

A TUTELA CONSTITUCIONAL DO AFETO

Sérgio Resende de Barros^(*)

Em 1979, o Diretor da Divisão de Direitos do Homem e da Paz da UNESCO, Karel Vasak, proferindo aula no Instituto Internacional dos Direitos Humanos, em Estrasburgo, França, lançou a idéia de que os direitos humanos haviam chegado a uma terceira geração: **direitos de solidariedade**. Na primeira geração surgiram direitos **individuais**. Na segunda, direitos **econômicos, sociais e culturais**, abreviadamente ditos direitos **sociais**. O “charme” da tríplice divisão, alinhando a evolução dos direitos com o lema da Revolução francesa de 1789, *liberdade, igualdade, fraternidade*, repercutiu na França e daí se internacionalizou. Os franceses a aplaudiram e divulgaram. Tornou-se modismo no direito ocidental dividir os direitos em gerações.

A primeira geração irrompera no momento revolucionário, na virada para a Idade Contemporânea, com vistas a assegurar a liberdade do indivíduo ante a arbitrariedade dos reis, então revestidos de poder absoluto. É condição de direito – de direito natural – assegurar à criatura humana de toda forma, sem ponderar condições de fato, os seus poderes naturais em contraposição aos poderes do rei. Os indivíduos podem locomover-se, comunicar-se, reunir-se, associar-se, etc. Igualmente, podem conviver, amar, casar, afeiçoando-se uns aos outros. Em suma, todos os indivíduos têm o direito de praticar os atos básicos da vida, sem os quais não se pode viver. Conseqüentemente, também a afeição – o afeto – é um direito individual, que não pode ser negado a ninguém.

Esses direitos fundamentais constituem o que os indivíduos podem fazer. Significam liberdade. São ditos **liberdades individuais** e, como são oponíveis ao Estado por todos e qualquer um, os franceses também dizem **liberdades públicas**. No seu conjunto compõem a liberdade individual. A lei não cria, mas apenas declara esses **direitos-poderes** que todos têm. Por isso, todos são iguais perante a lei, assim como ela é igual para todos. Essa igualdade formal

^(*) Mestre, doutor e livre-docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), onde leciona. Professor Titular do Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Metodista de Piracicaba – UNIMEP. Professor Contratado da Universidade de Udine (ITÁLIA) e da Universidade Menéndez-Pelayo (ESPANHA). Presidente da Comissão de Estudos Constitucionais da Família do IBDFAM.

é condição da liberdade jurídica. Só existe liberdade de agir juridicamente onde a igualdade de direitos é juridicamente assegurada.

Já que eventuais direitos concedidos pelo rei não lhe poderiam ser opostos, pois seriam por ele revogáveis, os direitos então declarados foram ideologicamente havidos como **naturais**. Sua fonte não era o rei, mas a natureza humana. Sem esses direitos fundamentais, o indivíduo se desnatura: deixa de ser humano. Sendo assim necessários ao gênero humano, são direitos **imprescritíveis** e **inalienáveis** e, como todo indivíduo os tem pelo fato de ser humano, são **individuais** e **universais**. Devem ser garantidos a qualquer um, independentemente da sua condição social ou pessoal. Rico ou pobre, moço ou idoso, homem ou mulher, portador ou não de deficiências, em suma, independentemente de sua materialidade social ou pessoal, todos os indivíduos são formalmente titulares desses direitos: igualdade formal. Assim a ideologia liberal os concebeu contra a ideologia absolutista.

