi o papel atribuído às entidades familiares e a transformação do conceito de unidade familiar. O casamento deixa de ser o centro da tutela constitucional e as relações familiares passam a ocupar seu lugar, decorrentes ou não do casamento. A proteção da família como instituição, conservadora, dá lugar

à tutela funcional da família visando à dignidade de seus membros, local de desenvolvimento pleno das pessoas humanas nela inseridas.

Destarte, a família é protegida pela Constituição como construção social, não como um valor em si mesmo, mas em função da realização das exigências humanas, o lugar onde se desenvolve a pessoa. Isso não pode ser visto sob o viés individualista, mas sim em função dos deveres de solidariedade, de modo que há uma tensão entre os valores da liberdade e da responsabilidade.

Antigamente o sistema preocupava-se com o respeito à paz doméstica e a manutenção da coesão formal da família, ainda que em detrimento da realização pessoal dos seus integrantes, com proteção integral ao casamento. Por isso não havia divórcio e os filhos fora do matrimônio não eram reconhecidos. Esses sacrifícios individuais eram aceitos visando à proteção suprema da família, *célula mater* da sociedade, instituição essencial à ordem pública e de modelo patriarcal.

Hoje, contudo, não se pode admitir a tutela de nenhuma instituição em detrimento de seus integrantes. O valor da família não é mais intrínseco, protegido em decorrência da célula, mas tem valor instrumental, tutelada na medida em que seja núcleo que propicie o pleno desenvolvimento de seus membros.

Família, então, hoje passa a ser a união de pessoas com comunhão de vida, afeto entre os membros e em busca da felicidade. É o centro de realização de seus membros, de desenvolvimento de suas personalidades, em observância à dignidade humana no sentido de pleno respeito às suas vontades individuais no que respeita à sua personalidade.

Quem pensa o Direito hoje tem que pensar em indivíduos livres e iguais. E quem pensa em liberdade e igualdade pensa na dignidade dos homens. (...) Pode-se ter dignidade sem ser feliz, mas não é possível ser feliz sem dignidade.¹³

Considera-se que as razões de proteção da família são somente o sangue, os afetos, seu perfil consensual e a *affectio* constante e espontânea – a comunhão espiritual e de vida – sem nenhuma conotação religiosa. Isso permite que se considere família uma pluralidade de situações, cada uma com sua relevância jurídica, a serviço do desenvolvimento da pessoa.

¹³ Marcio Sotelo Felipe, *Razão jurídica e dignidade humana*, apud SEREJO, Lourival. *Direito Constitucional da Família*, 2004, Ed. Del Rey, p. 18.

A família, hoje, se caracteriza pela igualdade e pela unidade de seus membros, sendo que igualdade significa democracia, participação de igual forma na condução da vida familiar. Todos têm direito a igual dignidade, tanto os cônjuges quanto os filhos, e todos têm direito a ter uma família.

No contexto atual de família, portanto, tem-se que a dignidade humana é seu valor maior, de forma que ela somente existe na medida em que proporciona o livre desenvolvimento de seus membros e enquanto eles assim o desejarem.

Dignidade, no âmbito das relações familiares, tem o contorno de respeito pelas opções e pela liberdade de busca da felicidade de cada membro, livre de interferências na sua realização pessoal. A família, forjada na dignidade da pessoa humana, passa a atender uma necessidade vital: ser feliz¹⁴.

Corolário do que se expôs é a necessidade de revisitar os institutos do Direito de Família (como a separação, o divórcio, a guarda, a tutela, a curatela, os alimentos...), adequando suas estruturas e conteúdo à legalidade constitucional, funcionalizando-os para que se prestem à afirmação dos valores mais significativos da ordem jurídica brasileira, como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a solidariedade social (art. 3º), a igualdade substancial (arts. 3º e 5º), a intimidade e a vida privada (art. 5º, X, XI e XII).¹⁵

Âmbito de influência do princípio nas relações familiares – afetividade

Na esteira do quanto desenvolvido acima, as relações familiares passaram a merecer proteção enquanto centro de desenvolvimento de seus membros, nos termos e limites dos valores constitucionais pertinentes.

O afeto é elemento essencial para a formação e manutenção dos núcleos familiares, porquanto os seus membros somente constituem família se assim o quiserem e, unidos pelo vínculo de afeto, mantêm-se unidos para o livre desenvolvimento de suas personalidades e em busca da felicidade, de maneira comum. Afeto deve ser compreendido como o amor, o carinho, o cuidado, expressos na forma de solidariedade familiar, de um membro da família em relação aos outros.

Sendo a afetividade elemento intrínseco das famílias, a existência da entidade a pressupõe e ela se verifica em vários momentos distintos. O afeto é

¹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de. *A proclamação da liberdade de não permanecer casado* Revista do Curso de Direito da Universidade Salvador. UNIFACS, 2004. v. 4.

