

O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

THE AFFECTIVITY PRINCIPLE IN THE BRAZILIAN LAW SYSTEM

José Weidson de Oliveira Neto¹
Ivson Antonio de Sousa Meireles²

RESUMO: O presente artigo trata do princípio da afetividade no Direito de Família. Analisa sua inclusão no ordenamento jurídico brasileiro e seus efeitos. Inicia trazendo a evolução do Direito de Família, que antes desconsiderava o afeto, até o momento atual, no qual o princípio da afetividade é um dos temas mais relevantes para o Direito Brasileiro. Em seguida, analisa-se a temática central deste artigo, que é o princípio da afetividade e seus efeitos. Discute-se a existência deste princípio e a sua constitucionalidade. Por fim, trata dos efeitos que o princípio da afetividade gera, tais como a pluralidade de famílias e até o poliamor. Estas são realidades perigosas para o ordenamento jurídico pátrio, além de não encontrar amparo constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: direito de família; princípio da afetividade; poliamor.

ABSTRACT: This article deals with the principle of affectivity in the family law. Analyzes your inclusion in the Brazilian legal system. Starts bringing the evolution of family law, which did not consider the affection, coming up to the present moment, in which the principle of affectivity is one theme relevant for the Brazilian law. Then parses the central theme of this article, which is the principle of affectivity and their effects. It discusses the existence of this principle and its constitutionality. Finally, deals with the effects that the principle of affectivity generates, for example, the plurality of families and even the polyamory. These are dangerous realities to the Brazilian legal system, and who do not find constitutional support.

KEYWORDS: family Law, principle of affection; polyamory.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo visa abordar a realidade socioafetiva que está presente no Direito das Famílias na atualidade, com uma breve análise histórica do desenvolvimento do afeto no seio familiar e sua inclusão na seara jurídica brasileira.

¹ Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza, Pós-graduando em Direito de Família e Sucessões pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus, weidson_net@hotmail.com

² Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza, Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza, ivson.meireles@hotmail.com

Dessa forma, contextualiza-se o fenômeno afetivo e sua evolução desde a Idade Antiga e Média, porém, com foco na realidade jurídica atual das novas entidades familiares, ponderando-se as afirmações da melhor doutrina brasileira no que se refere ao Direito das Famílias, inclusive opondo opiniões divergentes.

Para muitos doutrinadores, existe um princípio da afetividade que delimita os conceitos de famílias, e até cria novas definições familiares que vão além daquelas constantes na Constituição Federal de 1988 e da legislação infraconstitucional. Por isso, tem-se a grande importância do presente tema.

Pelo exposto, este trabalho visa cooperar com a sociedade de modo geral, em especial ao meio judicial, a fim de discutir e ainda, de favorecer a compreensão acerca das novas conformações familiares com base no princípio da afetividade.

2 Breve histórico da inclusão do princípio da afetividade no ordenamento jurídico brasileiro

A partir de uma análise histórica, pode-se vislumbrar que a origem da família nem sempre esteve determinada pela afetividade. Questões políticas, econômicas e sociais detinham tamanha importância no meio social que se tornavam os fatores determinantes para os casamentos. Casamentos eram a única forma reconhecida de se constituir família até o século XX, no Brasil. O que definia o que era ou não família, da antiguidade até a Idade Média, eram os aspectos religiosos. Rodrigo Lucas Calderón (2013, p. 193-194) afirma que:

As diversas concepções históricas de família nem sempre adotaram a afetividade como elemento constituinte do elo entre seus integrantes, eis que a noção do afeto envolve uma visão de pessoa, e da sua subjetividade, que nem sempre esteve presente. Na família antiga, não faria sentido sustentar a relevância da afetividade na formação do vínculo familiar, eis que, como anota Fustel de Coutanges, “a base da família não era encontrada no afeto natural. Tanto o direito grego quanto o romano não levavam em conta este sentimento”. [...] O laço que preponderava era o religioso, que ditava as regras que acabavam por vincular pessoas e outras gerações em torno de uma mesma família. [...] Durante a Idade Média, o aspecto religioso manteve importância central nos relacionamentos familiares, com a forte presença da Igreja disseminando seus dogmas pela sociedade com naturalidade. [...]