No regime anterior, de origem feudal, a nobreza e o clero tinham privilégios jurídicos senhoriais. Essa desigualdade gerava a opressão dos que tinham sobre os que não tinham direitos. A desigualdade oprime: suprime a liberdade. De fato, a liberdade exige a igualdade. A igualdade é pressuposto do qual a liberdade é consequência. Mas esse pressuposto não pode ser meramente formal. Para haver uma liberdade real, deve haver uma igualdade real. Esse fato se fez notório na história da sociedade humana. Consolidada a Revolução liberal, superado o absolutismo real, mas também na medida em que se desenfreou o capitalismo industrial, viu-se claramente que para assegurar a liberdade não bastavam aqueles direitos individuais formalmente declarados. Logo se tratou de reforçá-los por ações judiciais enérgicas, a molde do *habeas corpus*. As declarações passaram a ser “declarações de direitos e garantias”. Mesmo assim, continuavam a garantir apenas a eficácia jurídica: a aptidão formal para produzir efeitos jurídicos. Isso, porque na realidade social essas ações judiciais estavam ao alcance apenas de uma minoria: a própria classe dominante. Não garantiam acessibilidade material – acesso efetivo – de todos os indivíduos ao exercício de seus direitos fundamentais.

Uma tal habilitação meramente formal, mesmo que energicamente judiciável (pleiteável em juízo por ações especiais), era insuficiente para garantir a liberdade. Não bastava declarar direitos individuais assentados e habilitados sobre uma igualdade meramente formal, como se todos fossem iguais. Essa presunção, que atendera à necessidade histórica de combater o absolutismo, não correspondia à realidade. A história mostrou que era preciso garantir a **eficácia**

social: efetivar os direitos, torná-los realidade social. Para isso, cumpria fomentar meios econômicos, sociais, culturais, buscando igualar os desiguais de modo a gerar para todos **igual oportunidade** de usufruir os direitos individuais declarados na primeira geração. A fim de efetivar essa igualdade de oportunidade, urgia proteger as categorias mais fracas da sociedade. Começou-se a ver que o problema dos direitos humanos não é tanto a sua declaração formal, mas a sua efetivação social. Há que buscar a efetividade. Efetivar os direitos humanos: eis aí a verdadeira necessidade histórica.

Para atendê-la, surgiu no início do século XX a segunda geração, praticando com direitos econômicos, sociais e culturais a verdadeira isonomia legislativa, que não consiste em tratar igualmente os desiguais, mas em tratar desigualmente as categorias desiguais na medida em que se desigualam. Se a primeira geração olhou para o ser humano em si, como indivíduo, a segunda o vê dentro de certas categorias, partes da sociedade, que merecem atenção especial: trabalhador, consumidor, mulher, menor, idoso, deficiente, etc. Para protegê-las, surgem direitos sociais que – embora declarados em abstrato, como direito a educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência e assistência sociais, etc. (Constituição Federal, art. 6º) – são concretizados como **parciais** ou **categoriais**, de modo a favorecer certas parcelas da sociedade, para melhorar sua condição social (Constituição Federal, art. 7º e outros). Visam a difundir entre as partes do todo social as condições de exercer os direitos individuais, completando-os.

Entretanto, enquanto os direitos humanos progrediam desse modo, por difusão categorial, sucedeu que no correr do século XX a humanidade se revelou tecnicamente e – o que é pior – moralmente capaz de se autodestruir por genocídios, como também pela lenta destruição do meio ambiente e das condições básicas da vida. Nada adianta garantir a liberdade e difundir a igualdade, se o ser humano deixa de ser humano. A propagação das guerras e a negação das condições necessárias à vida fizeram surgir uma terceira geração, **direitos de solidariedade**, visando a proteger o gênero humano: defender a humanidade contra a própria humanidade, a qual se tem revelado a grande inimiga de si mesma. Surgem direitos sociais **genéricos**, como o direito à paz, ao desenvolvimento, à preservação do meio ambiente, à comunicação entre os povos, à conservação do patrimônio comum da humanidade e outros, que completam os direitos individuais e os direitos categoriais. São direitos difusos – de todos contra todos em prol de todos – que buscam garantir os indivíduos, mas não considerados de per si, em si mesmos (como na primeira geração), nem tomados como membros de uma categoria hipossuficiente (como na

segunda geração), porém captados genericamente: como integrantes do gênero humano. Desse modo, a continuidade avançou desde o indivíduo, passando pelas categorias, até a generalização dos direitos.

