# A Democratização do Afeto

**Maria Berenice Dias**[1]

Apesar de a razão de existir da sociedade e do próprio Estado seja a proteção das pessoas, de modo escancarado, são adotadas posturas que afrontam os anseios, os sentimentos de quem somente quer ter assegurado o direito de ser feliz.

No mais das vezes, a lei tenta impor pautas comportamentais de controle da organização social e acaba excluindo do laço jurídico um punhado de vínculos afetivos pelo só fato de escaparem do parâmetro aceito pela sociedade como sendo o único correto. O modelo que todos devem cegamente seguir e cumprir.

Os resultados são perversos, pois condena à invisibilidade a vida como ela é.

Os exemplos são muitos. E assustadores.

Em face de influências religiosas, a lei buscava preservar e proteger exclusivamente as famílias constituídas pelos "sagrados laços do matrimônio". Tudo o que pudesse comprometer a paz familiar era sumariamente descartado.

Havia toda uma classificação dos filhos, que recebiam rótulos pejorativos. Somente eram reconhecidos quem era fruto de uma família matrimonializada. Os demais não. Os filhos havidos fora do casamento – rotulados de "ilegítimos" – não tinham o direito de que constasse o nome do pai no seu registro de nascimento. Não podiam usar o seu sobrenome. Pelo jeito, não tinham sequer o direito de viver, pois não percebiam alimentos e nem lhes era assegurado direitos sucessórios do genitor. O filho era penalizado quando ilegítima havia sido a conduta do pai, que descumpriu o dever de fidelidade envolvendo-se em uma aventura extramatrimonial.

Como o casamento era indissolúvel, as pessoas só podiam casar uma vez. Deviam ficar juntos até a morte, mesmo na doença, da pobreza e na tristeza. O chamado "desquite" autorizava a separação de corpos, mas não rompia a sociedade conjugal. Esta marginalização, de nítido caráter punitivo, tinha por objetivo obrigar as pessoas a permanecerem casadas. Quem não cumprisse esta determinação era condenada a viver sozinha, a não ser feliz.

Por isso os vínculos afetivos constituídos fora do casamento não eram considerados uma família. Independente do tempo de convivência, do número de filhos, ficavam à margem do Direito das Famílias e das Sucessões. Tais uniões – com o nome de "concubinato" – eram consideradas meras sociedades de fato. Via de consequência, não existia direito a alimentos, direitos previdenciários ou sucessórios.

Ainda que os tempos tenham mudado e se esteja vivendo sob a égide de uma Constituição encharcada de princípios, que asseguram respeito à dignidade das pessoas, persistem posturas excludentes.

Basta atentar às uniões de pessoas do mesmo sexo. Rejeitadas pela sociedade, as pessoas LGBTI – lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e intersexuais, sempre foram obrigadas a viver dentro do armário. Sem direito de constituírem uma família, terem filhos. Seus relacionamentos eram invisíveis. Uma vida inteira de vida em comum não garantia nada. Falecido um dos parceiros, o outro era sumariamente despejado da casa que também era sua. Não lhe era assegurado o direito de moradia. Muito menos direito à herança. Mesmo que tivessem amealhado bens juntos, estes ficavam para parentes distantes. O sobrevivente sequer tinha direito à pensão previdenciária.

Diante da omissão do legislador – que sempre resiste em editar leis que desagradem a maioria do seu eleitorado e possa comprometer sua reeleição – acabou a justiça suprindo esta lacuna. A expressão homaofetividade[2] foi utilizada a para

vincar que é o afeto o elemento identificador destas relações familiares. E foi assim que, no ano de 2011, o Supremo Tribunal Federal alcançou às uniões homoafetivas o reconhecimento como união estável e as inseriu no âmbito do Direito das Famílias.[3] Não demorou o Superior Tribunal de Justiça em assegurar acesso ao casamento.[4] Até que o Conselho Nacional de Justiça impediu que fosse negado o direito ao casamento, ao reconhecimento da união estável e à sua conversão em casamento.[5] Com isso o Brasil se tornou o primeiro país do mundo a admitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, por força de decisão judicial.

Os transgêneros, por sua vez, não tinham o direito de adequarem nome e sexo à sua identidade sexual. Expulsos de casa muito cedo, sofriam *bullying* na escola. Em face da evasão escolar, com baixa escolaridade, nunca tiveram acesso ao mercado de trabalho.  Ou seja, eles não podiam ser quem eram, pelo simples fato de se afastarem do binarismo de gênero que a sociedade impõe. Mais uma fez foi a justiça que lhes garantiu os direitos de cidadania: a troca da identidade diretamente junto ao cartório do registro civil. Administrativamente, bastando a autodeclaração.[6] Com isso foi vencida a injustificável resistência estatal de garantir o respeito, a preservação do direito à vida digna ao segmento mais vulnerável da população.