¹⁵ FARIAS, *Op. Cit.*

presente na formação das famílias, na manutenção destas, na formação de vínculos de filiação e, ainda, há relevância de sua apreciação na dissolução das famílias.

Quando se deixa de considerar o afeto na apreciação das relações familiares exclui-se valor fundamental e perde-se o respeito pelos membros da família. Destarte, sendo a dignidade humana, em análise ampla, o direito de decidir de forma autônoma sobre seus projetos existenciais e felicidade, descabe qualquer interferência estatal tendente a firmar posição sobre aspectos do afeto ou da ausência dele nas famílias.

Assim, não caberia ao Estado interferir na formação das famílias, por exemplo, de modo a questionar a existência de uniões homoafetivas, aspecto que envolve unicamente a vontade das partes e o vínculo afetivo que mantêm; tampouco interferir na forma de dissolução das sociedades conjugais, quando, ao menos para uma das partes, acaba o afeto e a intenção de permanecer em união, descabendo questionar sobre os motivos afetivos para tanto e, ainda, não cabe opor-se ao reconhecimento de relações de filiação decorrentes unicamente de vínculos de afeto, não biológicos.

É, portanto, com fundamento na necessária afetividade, como expressão máxima da liberdade, igualdade e solidariedade contidas na dignidade humana, que as relações familiares adquirem substância. O respeito a essas relações é necessário, evitando-se interferências desnecessárias e abusivas, como se desenvolverá a seguir.

Formação das relações familiares

A Constituição Federal, já no art.5º, “caput”, assegura a todos os brasileiros o direito à liberdade - assim, constitui-se num dos valores mais caros ao ordenamento jurídico brasileiro e inclui todos os aspectos da vida do cidadão.

No que tange à afetividade, a liberdade tem que ser absoluta. No que respeita aos sentimentos dos seres humanos, não nos cabe, nem mesmo imbuídos da melhor das intenções, determinar como o outro irá se relacionar afetivamente.

A orientação afetiva/sexual é, possivelmente, o aspecto mais íntimo da personalidade humana e o que merece a menor intervenção possível de terceiros, da sociedade e do Estado. Embora suas manifestações externas esbarrem no respeito às pessoas inerente às relações em sociedade, não cabe interferência na relação em si.

A questão que se coloca, na atualidade, é a da possibilidade de se reconhecer a existência de uniões estáveis ou, até mesmo, casamentos entre pessoas do mesmo sexo.

A análise fria e isolada dos dispositivos legais e constitucionais pertinentes ao tema autoriza conclusão negativa, no sentido de impossibilidade do reconhecimento de tais entidades – o art. 226 da Constituição Federal reconhece-se como entidade familiar o casamento entre homem e mulher, a união estável a ele equiparada, também entre homem e mulher, e a família monoparental, formada por um dos pais e o filho ou filhos comuns.

Contudo, avalizada doutrina entende que a limitação não se sustenta. Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo “o caput do art. 226 é cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade”.¹⁶

Ademais, na evolução da proteção das famílias, agora consideradas estruturas instrumentais e funcionalizadas, fere a razoabilidade a proteção de algumas formações familiares em detrimento de outras. A liberdade e a igualdade, elementos da dignidade humana, restam violadas com interpretações restritivas das formações familiares merecedoras de proteção jurídica.

Dessa forma, em sendo a Constituição Federal de 1988 um marco na evolução do Direito de Família, de forma a quebrar preconceitos anteriores e admitir a existência mais ampla de relações familiares, fundadas unicamente na vontade das partes, não se justifica a restrição de reconhecimento. A família deixa de ser *constituída* pelo vínculo jurídico do casamento (modelo único de família) para ser *reconhecida* pelo ordenamento quando presente o *intuitu familiae*, o afeto como elemento volitivo de sua formação (modelo aberto e plural de família).

Não se pode interpretar a menção às palavras “homem e mulher” do regramento constitucional como excludente de relações familiares com outra formação, mas sim admitir-se que o constituinte descreveu apenas o núcleo familiar que recebe a alcunha de união estável, em mera repetição dos termos de legislação anterior, restritiva. Nada impede, com fundamento na dignidade humana e concebendo o afeto como elemento central das relações familiares, a admissão de

¹⁶ Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do “*numerus clausus*”, in www.mundojuridico.adv.br.

uniões homossexuais equiparadas, em todos os efeitos, às uniões estáveis entre homem e mulher.

Viola, a não mais poder, a miríade de direitos fundamentais garantidores do livre exercício da personalidade a vedação de tal reconhecimento. Vale lembrar que, um dia, a família fora do casamento também foi considerada antijurídica, assim como os filhos “adulterinos”. A ciência do direito evoluiu com a sociedade e não há mais espaço para o retrocesso nessa matéria.

Assim, é absolutamente admissível, com fundamento no amplo direito à afetividade, embasado na dignidade humana, a proteção jurídica das famílias formadas por uniões homossexuais.