O berço da humanidade, a sociedade Greco-romana, era caracterizada, principalmente, pela religiosidade. Elizabeth Roudinesco (2003, p.25, grifo do autor) narra situação que exemplifica a importância da religião no âmbito familiar da Roma antiga:

Sabemos que na trilogia de Ésquilo, a *Oréstia*, que encena a história da família dos Átridas, Orestes, assassino de sua mãe Clitemnestra, é apontado por Apolo como inocente do crime de matricídio pelo fato de a mãe não passar do receptáculo do germe que carregou. “Só o pai gera”, diz Apolo ao corifeu: “Aquele que se costuma chamar de filho não é gerado por sua mãe – ela é somente a nutriz do germe nele semeado – de fato, o criador é o homem que a fecunda; ela, como uma estranha, apenas salvaguarda o nascituro quando os deuses não o atingem. [...]

Por sua vez, a religiosidade levava à concentração do poder nas mãos do homem – pai e marido – que era também o líder espiritual da família, *pater familias*. Era uma sociedade patriarcal. No dizer de Paulo Nader (2011, p. 09), “o patriarcado se caracteriza pela concentração exclusiva de poderes nas mãos do marido, tanto em relação à esposa quanto aos filhos”.

Na Idade Média, a expansão da religião cristã altera as características da sociedade. O líder espiritual deixa de ser o pai de família, passando ao clero. Entretanto, a figura masculina continua dominante e o afeto não é base para constituição de família, pois apenas o casamento é que a origina. Portanto, mantêm-se as mesmas características: religiosidade e patriarcado.

Atualmente, em uma visão romântica da história das famílias, podemos dizer que o afeto tem vencido. Isso porque a evolução do direito de família nos trouxe a um contexto social em que a cada dia se valoriza mais o sentimento que existe entre as pessoas, formando-se, a partir daí, as relações de fato, das quais algumas já constam expressamente no ordenamento jurídico brasileiro, tais como as famílias tradicionais, monoparentais e substitutas. No entanto, muitas dessas relações permanecem apenas no plano dos fenômenos sociais, sem, contudo, alcançarem a norma. Alguns doutrinadores fundamentam que o amparo dessas **relações apenas de fato** estaria em um novo princípio, o da afetividade.

Farias e Rosenvald (2010, p. 4) afirmam que, ainda na época da revolução industrial, “[...] As pessoas se uniam em família com vistas à formação de patrimônio, para sua posterior transmissão aos herdeiros, pouco importando os laços afetivos. [...]”. Essa situação perdura até hoje. Casamentos arranjados e motivados por interesses diversos do afeto ainda

existem. O que ocorre é que este elemento nas relações de família virou regra, enquanto que as demais causas viraram a exceção.

Hoje, o que se observa, são casais apaixonados casando, em clara mudança de concepção no que tange aos aspectos constitutivos da família. Aqui ou acolá é que encontramos um casamento de mero interesse patrimonial ou social. Urge reconhecer a nova família matrimonial que se apresenta, renovada, e sem um olhar marcado pelo preconceito do passado. No mesmo sentido, temos o dizer de Calderón (2013, p. 204):

A afetividade assumiu paulatinamente importância crescente nas questões familiares, eis que mesmo na família tradicional (biológica e matrimonial) acabou por ser considerada digna de atenção e exercício efetivo. Em outros relacionamentos figurou como único elo a sustentá-los. É possível afirmar que os relacionamentos interpessoais, de modo geral, restaram a partir de então, de alguma forma, influenciados pela indelével marca da afetividade.