Ainda hoje persiste a necessidade histórica de efetivar os direitos humanos. Se na história do constitucionalismo se sucederam gerações de direitos para efetivá-los, hoje – na efetivação atual – essas gerações não mais se manifestam em sucessão, porém, articulando-se, formam uma **coexistência de dimensões**. Na realidade histórica, as próprias gerações resultaram numa continuidade no sentido da difusão. Se em uma aula em 1979 Karel Vasak separou didaticamente os direitos humanos em gerações de acordo com o lema da Revolução Francesa (liberdade, igualdade, fraternidade), no curso da história não houve separação, mas continuação. A primeira geração garantiu formalmente direitos humanos na forma de liberdades individuais. Para tornar esses direitos individuais efetivos para todos, a segunda geração acrescentou direitos econômicos, sociais e culturais, buscando maior igualdade entre as categorias sociais. Enfim, nesse mesmo sentido de disseminar efetivamente os direitos humanos por todo o gênero humano, a terceira geração se revelou na forma de direitos de todos contra todos: direitos de solidariedade. No fundo, ao longo das gerações, houve uma contínua ampliação e difusão de direitos, para garantir a humanidade. Daí, o nome: **direitos humanos**, os quais tendem a ampliar o seu objeto e a difundir a sua titularidade na medida do necessário a proteger todo o gênero humano.

Nesse sentido, hoje as gerações se manifestam simultaneamente, interagindo entre si. São discernidas, mas devem ser integradas, conforme o exige a necessidade histórica de efetivação dos direitos. As gerações se tornaram dimensões, a serem – como estão sendo cada vez mais – coordenadas, cada uma com as outras. A primeira é a **dimensão singular**: o direito individual de cada um. A segunda é a **dimensão social categorial**: o direito especial de certas categorias ou partes da sociedade que precisam de um particular amparo jurídico. A terceira é a **dimensão social difusa**: o direito genérico de todos. É dessa maneira – tomando em consideração e articulando entre si essas três dimensões – que a Constituição de 1988 tutela o afeto e os seus efeitos.

No âmbito da primeira dimensão, o afeto gera direitos individuais. Nessa dimensão, o primeiro direito individual relativo ao afeto tem por objeto o próprio afeto. É o direito ao afeto. O afeto é primariamente uma relação entre indivíduos que se afeiçoam. Logo, a Constituição o protege como direito individual: direito humano de qualquer indivíduo. Nessa dimensão

individual, o direito ao afeto é a liberdade de afeiçoar-se um a outro. É uma **liberdade constitucional**. Tal como a liberdade de contrato, a liberdade de afeto é um **direito individual implícito** na Constituição, cujo § 2º do art. 5º admite direitos que, mesmo não declarados, decorram do regime e princípios por ela adotados. No entanto, exatamente por ser uma relação entre os indivíduos, o afeto se desenvolve e evolui como relação social. Progredir socialmente. Obriga crescentemente. Vincula. Gera responsabilidade entre os sujeitos. Daí, por que o direito o protege não apenas como fato individual, mas também como fato social. O afeto é fator de outros fatos que o direito protege. A afeição é um fato social jurígeno, que gera direitos e obrigações acerca de vários bens e valores, como alimentos, moradia, saúde, educação, etc.