Nesse sentido, aliás, já vêm caminhando os Tribunais brasileiros, principalmente os Tribunais Superiores instados a se manifestarem sobre o tema.¹⁷

¹⁷ Ementa: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares

homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEM RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (STF, ADPF 132 / RJ - RIO DE JANEIRO ARGUMENTO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Diante do que se expôs, o livre desenvolvimento da afetividade, conformado pela dignidade da pessoa humana, não mais admite que as manifestações homoafetivas não sejam consideradas formações familiares equiparadas à união estável heterossexual, merecendo tutela do ordenamento e respeito pelas pessoas e pelo Estado.

Dissolução do casamento – discussão da culpa

Na nova concepção de família deve-se admitir que as uniões familiares somente possam ser mantidas enquanto assim o desejem as partes.

No sistema anterior à Constituição de 1988 fazia todo o sentido a atribuição de culpa a quem desse causa à ruptura do casamento, considerado a instituição central da família, necessária ao desenvolvimento da sociedade, sua *célula mater*. Aquele que ousasse pôr em risco a paz doméstica e buscasse sua felicidade fora do casamento que não mais funcionava deveria ser penalizado por ser responsável pela degradação da própria sociedade, na visão da época.

A penalidade visava, inclusive, produzir efeito educativo nas demais pessoas, atribuindo conseqüências patrimoniais e morais para aquele que decidisse não mais permanecer casado. As conseqüências morais incidiam principalmente sobre as mulheres, tendo em vista que a sociedade era patriarcal - os seus filhos também sofriam preconceito social por ostentarem a condição de filhos de casal separado.

Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Julgamento: 05/05/2011, Órgão Julgador: Tribunal Pleno) (**grifos nossos**)

Ementa: CIVIL. RELAÇÃO HOMOSSEXUAL. UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. EMPREGO DA ANALOGIA. 1. "A regra do art. 226, § 3º da Constituição, que se refere ao reconhecimento da união estável entre homem e mulher, representou a superação da distinção que se fazia anteriormente entre o casamento e as relações de companheirismo. Trata-se de norma inclusiva, de inspiração anti-discriminatória, que não deve ser interpretada como norma excludente e discriminatória, voltada a impedir a aplicação do regime da união estável às relações homoafetivas". 2. É juridicamente possível pedido de reconhecimento de união estável de casal homossexual uma vez que não há, no ordenamento jurídico brasileiro, vedação explícita ao ajuizamento de demanda com tal propósito. Competência do juízo da vara de família para julgar o pedido. 3. Os arts. 4º e 5º da Lei de Introdução do Código Civil autorizam o julgador a reconhecer a união estável entre pessoas de mesmo sexo. 4. A extensão, aos relacionamentos homoafetivos, dos efeitos jurídicos do regime de união estável aplicável aos casais heterossexuais traduz a corporificação dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana. 5. A Lei Maria da Penha atribuiu às uniões homoafetivas o caráter de entidade familiar, ao prever, no seu artigo 5º, parágrafo único, que as relações pessoais mencionadas naquele dispositivo independem de orientação sexual. 6. Recurso especial desprovido. (STJ - REsp 827962 / RS, Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (1123), Quarta Turma, j. em 21/06/2011, publicado n DJe de 08/05/2011)

O casamento era assim valorado como um bem em si mesmo, necessário à consolidação das relações sociais, independentemente da realização pessoal de seus membros. O rompimento da sociedade conjugal, portanto, afigurava-se como o esfacelamento da própria família, reprovado socialmente, a despeito das causas subjetivas que o motivaram.¹⁸

Todo o sistema do Código Civil de 1916 possuía regras rígidas que visavam à proteção absoluta da instituição casamento – era extremamente difícil a invalidação de um casamento e havia a nomeação de um curador para a defesa do vínculo. O casamento não era algo que dizia respeito somente aos cônjuges que, em virtude do amor e do afeto entre eles, se uniram em matrimônio, mas a toda a sociedade, que admitia toda a sorte de intervenção – ou ausência dela – na relação conjugal.

Na origem da consideração da culpa como fator preponderante para a fixação dos efeitos do divórcio deve ser considerada a influência da formação judaico-cristã, que associa as atividades humanas à ideia de expiação dos pecados, em que o prazer não é facilmente absorvido desvinculado do elemento culpa (...). Tal forma de pensar influenciou o direito de família em diversos países, expressando-se essa noção de culpa na responsabilização de um cônjuge por não mais querer continuar casado com o outro. Exige-se sacrifício e dor em prol da ‘paz doméstica’, que se transforma gradativamente na mais terrível forma de sofrimento: a convivência forçada com alguém com quem não há mais qualquer vínculo afetivo. O direito à felicidade é colocado em último plano. O cônjuge deve sofrer, pois, já que assumiu o casamento, estará condenado perpetuamente a viver com o outro. E se conseguir livrar-se do casamento, em um processo árduo, no qual será vasculhada sua vida e devassada sua intimidade (a investigação da culpa propicia isso) não poderá fazê-lo impunemente.¹⁹

Ao contrário do que se poderia imaginar, a discussão, em vez de ser extirpada do ordenamento com o Código Civil de 2002, foi retomada, mantendo-se a presença da culpa e algumas das consequências do seu reconhecimento quando da dissolução do casamento.