Entretanto, a realidade jurídica brasileira segue a Constituição Federal de 1988, e há discussões sobre se tal norma máxima brasileira ampara ou não o princípio da afetividade. Este princípio não se refere apenas às relações de ordem sexual, mas também à filiação. A exemplo, a paternidade socioafetiva tem ganho cada vez mais espaço na jurisprudência:

FAMÍLIA. FILIAÇÃO. CIVIL E PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. VÍNCULO BIOLÓGICO. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. IDENTIDADE GENÉTICA. ANCESTRALIDADE. ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 326 DO CPC E ART. 1.593 DO CÓDIGO CIVIL. 1. Ação de investigação de paternidade ajuizada em 25.04.2002. Recurso especial concluso ao Gabinete em 16/03/2012. 2. Discussão relativa à possibilidade do vínculo socioafetivo com o pai registrário impedir o reconhecimento da paternidade biológica. 3. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos. 4. **A maternidade/paternidade socioafetiva tem seu reconhecimento jurídico decorrente da relação jurídica de afeto, marcadamente nos casos em que, sem nenhum vínculo biológico, os pais criam uma criança por escolha própria, destinando-lhe todo o amor, ternura e cuidados inerentes à relação pai-filho.** 5. **A prevalência da paternidade/maternidade socioafetiva frente à biológica tem como principal fundamento o interesse do próprio menor [...]** 6. Se é o próprio filho quem busca o reconhecimento do vínculo biológico com outrem, porque durante toda a sua vida foi

induzido a acreditar em uma verdade que lhe foi imposta por aqueles que o registraram, não é razoável que se lhe imponha a prevalência da paternidade socioafetiva, a fim de impedir sua pretensão. 7. O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado, portanto, sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros. 8. [...] Afinal, todo o embasamento relativo à possibilidade de investigação da paternidade, na hipótese, está no valor supremo da dignidade da pessoa humana e no direito do recorrido à sua identidade genética. 9. Recurso especial desprovido. (STJ - REsp: 1401719 MG 2012/0022035-1, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 08/10/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/10/2013) (grifo nosso)

Como se extrai, reconhece-se a paternidade socioafetiva, porém, resguarda-se o direito do investigador de paternidade ao reconhecimento de seu vínculo biológico. Ou seja, dar-se toda a importância à paternidade socioafetiva, sem retirar a relevância dos vínculos biológicos.

A título de exemplo, pode-se citar o caso do filho adotado – situação relevante de paternidade socioafetiva – que, por sua vez, pode ingressar com Ação de Investigação de Origem Genética para descobrir sua filiação sanguínea. Tartuce e Simão (2011, p. 52-53) também exemplificam esta questão, com o caso do marido que reconhece o filho de sua mulher, desenvolvendo vínculo de afeto, e que não poderá, posteriormente, quebrar esse vínculo. Os mesmos autores, ainda, concluem que “a afetividade é um dos principais regramentos do *Novo Direito de Família* que desponta e que a *parentalidade socioafetiva* é uma tese que ganha força na doutrina e na jurisprudência”.

3 O princípio da afetividade

As situações familiares existenciais no plano fático, atualmente, são caracterizadas pelo afeto, o que leva a doutrina jurídica a iniciar considerações acerca de novos modelos de família, que, muitas vezes, alçam vôo para muito além das fronteiras legais. Calderón (2013, p. 10-11) pondera o assunto, afirmando:

Houve também o paulatino reconhecimento de outras entidades familiares – que possuem feição diversa da família tradicional de outrora. As relações entre seus membros no seio familiar também sofreram alterações e não se apresentam mais da mesma maneira que quando imperava a família como instituição (que revelava um viés hierárquico e por vezes autoritário). Esse novo contexto acabou por evidenciar a presença de uma pluralidade de formações familiares

(monoparentais, anaparentais, reconstituídas, simultâneas, multiparentalidade, procriações assistidas, inseminações pós-morte, uniões homoafetivas, entre outros) que passaram a ser vistas com normalidade e a exigir atenção do direito.