Aqui, um reparo se faz necessário. A liberdade de afeiçoar-se um a outro é semelhante à liberdade de contratar um com outro. Por isso não raro se confunde afeição com contrato, ensejando a patrimonialização e outras deformações “contratuais” do afeto. Mas afeto não é contrato. Não se deve reduzir o afeto ao contrato, a fim de retirar dessa redução e impor às “partes contratantes” efeitos às vezes nem sequer desejados ou esperados por elas. A contratualização pode gerar efeitos perversos: desnaturar e até destruir a relação afetiva. No entanto, não é necessário contratualizar para responsabilizar. Aqui, o critério somente pode e deve ser a própria responsabilidade social inerente ao afeto, que nasce e decorre naturalmente das relações afetivas, mesmo quando elas se travam sem afeto maior que uma simples afeição momentânea que, aleatoriamente, gere prole. Assim, desde a sua origem mais primária, o afeto obriga de modo natural: envolve e desenvolve uma função social crescente. Todavia, se o afeto gera responsabilidade, não pode gerar medo. É a sua função social inerente – e não a sua contratualização artificial – que o faz evoluir para além do direito individual e entrar na dimensão dos direitos sociais, categoriais e difusos.

Na dimensão estritamente pessoal, ao garantir o afeto como direito individual, a Constituição não autoriza transtornar o exercício da afetividade sem lastro na função social da relação afetiva. Há que coadunar a liberdade com a responsabilidade. Mas não de qualquer modo. Essa coadunação nasce da função social do afeto. Onde não houver função social inerente ao afeto, decorrente de uma relação afetiva, por mais rudimentar que seja, não há por que restringir a liberdade individual. Mas, onde houver, não é necessário apelar para o contrato para gerar a responsabilidade. Basta a função social do afeto. Mesmo porque em relações afetivas

rudimentares, como o sexo ocasional, não há como falar em contrato para fixar alguma obrigação decorrente. Aqui o absurdo da contratualização se torna evidente.

Por conseguinte, não deve a liberdade de afeto ser restringida senão na medida da função social que as relações afetivas assumem na sociedade humana. Insista-se: o que faz a afetividade ir além do simples direito individual é a sua função social – e não a contratualização. Realmente, embora na origem seja um poder-opção individual, o afeto pode tornar-se em seu exercício um poder-dever social. A afeição tem uma energia social que lhe é imanente, da qual a Constituição retira obrigações categoriais e obrigações difusas. Entre certas categorias, a Constituição reconhece obrigações e direitos fundados originariamente no afeto, ao qual ela protege tão fortemente, que os vínculos persistem, mesmo se o afeto arrefecer. É o caso do art. 229 que determina que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. Também é o caso do § 6º do art. 227 que iguala todos os filhos, havidos ou não de uma relação de casamento, ou assumidos por adoção. A relação afetiva é aqui particularmente valorizada como fato social.

Por isso mesmo, a Constituição de 1988 admitiu que o casamento não é a única categoria de família. A energia social do afeto levou o constituinte a estender a tutela constitucional: abrigou a união estável e a família monoparental nos parágrafos 3º e 4º do art. 226. Mas, como esse artigo não é exaustivo, a Constituição não impede que a legislação, a doutrina e a jurisprudência reconheçam outras categorias de família geradas pelo afeto, como a **família homoafetiva** e a **família anaparental** (esta última é a que persiste entre os descendentes privados de ambos os pais).

Enfim, o afeto ingressa na dimensão difusa onde o direito é cimentado pela solidariedade. O afeto se difunde na sociedade como fator de solidariedade. Nessa dimensão, o afeto gera responsabilidade solidária. A solidariedade jurídica nasceu como responsabilidade individual no direito civil e no direito comercial. Hoje avança para o direito social. Obriga todos os sujeitos no necessário a preservar com dignidade o gênero humano. O afeto tem compromisso com o gênero humano. A Constituição fixa três **centros de imputação** desse compromisso: a família, a sociedade, o Estado. Mas, ao estipular que a família tem especial proteção do Estado (art. 226) e que este lhe assegurará assistência na pessoa de cada um dos que a integram (art. 226, § 8º), a

mesma Constituição não deixa dúvida: o Estado responde pela higidez das relações sociais entre seus cidadãos também e sobretudo no âmbito da família. Se a organização da sociedade não assegurar à família condições básicas de existência, o Estado – cumprindo o dever de assistir a família na pessoa dos seus integrantes – está obrigado a suprir essa carência, especialmente para a criança, o adolescente e o idoso.