No regime do Código Civil de 1916, a separação ou era consensual, em que não se falava em culpa porque havia mútuo acordo na dissolução do casamento, ou era litigiosa, quando sempre se mencionava culpa, se um dos cônjuges não consentia com a separação. O cônjuge deveria provar a culpa do outro, nas hipóteses enumeradas na legislação.

¹⁸ TEPEDINO, *Op. Cit.*, p. 464.

¹⁹ Lucio Grassi de Gouveia, *apud* Luiz Felipe Brasil Santos, *In SARLET, O Novo Código Civil e a Constituição*, 2006, Ed. Livraria do Advogado p. 275.

O divórcio somente era admitido depois de um tempo de separação de fato ou depois da separação judicial, no que, em si, já era considerado excessiva interferência do Estado, sob influência da Igreja, na vida das pessoas: pretendia-se que os cônjuges, antes de dissolvido totalmente o vínculo, passassem por fase prévia, em que analisariam as suas vontades reais e, caso houvesse reconciliação, apenas comunicariam a retomada do vínculo. A previsão era claramente um reflexo da importância que se dava à instituição do casamento e da relutância em se admitir sua dissolução.

Com a lei do divórcio, em 1977, foram mantidas as previsões de culpa. Na época, muito se discutia a respeito dos aspectos negativos do divórcio, não somente para a família, mas, principalmente, para a sociedade – tamanha força era dada ao vínculo conjugal que a extinção do casamento era tida como um fracasso, quase como um “pecado social”.²⁰

É certo que a própria Constituição Federal previu a necessidade de separação judicial prévia ao divórcio, ainda sob influência da Igreja. Admitia-se a conversão da separação em divórcio ou o divórcio direto, desde que com relevante tempo de separação. Recentemente, com a aprovação da Emenda Constitucional nº 66 de 2010, passou-se admitir que o divórcio seja pedido diretamente, sem nenhum requisito para o pedido que não a vontade das partes de não mais permanecerem casados.

A redação anterior do artigo 226 da Constituição Federal era a seguinte:

O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos”

A redação após a emenda nº 66/10 passou a ser a seguinte:

“O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

Embora parte da doutrina ainda relute em admitir, entende-se que a alteração constitucional suprimiu a possibilidade de separação judicial autônoma e extirpou do sistema quaisquer requisitos para a decretação do divórcio.

Ao suprimir a previsão de separação, entende-se que o sistema quis extirpá-la. Não há mais nenhuma justificativa para a sobrevivência do instituto. Entende-se, ainda, que a alteração constitucional, ao suprimir a necessidade de separação, também suprimiu a possibilidade de imputação de culpa pelo fim do casamento.

²⁰ TEPEDINO, *op. cit.*, p. 449.

Ainda há quem defenda a manutenção da separação de forma a possibilitar tempo de reflexão aos cônjuges, que podem não estar certos do fim do vínculo. Tal proposição denota absoluto desconhecimento da prática e intenção de retrocesso nas previsões legais. Há sempre a possibilidade de separação de fato para reflexão o que, aliás, já é o que ocorre na maioria dos casos práticos. Nada impede, ademais, que os cônjuges, até mesmo depois de divorciados, como ocorre com todas as relações que envolvem sentimentos, resolvam retomar o vínculo, na forma de novo casamento ou união informal.

Entende-se que, assim como já ocorrera com outras disposições legais em diferentes áreas do direito, os dispositivos que tratam da separação e da culpa não mais encontram eficácia social e, portanto, não mais encontram cumprimento na sociedade. Semelhante situação ocorreu com o crime de adultério, que há tempos já não era mais noticiado ou, se o fosse, não era penalizado, o que gerou a necessidade de revogação da legislação pertinente.

Porém, parte da doutrina e jurisprudência afirma que a falta de revogação dos dispositivos pertinentes no Código Civil admitiria a discussão da culpa, em separação ou, ainda, em divórcio direto. Fato é que o art. 1.572 do Código Civil de 2002, ainda não revogado, manteve a previsão da culpa, enumerando hipóteses em que a dissolução do casamento se dá por conta do comportamento “reprovável” de um dos cônjuges. É bem verdade que foi inserida cláusula geral de impossibilidade de convivência, mas a possibilidade de discussão de culpa não foi excluída do sistema.

Se a previsão da culpa pela dissolução do casamento tinha como fundamento a ideia de se impor penalidade àquele que deu causa ao seu fim, havia consequências – sanções - pelo comportamento culposos do cônjuge.