A exemplo do supramencionado autor, muitos outros defendem que a afetividade tenha se tornado um princípio do Direito de Família, e que a partir dele, tantos novos modelos de família foram emergindo juridicamente. No entanto, oriundos de lei expressa, apenas são entidades familiares os grupos matrimoniais, informais e monoparentais (constantes no artigo 226 da Constituição Federal), e as famílias extensas ou ampliadas e substitutas (criadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente).

Assim, todos os tipos já existentes de família – oriundos do casamento, união estável, filiação e relações de parentesco – têm sido renovados por uma afetividade, que tem feito surgir, também, novas conformações familiares. Nesse sentido é que Rodrigo Lucas Calderón (2013, p. 203) em sua obra *Princípio da Afetividade no Direito de Família*, continua a discorrer:

As relações de parentesco também passam a ser travadas com igualdade e liberdade crescentes, de modo que restou difícil sustentar uma relação parental apenas com base no vínculo institucional, na autoridade e na hierarquia. A proximidade das pessoas, e o reconhecimento da sua subjetividade e a defesa de maior liberdade e igualdade também no trato familiar levaram tais relacionamentos a assumir outra faceta, mais privada, calcada precipuamente na afeição, do que em critérios formais ou institucionais.

Socialmente, percebe-se que os relacionamentos em geral têm seguido bem mais os caminhos do afeto do que do interesse patrimonial, contribuindo para a *despatrimonialização* do Direito de Família. Considerando que as realidades fáticas sociais são o que dão origem ao direito, podemos compreender que a afetividade logo estará presente em nosso ordenamento jurídico. No entanto, para alguns doutrinadores, já há o princípio da afetividade, contendo seu amparo na Constituição de 1988. Dentre eles, destacamos Paulo Lôbo (2011, p. 70 – 71), que já enuncia o princípio da afetividade como sendo jurídico, e ainda afirma:

Demarcando seu conceito, é o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico. Recebeu grande impulso dos valores consagrados na Constituição de 1988 e resultou da evolução da família brasileira, nas últimas décadas do século XX, refletindo-se na doutrina jurídica e na

jurisprudência dos tribunais. O princípio da afetividade especializa, no âmbito familiar, os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da solidariedade (art. 3º, I), e entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos, que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família. A evolução da família “expressa a passagem do fato natural da consanguinidade para o fato cultural da afinidade” (este no sentido de afetividade)

Assim, para além do fator social, doutrinário e jurisprudencial que é o princípio da afetividade, como já demonstrado, resta-se analisar a sua constitucionalidade, tendo em foco que a nova ordem jurídica tende a seguir o **Direito Civil-Constitucional**, mesclando-se as qualidades públicas e privadas do direito, e retirando do centro do Direito Privado o Código Civil, focando-se na **Constituição Federal de 1988**, a quem todo o ordenamento jurídico brasileiro deve seguir.

Com a evolução do sistema jurídico brasileiro, necessária para acompanhar as novas dinâmicas sociais, tem havido a miscigenação entre o Direito Público e o Privado. A Lei Maior de 1988 instituiu este novo modelo de organização jurídico-legislativa, de forma que o centro do direito privado deixou de ser o Código Civil e passou a ser a própria Constituição Federal. É importante ressaltar essa mudança, pois isso altera o próprio Direito Constitucional – originalmente um ramo do Direito Público – que agora está permeado de normas privadas, com destaque para a temática das famílias.