Acresce, ainda, uma condição processual ponderável: a família e a sociedade em si não têm personalidade jurídica, ao passo que o Estado a tem. Por isso mesmo, os direitos difusos se tornam **direitos subjetivos públicos**, oponíveis ao Estado como representante e agente da sociedade. Sendo a família e a sociedade citadas antes do Estado nos artigos 227 e 230, pode parecer que aí se minimiza a responsabilidade estatal, enquanto se maximiza a responsabilidade da sociedade e da família. Ninguém nega a responsabilidade social da família para com os que nela vivem e convivem. Seria negar a própria essência do afeto. Mas, se faltarem à família condições básicas de existência e subsistência, **por deficiência da organização econômico-social**, que o governo e a administração estatais devem otimizar, o Estado está obrigado a suprir essa carência, ainda mais porque ele representa a sociedade no dever de assistir a família na pessoa dos seus integrantes. É o que lhe impõem os artigos 227 e 230 da Constituição. Não concluir desse modo é reduzir esses artigos a letra morta.

Todas essas dimensões do afeto devem ser conjugadas por um valor maior: a **dignidade humana**, que é o critério pelo qual a Constituição coordena e proporciona a proteção dos interesses individuais em sua interação com os deveres sociais, categoriais e difusos. Definir a família pelo afeto é a grande contribuição do IBDFAM. Mas, para operar o direito de família em função do afeto, é preciso interpretar e aplicar nesse sentido a Constituição, a qual, também implicitamente, ampara o afeto como direito difuso: direito de todos. Afeiçoar-se é direito de todos para com todos. Direito genérico: direito do gênero humano. É justamente na medida em que se difunde – desde a unidade familiar até o todo da sociedade – que o afeto humano desencadeia uma solidariedade responsável cada vez mais ampla e profunda entre os seres humanos. Gera **fraternidade universal**, base da responsabilidade de todos os seres humanos – e, portanto, de todos os povos – entre si. Daí, por que os direitos de solidariedade ganham especial substância e expressão no direito internacional, progredindo aí sempre no sentido de globalizar os direitos humanos quanto a seus sujeitos e seus objetos.

Ainda são poucos os fatos globalizados. Mas são muitos os fatores globalizantes. Vão submetendo todos ao que interessa a todos. A necessidade gera a solidariedade e, progredindo, gera a consciência da necessidade da solidariedade. Nesse progresso, o direito evolui de uma solidariedade passiva e instintiva para uma solidariedade ativa e consciente, que tende ao global quanto aos sujeitos (solidariedade subjetiva) e os objetos (solidariedade objetiva). A solidariedade submete sujeitos e objetos no quanto necessário a preservar com dignidade o gênero humano. É com esse sentido que o afeto se soma a outros fatores para originar e fundamentar a responsabilidade genérica de realizar a existência humana: não de qualquer modo, mas dignamente, conforme os padrões mais avançados já alcançados pela civilização humana.

Para esse fim é que as dimensões do direito não se excluem mas se completam. Ou seja: devem elas coexistir não à deriva, levadas pela truculência dos mais fortes, mas devem ser conjugadas por um valor maior: a humanidade, não como mera existência humana, mas principalmente como **dignidade humana**. A Constituição toma a dignidade humana como peso específico para ponderar e compor entre si as relações afetivas em suas três dimensões: a individual, a categorial, a difusa. A dignidade humana é o critério-mor pelo qual a Constituição proporciona a proteção do afeto. É por esse critério que – em conformidade com o **direito constitucional da família** – deve ser estabelecida a justa proporção entre os interesses individuais e os deveres sociais, tanto os categoriais, como os difusos. Sob pena de incidir em inconstitucionalidade.

Em suma: a realização da personalidade humana segundo os padrões de dignidade já alcançados na atualidade histórica da civilização é o princípio e o fim da tutela constitucional do afeto.