O que se pretende dizer é que hoje, ainda que se considere possível a separação judicial – apesar da Constituição ter admitido que o casamento se dissolve com o divórcio e suprimido os requisitos para sua decretação – nenhuma das consequências previstas como sanção para o cônjuge culpado subsistem, de modo que a discussão da culpa não possui mais razoabilidade.

As consequências para o cônjuge considerado culpado eram três, sendo que uma delas já não existe no sistema: possibilidade de perda do uso do nome do inocente; restrição da possibilidade de pleitear alimentos e repercussão no exercício da guarda dos filhos comuns.

No parágrafo único do art. 1.704 o Código Civil dispõe:

Art. 1.704. Se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los mediante pensão a ser fixada pelo juiz, caso não tenha sido declarado culpado na ação de separação judicial.

Parágrafo único. Se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência.

Há diferenciação entre os alimentos côngruos ou naturais (que são somente o estritamente necessário à sobrevivência do alimentando) dos civis (destinados à manutenção do padrão de vida de quem os recebe). Como forma de punir o culpado, a ele seriam destinados apenas alimentos suficientes para a sua sobrevivência.

Na prática, contudo, a matéria já vem, há tempos, sendo regida apenas pelo binômio necessidade/possibilidade que já vigora no recebimento de alimentos, aliado à comprovação de dependência econômica nascida durante a convivência por parte do cônjuge que pede pensão alimentícia (artigos 1.694 e 1.695 do Código Civil). Presentes esses requisitos, os alimentos são prestados e sempre na medida da necessidade do requerente, sem se indagar sobre sua culpa na dissolução do vínculo matrimonial.

Alimentos em tempo de igualdade só podem advir da efetiva necessidade, jamais inspirados apenas na sua utilidade [...]. Não há como defender princípios tão claramente antagônicos de culpa e de dignidade da pessoa humana no campo do direito alimentar. Como poderia o julgador preservar a dignidade da pessoa humana do cônjuge financeiramente dependente, se a sua sobrevivência é medida pelo critério perverso das idiosincrasias conjugais [...]?²¹.

Fere a dignidade humana, nos limites do que se expôs nesse trabalho, pretender-se relegar à própria sorte cônjuge considerado culpado pelo fim do casamento. O princípio da solidariedade social determina solução diversa, admitindo-se o pagamento de alimentos ao culpado, presentes os requisitos gerais para a concessão de pensão alimentícia.

É de se ressaltar que pouco se discute sobre serem os alimentos civis ou naturais – fala-se, na atualidade, somente em alimentos, que devem corresponder aos

²¹ MADALENO, Rolf. *Novas perspectivas no direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 35

limites das necessidades de quem pede, na mais ampla das acepções, bem como das possibilidades de quem os deve pagar.²²

Outra consequência era a perda do direito do uso do nome do inocente pelo culpado. Aqui se tratava, claramente, de norma visando produzir efeitos sobre a mulher, tendo em vista que a legislação apenas permitia que a mulher adotasse o nome do marido. Assim, intencionava-se a punição da mulher, que recebia a máxima desonra aos olhos da sociedade: não mais poderia usar o seu nome de família, o sobrenome de seu marido.

A possibilidade de perda do direito de uso do nome está prevista no art. 1.578 do Código Civil, que determina o seguinte:

Art. 1.578. O cônjuge declarado culpado na ação de separação judicial perde o direito de usar o sobrenome do outro, desde que expressamente requerido pelo cônjuge inocente e se a alteração não acarretar:
I - evidente prejuízo para a sua identificação;
II - manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida;
III - dano grave reconhecido na decisão judicial.

Como se vê, o próprio sistema autoriza que a perda do direito ao uso do nome somente se dê caso o inocente assim o pleiteie e, ainda assim, caso se verifique prejuízo para o culpado, nos termos do artigo, admite-se a manutenção do nome.

Trata-se, uma vez mais, de norma com viés patriarcal, com raízes em tempos em que honra, vinculada ao machismo, possuía enorme valor para a sociedade: era desonroso que a cônjuge culpada, notadamente de adultério, pudesse permanecer utilizando o sobrenome do marido inocente. A sociedade evoluiu e com esta evolução passou-se a dar menor valor ao nome, tanto assim que a maioria dos divorciandos volta a utilizar o seu nome de solteiro. A disposição tem, na atualidade, pouquíssima relevância prática.

Contudo, uma vez que o próprio sistema admite hipóteses em que se permite a manutenção do nome do “inocente” pelo “culpado”, se houver justa causa com fundamento no direito de identidade e personalidade do pleiteante, reflexos inegáveis de sua dignidade humana, entende-se que a questão deixa de ser consequência da atribuição da culpa pelo fim da sociedade conjugal.

²² Vide julgados: apelações nº 0020439-06.2008.8.26.0114 ; 0004201-18.2006.8.26.0360, TJSP.