O Diploma Constitucional vigente tratou de temas pertinentes ao direito de família, tais como casamento, reconhecimento de novos modelos de família (monoparental e extramatrimonial), princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, da igualdade entre filhos, dentre outros. Tudo isso contribuiu para a formação do novíssimo Direito Civil-Constitucional. Segue nessa linha a ilustre doutrinadora Maria Celina Bodin de Moraes (2010, p. 21, grifo do autor) ao defender:

No entanto, é preciso reconhecer que enquanto o Código Civil correspondeu às aspirações de uma determinada classe social, interessada em afirmar a excelência do regime capitalista de produção – classe social cujos protagonistas são o proprietário, o marido, o contratante e o testador (na realidade, roupagens diversas usadas pelo mesmo personagem, o indivíduo burguês que queria ver completamente protegido o poder da sua vontade no tocante às situações de natureza patrimonial) -, a Constituição Federal, ao

contrário, pôs a pessoa humana no centro do ordenamento jurídico ao estabelecer, no art. 1º, III, que sua *dignidade* constitui um dos fundamentos da República, assegurando, desta forma, absoluta prioridade às situações existenciais ou extrapatrimoniais.

A renomada autora vai além da crítica jurídica, analisando a situação social que gerou o ordenamento vigente anterior ao novo Diploma Constitucional, comparando-os e trazendo como grande ponto positivo o princípio da dignidade da pessoa humana. É neste princípio que os defensores da afetividade como premissa jurídica se baseiam, prioritariamente. Ainda que os princípios da solidariedade, da liberdade e da igualdade sejam também citados por muitos doutrinadores como base da norma afetiva. Calderón (2013, p. 239) pondera que:

O texto de 1988 não deixava dúvidas de que tratava de um novo modelo de família, totalmente diverso do que era tutelado pela codificação civil anterior, com preponderância do afeto, do respeito, da liberdade, da igualdade, da dignidade, da solidariedade e da cooperação. A partir de uma hermenêutica civil-constitucional, foi possível perceber um outro direito de família desde então: [...] A partir de 1988, é possível sustentar o reconhecimento jurídico da afetividade, implicitamente, no tecido constitucional brasileiro.

Por um lado, pondera-se que o legislador constitucional cuidou de trazer *explicitamente* direitos fundamentais como a ampla liberdade, igualdade, solidariedade e dignidade, não tendo expresso – e não por falta de oportunidade – a afetividade. Por outro, aqui não se desconsidera a possibilidade de considerar-se válida e eficaz a norma implícita, defendida por Arnaldo Vasconcelos (2006, p. 28) ao afirmar:

A vocação especial da norma jurídica é realizar Direito. E só há Direito a partir de uma norma, que o preveja. O campo de incidência das normas jurídicas constitui o mundo do Direito. Entretanto, sempre haverá normas para todas as hipóteses possíveis. Se não se encontram explícitas no ordenamento, com certeza nele estão implícitas. A predicação das normas implícitas, que se faz indispensável tanto do ponto de vista teórico, como prático, está, por si só, a indicar o dinamismo do Direito que, por exigência social inarredável, não pode ficar contido em fórmulas rígidas, desmobilizado. O Direito, pois, está sempre sendo e refazendo-se, posto que o próprio fato de concretizar-se requer desenvolvimento e atualização.

No entanto, oportuno é contrapor a idéia de Arnaldo Vasconcelos à característica da rigidez da nossa Constituição Federal de 1988, que só pode ser alterada por meio de processo de emenda constitucional. Essa rigidez constitucional é característica apresentada por diversos