Mas há mais.

Outras realidades existem e que ainda estão fora da tutela do estado.  Ainda que as uniões simultâneas seja uma realidade, elas continuem penalizadas. Homens conseguem a façanha de ter duas famílias ao mesmo tempo. Desdobram-se entre uma e outra casa. Vivem de cá para lá e de lá para cá. De um modo geral têm filhos com as duas mulheres e mantém ambas as famílias. Está errado? Certamente nesta receita há infidelidade, há descumprimento do dever de lealdade, há mentiras. Mas estas famílias existem.

Apesar da rejeição social, a lei não penaliza quem assim age. Ao contrário. Incentiva tal postura, ao reconhecer apenas um dos relacionamentos. Como não são impostos deveres e nem assegurados direitos com relação à outra família – pode ser mais de uma –, o homem fica livre de toda e qualquer obrigação, por um agir cuja reponsabilidade é exclusivamente dele. E é a mulher quem resta punida. Induzida em erro, em um primeiro momento, acaba se conformando em dividir o amor de quem lhe jurou que seria exclusivo. Este vínculo afetivo não é reconhecido como uma entidade familiar, ainda que atenda a todos os requisitos legais para a sua configuração: relacionamento público, contínuo, duradouro que constituiu uma família.

Do mesmo modo são ignoradas as estruturas poliafetivas, em que a família é composta por mais de duas pessoas, que convivem sob o mesmo teto. Elas estão proibidas até de firmarem escritura pública estabelecendo deveres recíprocos.

O silêncio do legislador, não impondo consequências jurídicas a estes vínculos afetivos, afronta elementar princípio ético, sintetizado na célebre frase da obra Pequeno Príncipe de Saint-Exupéry: *você é eternamente responsável por quem cativas!*

Certamente esta é a síntese do atual Direito de Família, que foi repaginado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Ao desvendar o elemento identificador das relações de conjugalidade e de parentalidade, atribuiu valor jurídico ao afeto, o que ensejou sua democratização. Instalou-se uma nova ordem jurídica, que provocou uma verdadeira revolução no próprio conceito de família. A ponto de ser alterado até o nome deste ramo do Direito, que passou a ser chamado Direito das Famílias.

Reconhecida a existência de um vínculo em que existe confiança e comprometimento recíproco, é indispensável a imposição dos deveres de mútua assistência, de cuidado. Independe da

estrutura do relacionamento, da identidade dos seus integrantes ou o número de participantes.

Não ver, dizer que uniões de diferentes conformações não existem, é incentivar comportamentos antiéticos.

Sequer é necessária expressa previsão legal para que os vínculos afetivos – todos eles – sejam enlaçados pelo direito, com a imposição de responsabilidades recíprocas.

Basta atentar que a Constituição da República elenca um rol imenso de direitos individuais e sociais, como forma de garantir a dignidade de todos. Apesar de não utilizada no seu texto a palavra afeto, está consagrado o princípio da afetividade. Pode-se até dizer que houve a constitucionalização do afeto, no momento em que união estável foi reconhecida como entidade familiar, merecedora da tutela jurídica. Como a união estável se constitui sem o selo do casamento, isso significa que a afetividade que une e enlaça as pessoas, adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico. Afeto é uma ação, uma conduta; é cuidado, proteção e assistência, a ponto de receber força normativa e tornar-se o princípio balizador de todas as relações jurídicas da família.[7]

Paulo Lôbo identifica quatro fundamentos essenciais do princípio da afetividade na carta constitucional: (a) a igualdade de todos os filhos independentemente da origem (CR, art. 227, § 6.º); (b) a adoção, como escolha afetiva com igualdade de direitos (CR, art. 227, §§ 5.º e 6.º); (c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo os adotivos, com a mesma dignidade da família (CR, art. 226, § 4.º); e (d) o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança, do adolescente e do jovem (CR, art. 227).[8]

O Código Civil também não utiliza a palavra afeto, ainda que, com grande esforço, se consiga visualizar no seu bojo a

elevação do afeto a valor jurídico.[9] Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue.[10] São invocadas as relações de afetividade e afinidade como elementos indicativos para a definição da guarda a favor de terceira pessoa (CC, art. 1.584, § 5.º). A posse de estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir um direito a ser alcançado. Um vínculo de parentesco e a convivência familiar

Belmiro Welter destaca algumas passagens em que há a valoração do afeto no Código Civil: (a) ao estabelecer a comunhão plena de vida no casamento (CC, art. 1.511); (b) quando admite outra origem à filiação além do parentesco natural e civil (CC, art. 1.593); (c) na consagração da igualdade na filiação (CC, art. 1.596); (d) ao fixar a irrevogabilidade da perfilhação (CC, art. 1.604); e, (e) quando trata do casamento e de sua dissolução, fala antes das questões pessoais do que dos seus aspectos patrimoniais.