Havia outro dispositivo, ainda, que previa a perda da guarda dos filhos comuns ao cônjuge declarado culpado pelo fim do casamento como consequência da atribuição da culpa: sabiamente o Código Civil de 2002 não mais previu tal hipótese, desvinculando a parentalidade da culpa, na esteira do que já vinha tratando a doutrina e decidindo a jurisprudência brasileira. A única consideração a ser feita na atribuição da guarda, quando não há consenso, é o melhor interesse da criança, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Não havendo, portanto, mais nenhuma consequência a decretação da culpa, não se justifica seu reconhecimento, na atual evolução do direito de família. O livre exercício da afetividade, na busca da felicidade, desdobramento da dignidade da pessoa humana, impõe que o Estado se abstenha de interferir nas relações afetivas o máximo possível, evitando-se juízos de valor sobre comportamentos que somente interessam às partes em conflito.

O controle moral/social das condutas matrimoniais, nessa medida, não encontra mais fundamento de validade no sistema jurídico constitucional brasileiro. Não cabe a análise formal de condutas praticadas no íntimo da família para atribuir rótulos a quem quer que seja, sendo atribuído ao Estado somente o papel de chancelador da vontade daquele que, no exercício de sua liberdade, não mais pretende permanecer unido em vínculo afetivo.

Sendo o casamento uma das formas de concretização do amor, (...), vamos constatar que a forma de dissolução desse casamento – basicamente a separação com o divórcio – tem que ser sempre pensada de maneira a preservar a dignidade de cada um dos integrantes do núcleo familiar, de modo que a imposição de sanções, como se houvesse culpa na busca da felicidade e da dignidade, são restrições que não se podem manter em nível constitucional vigente.²³

Nem se diga que há condutas sérias, criminosas, passíveis de serem praticadas pelo cônjuge em relação ao outro, que ainda gerariam sobrevida ao instituto da culpa: para isso existe o direito penal, destinado a punir crimes, inclusive no âmbito da família.

Nessa medida, se a família não é mais adstrita ao casamento e se é considerada apenas um meio de desenvolvimento e realização de seus membros, não há mais nenhuma justificativa para se falar em culpado pelo fim do casamento e,

²³ LOTUFO, *Op. Cit.*, p. 76.

menos ainda, para se atribuir consequências, quaisquer que sejam elas, a quem seja apontado como tal.

Esta já é, inclusive, a solução acolhida no avançado direito alemão, consubstanciada no Código Civil (BGB, § 1.565, al.1), reconhecendo um *direito material ao divórcio*²⁴, tendo como *única causa o fracasso da união conjugal*.

É por isso que se tem como imperativo afastar a prova da culpa na ação de separação, para, com fundamento no livre exercício da afetividade e na busca da felicidade, aspectos da dignidade humana, reconhecer não ter cabimento “*dar razão a este ou àquele, uma vez que a razão está em todos os lugares e ao mesmo tempo não se encontra em lugar algum. Cabe-nos, sim, ajudá-los a abrir clareiras, ao invés das trincheiras, a buscar tréguas, ao invés de incentivar batalhas ou guerrilhas, para que os auxiliemos a serem capazes de cooperar individualmente para a realização do todo*”.²⁵

Filiação

Na esteira de tudo quanto o que já se disse a respeito da funcionalização das famílias chega-se à filiação, onde também florescem novas formações que devem ser analisadas com ênfase na dignidade humana.

A legislação civil há tempos reconhece duas espécies de relação de filiação: aquela que nasce com o vínculo biológico, sanguíneo, e a chamada paternidade civil. Com relação a esta última, outrora se reconhecia como única fonte possível a adoção - contudo, o que se verifica na moderna ciência do direito é que cada vez mais se admitem formas diversas de vínculo de filiação, além dos meramente biológicos ou sanguíneos.

Se outrora se admitia apenas a adoção como vínculo parental afora o sanguíneo – chamado civil, mas com consequências diversas para aquele filho adotivo em relação aos biológicos, hoje essa diferenciação não mais existe. O vínculo entre o pai e os filhos, seja de qual origem advenha a filiação, é sempre o mesmo, não sendo cabível nenhuma sorte de diferença, nem no nome, tratamento, nem nas consequências patrimoniais da filiação, como a sucessão.

²⁴ FARIAS, *Op. Cit.*

²⁵ MARIA ANTONIETA PISANO MOTTA, cf. “Além dos fatos e dos relatos: uma visão psicanalítica do Direito de Família”, p.52, *Apud FARIAS*.

Pode-se compreender a adoção, assim, como modalidade afetiva de filiação, em que as partes se unem em vínculo puramente de amor, concretizado pelo ato de adoção e todos os seus efeitos legais. Atualmente, além da adoção, verifica-se o que se convencionou chamar de paternidade socioafetiva, que nada mais é do que o vínculo de paternidade que, nascido somente do amor entre as partes, não é exteriorizado em adoção, mas sim na forma de puro afeto e relacionamento equiparado ao vínculo parental/maternal. É tempo de relativização da exclusividade do vínculo biológico para a filiação, reduzindo-se a importância do sangue para a verificação de parentalidade. Mais do que o sangue, importam os vínculos construídos pela afetividade.²⁶

João Batista Vilela expõe que

se se prestar atenta escuta às pulsações mais profundas da longa tradição cultural da humanidade, não será difícil identificar uma persistente intuição que associa a paternidade antes com o **serviço** que com a procriação. Ou seja: ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar quanto **na circunstância de amar e servir**.²⁷

Projeta-se, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado nos laços de afetividade. Se todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem, é porque a Constituição afastou qualquer interesse ou valor que não seja o da comunhão de amor ou do interesse afetivo como fundamento da relação entre pai e filho. *A fortiori*, se não há qualquer espécie de distinção entre filhos biológicos e filhos adotivos, é porque hoje se os concebe como filhos do amor, do afeto construído no dia a dia, sejam os concebidos de forma natural, sejam os que foram livremente escolhidos.

Outrossim, se a Constituição já não mais considera o casamento como único tipo de família juridicamente tutelada, significa que abdicou dos valores que justificavam a norma de exclusão, passando a privilegiar o fundamento comum a todas as entidades, ou seja, a afetividade, necessário para realização pessoal de seus integrantes. A afetividade é construção cultural, que se dá na convivência, sem interesses materiais e se revela em ambiente de solidariedade e responsabilidade. Dessa forma, onde houver uma relação ou comunidade unidas por laços de afetividade, sendo estes sua causa originária e final, haverá família.

²⁶ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*, 2010, Ed. Saraiva, p. 487.

²⁷ *Apud* AZEVEDO, *op. cit.*, p. 487.

Há que se reconhecer merecedora da mesma proteção jurídica a filiação socioafetiva, oponível, inclusive, em face de vínculo biológico. Novamente o livre exercício da afetividade, que faz florescer relações de filiação entre pessoas que não detêm nenhum vínculo biológico, encontra fundamento de validade na dignidade da pessoa humana e gera a necessidade de proteção do filho socioafetivo.

Antonio Junqueira de Azevedo, utilizando-se dos elementos da chamada *posse do estado de filho*, que já era prevista desde o Código Civil de 1916 como meio de prova de filiação, construiu argumentação tendente à proteção do vínculo de filiação afora o sanguíneo, inclusive em oposição a este.

Os elementos da posse do estado de filho são o **nome** (uso do nome de família do pai) **tratamento** (situação semelhante ao filho sanguíneo, sendo tratado pelos pais e apresentado à sociedade como filho) e **fama** (sempre ter sido considerado por todos como filho). A posse do estado de filho, então, além de ser considerada forma de prova da filiação, quando não se pode ter acesso ao registro, constitui-se num obstáculo à vindicação de estado contrário ao que surge do registro de nascimento.²⁸

Na mesma esteira, admite a doutrina que a paternidade socioafetiva seja obstáculo à vindicação de parentalidade biológica. Havendo registro de nascimento e socioafetividade, nem mesmo a ausência de vínculo sanguíneo seria suficiente para autorizar o cancelamento do registro, havendo interesse do filho em permanecer com tal estado.

De outra parte, não se pode deixar de admitir, com os mesmos fundamentos, ação visando investigar o vínculo socioafetivo entre pai e filho, suficiente a autorizar o reconhecimento da paternidade e a necessidade de registro.

O vínculo afetivo encontra esteio na mesma legislação sobre a qual se fundamenta a adoção: o art. 1.593 do Código Civil dispõe que “*o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem*”. A expressão outra origem pode abarcar, portanto, a adoção, a filiação por inseminação heterônoma e, ainda, a paternidade socioafetiva.²⁹

²⁸ AZEVEDO, *Op. cit.*, p. 490.

²⁹ RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE FILIAÇÃO. INTERESSE. EXISTÊNCIA. I. O pedido deduzido por irmão, que visa alterar o registro de nascimento de sua irmã, atualmente com mais de 60 anos de idade, para dele excluir o pai comum, deve ser apreciado à luz da verdade socioafetiva, mormente quando decorridos mais de 40 anos do ato inquinado de falso, que foi praticado pelo pai registral sem a concorrência da filha. II. Mesmo na ausência de ascendência genética, o registro da recorrida

Conclusão

A Constituição de 1988 introduziu profundas alterações no Direito Civil, que passou por processo de despatrimonialização e constitucionalização – o Direito Civil deve ser lido à luz dos valores constitucionais, notadamente o princípio da dignidade da pessoa humana.

Tal princípio, vetor e centro de todo o ordenamento, constitucional e infraconstitucional, privilegiou o ser humano em todas as relações, conferindo-lhe o direito a possuir o mínimo necessário à sua existência e ao respeito pela sua condição.