E finalmente o afeto já foi reconhecido pelo legislador. A Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06, art. 5.º, II) define família como uma relação íntima de afeto.

A família transforma-se, na medida em que se acentuam as relações de sentimentos entre seus membros. Cada vez mais são valorizadas as funções afetivas de seus membros. Tanto o casamento como a união estável adquiriu novo perfil, voltado muito mais a realizar os interesses afetivos e existenciais de seus integrantes. Essa é a concepção eudemonista da família, que progride à medida que regride o seu aspecto instrumental.[11]

Despontam novos modelos de família mais igualitárias nas relações de sexo e idade, mais flexíveis em suas temporalidades e em seus componentes, menos sujeitas à regra e mais ao desejo.[12] A comunhão de afeto é incompatível com o modelo único, matrimonializado da família.

Como diz João Baptista Villela, as relações de família, formais ou informais, indígenas ou exóticas, ontem como hoje, por mais complexas que se apresentem, nutrem-se, todas elas, de substâncias triviais e ilimitadamente disponíveis a quem delas queira tomar afeto, perdão, solidariedade, paciência, devotamento, transigência, enfim, tudo aquilo que, de um modo ou de outro, possa ser reconduzido à arte e à virtude do viver em comum. A teoria e a prática das instituições de família dependem, em última análise, de nossa competência em dar e receber amor.[13]

Talvez nada mais seja necessário dizer para evidenciar que o elemento fundante do Direito das Famílias é o princípio da afetividade, pois diz com o direito fundamental à felicidade.

Afinal, como diz a música do Skank: *é improvável, é impossível ver alguém feliz de fato sem alguém para amar*.[14]

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

LÔBO, Paulo. *Famílias.* 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

OLIVEIRA, José Lamartine C. de; MUNIZ, Francisco José F. *Curso de Direito de Família*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha*. Dicionário de Direito das Famílias e Sucessões*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PERROT, Michelle. O nó e o ninho. *Revista Veja 25 anos:* reflexões para o futuro, São Paulo, Abril, 1993, p. 75-81.

VILLELA, João Baptista. As novas relações de família. *Anais da XV Conferência Nacional da OAB*, Foz do Iguaçu, set. 1994.

WELTER, Belmiro Pedro. *Estatuto da união estável*. Porto Alegre: Síntese, 2003.

**Publicado em 06/09/2021.**

[1] Advogada especializada em Direito das Famílias, Sucessões e Direito Homoafetivo

Desembargadora aposentada do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul,

Vice-Presidente Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM)

Pós-graduada e Mestre em Processo Civil

[2] Esse neologismo foi cunhado na primeira edição da minha obra União homossexual: o preconceito e a Justiça, no ano de 2000, agora na 8ª edição com o nome Homoafetividade e os Direitos LGBTI, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

[3] STJ – ADI 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011.

[4] STJ – REsp 1.183.378-RS, 4.ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25/10/2011.

[5] CNJ – Resolução 175/2013.

[6] STF – Tema 761: I) O transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa; II) Essa alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, vedada a inclusão do termo 'transgênero'; III) Nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial; IV) Efetuando-se o procedimento pela via judicial, caberá ao magistrado determinar de ofício ou a requerimento do interessado a expedição de mandados específicos para a alteração dos demais registros nos órgãos públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos.

[7] Rodrigo da Cunha Pereira, Dicionário de Direito de Família e Sucessões, verbete: afeto.

[8] Paulo Lôbo, Famílias, p. 43.

[9] Belmiro Pedro Welter, Estatuto da união estável, p. 49.

[10] Paulo Lôbo, Famílias, p. 56.

[11] José Lamartine C. de Oliveira e Francisco José F. Muniz, Curso de direito de família, 11.

[12] Michelle Perrot, O nó e o ninho, p. 81.

[13] João Baptista Villela, As novas relações de família, p. 645.

[14] Te ver.