Viu-se que o princípio, como estudado pela doutrina, possui como elementos a liberdade, a igualdade e a solidariedade e constitui-se numa cláusula geral de tutela da pessoa humana, em quaisquer situações em que se considere que a dignidade está posta em risco.

Assim sendo, encontra-se fundamental conexão entre a dignidade humana e a afetividade, elemento intrínseco à toda relação familiar. Todos os seres humanos têm direito ao livre exercício da sua personalidade, por respeito à sua dignidade e, por isso, devem ter garantida a liberdade de exercício da sua afetividade, a ser admitida sempre em igualdade de condições com os outros seres humanos.

Nas relações familiares, a afetividade é valor máximo e a dignidade conforma tais relações, na medida em que é limite e vetor da expressão do afeto. Deve-se respeitar, admitir e regulamentar as relações afetivas formadas com intenção de constituição de família, qualquer que seja sua orientação sexual ou formação, com respeito à dignidade de seus membros.

como filha, realizado de forma consciente, consolidou a filiação socioafetiva, devendo essa relação de fato ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a parentalidade que nasce de uma decisão espontânea, deve ter guarida no Direito de Família. III. O exercício de direito potestativo daquele que estabelece uma filiação socioafetiva, pela sua própria natureza, não pode ser questionado por seu filho biológico, mesmo na hipótese de indevida declaração no assento de nascimento da recorrida. IV. A falta de interesse de agir que determina a carência de ação, é extraída, tão só, das afirmações daquele que ajuíza a demanda – in status assertionis –, em exercício de abstração que não engloba as provas produzidas no processo, porquanto a incursão em seara probatória determinará a resolução de mérito, nos precisos termos do art. 269, I, do CPC. Recurso não provido. (STJ, REsp 1259460 / SP - RECURSO ESPECIAL 2011/0063323-0, DJe 29/06/2012)

Da mesma forma, não cabe mais qualquer indagação a respeito da responsabilidade/culpa pelo fim das relações familiares, de modo que a cada um deve ser garantida a liberdade de exercê-la. Não se exclui, por óbvio, possibilidade de responsabilização por atos que gerem dano, material ou moral, sofrimento acima do tolerável – regra geral da responsabilização - mas não se pune pelo simples comportamento, pela simples vontade de não mais permanecer unido, pelo fim do afeto.

Também cabe admitir a existência de relações de filiação nascidas puramente do vínculo de afeto, a receber a mesma proteção daquelas decorrentes de vínculo sanguíneo, de forma a se proteger a dignidade do filho, seu direito de possuir um pai.

Diante do exposto, a dignidade da pessoa humana é valor que orienta o legislador e o aplicador do direito em todas as relações, notadamente as relações de família, onde a afetividade como máxima expressão da personalidade brota, merecendo ampla proteção jurídica com vistas a possibilitar o livre desenvolvimento de todos os seres humanos.

Bibliografia

- ALMEIDA FILHO, Agassiz; Plínio MELGARÉ (Org.), *Dignidade da Pessoa Humana: Fundamentos e Critérios Interpretativos*, 2010, Malheiros;
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*, 2010, Ed. Saraiva;
- _____, Antonio Junqueira de. *Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana*, Revista USP, São Paulo, n. 53, p. 90-101, março/maio 2002;
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – O princípio da dignidade da pessoa humana*, 2011, Ed. Renovar;
- FARIAS, Cristiano Chaves de. *A proclamação da liberdade de não permanecer casado* Revista do Curso de Direito da Universidade Salvador. UNIFACS, 2004. v. 4.
- FLOREZ-VALDES, Joaquin Arce. *Los Principios Generales del Derecho y su formulación constitucional*, Madrid, Ed. Cuadernos Civitas, 1990.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. <www.mundojuridico.adv.br>, acesso em 28/11/2012.
- LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado*, Volume 1, 2004, Ed. Saraiva;
- _____, Renan. *Direito Civil Constitucional, Caderno 3*, 2002, Editora Malheiros;

- MADALENO, Rolf. *Novas perspectivas no direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000;
- MARTINS COSTA, Judith (Org.), *A Reconstrução do Direito Privado*, São Paulo, 2002, Revista dos Tribunais;
- PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*, 2008, Ed. Renovar; _____, Pietro. *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*, 2007, Ed. Renovar.
- ROSENVALD, Nelson. *Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil*, 2007, Ed. Saraiva;
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, 2008, Ed. Renovar; _____, Gustavo (org.). *Direito Civil Contemporâneo – Novos problemas à luz da legalidade constitucional*, Ed. Atlas;
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2009, Ed. Livraria do Advogado; _____, Ingo Wolfgang (Org.). *O Novo Código Civil e a Constituição*, 2006, Ed. Livraria do Advogado;
- _____, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, 2010 Ed. Livraria do Advogado;
- _____, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 2011, Ed. Livraria do Advogado;
- SEREJO, Lourival. *Direito Constitucional da Família*, 2004, Ed. Del Rey.