doutrinadores constitucionalistas. Seria esta rigidez apenas formal e não material? Ademais, é verdade que no campo prático, os Tribunais brasileiros têm aplicado a idéia de norma implícita, pelo menos no que tange à consideração do princípio da afetividade, vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. REGULAMENTAÇÃO DE DIREITO DE VISITA AVOENGA. DECISÃO QUE DEFERE TUTELA ANTECIPADA À PRETENSÃO DA AVÓ. INSURGÊNCIA DA MÃE DO ADOLESCENTE, AO ARGUMENTO DE QUE ESTE POR SER PORTADOR DE ENFERMIDADE MENTAL NÃO SERÁ BEM ATENDIDO PELA AGRAVADA. PARECER PSICOLÓGICO FAVORÁVEL AO DIREITO DE VISITAÇÃO. PRERROGATIVA TANTO DA AVÓ COMO DO PRÓPRIO NETO. DESDOBRAMENTO DO DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR CONSAGRADO CONSTITUCIONALMENTE. ASSEGURAMENTO DO MELHOR INTERESSE DO ADOLESCENTE. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. A ordem constitucional consagra a prioridade do interesse da criança e do adolescente, devendo suas necessidades receber em todo o cuidado e a atenção. O menor de idade é cidadão, sujeito de direitos, devendo estes serem respeitados. **O atual paradigma familiar segue os princípios da afetividade e da solidariedade, o que deve sempre ser observado.** Os avós são parte da família do menor de idade, de modo que têm direito à sua visita, caso tal seja do melhor interesse do infante. (TJ-SC - AG: 20120761404 SC 2012.076140-4 (Acórdão), Relator: Ronei Danielli, Data de Julgamento: 17/07/2013, Sexta Câmara de Direito Civil Julgado) (grifo nosso)

Entretanto, há quem discorde da presença jurídica do princípio da afetividade nas relações de família, como Antonio Jorge Pereira Júnior (*in* BONAVIDES; MIRANDA; AGRA, 2009, p. 2375), em Comentários à Constituição Federal de 1988, ao dissertar sobre o artigo 226 da Carta Magna, afirma:

Convém notar, ainda, que em momento algum as normas constitucionais e infraconstitucionais referidas às modalidades familiares apresentam a afeição, fator subjetivo, como elemento fundamental da relação, ainda que a afeição seja, evidentemente, elemento de aproximação humana, e costume estar presente na relação. A afeição, portanto, desde a perspectiva do direito, não é elemento do suporte fático das entidades familiares.

O que entendemos é que a afetividade de uma pessoa e os seus relacionamentos constituem a sua dignidade, que por sua vez, está albergada pela Constituição Federal de 1988, e é o centro do Direito Civil-Constitucional atualmente. O princípio da dignidade da pessoa humana é o fundamento do princípio da afetividade, sendo aquele constitucionalmente

expresso e este considerado apenas em âmbito doutrinário e jurisprudencial. Maria Celina Bodin de Moraes (2010, p. 84):

Este é, seguramente, o aspecto mais visível da mencionada transmutação. Deve-se, no entanto, e isto é imprescindível, explorar mais detalhadamente a dimensão atribuída, no ordenamento jurídico vigente, ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, porque tal parece ser o único capaz, na atualidade, de conferir a unidade axiológica e a lógica sistemática necessárias à recriação dos institutos jurídicos e das categorias do direito civil.

Por todo exposto, denota-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é o centro do Direito Civil-Constitucional e das relações familiares, das quais possuem, muitas vezes, a característica *afectio*. Porém, esta característica existe no plano fático, ao passo que no plano jurídico, vem sendo introduzida pela doutrina e jurisprudência, desde que não contrarie dispositivos constitucionais. A afetividade em si, não está explicitada na Constituição Federal, é apenas uma interpretação da dignidade da pessoa humana, não podendo ser considerada de forma a afrontar norma explícita constitucional.

Alguns autores mencionam a multiplicidade das famílias ou o pluralismo familiar como sendo um princípio jurídico e, ainda mais, como de origem constitucional, com argumentação similar àquela dada à afetividade. Afirmam que tal princípio teria esteio no próprio artigo 226 da Constituição Federal, ao dar proteção especial à família, chamando-a de base da sociedade. Neste sentido, Farias e Rosenvald (2010, p. 42) apresentam o princípio da pluralidade das entidades familiares:

De fato, o legislador constituinte apenas normatizou o que já representava a realidade de milhares de famílias brasileiras, reconhecendo que a família é um fato natural e o casamento uma solenidade, uma convenção social, adaptando, assim, o Direito aos anseios e às necessidades da sociedade. Assim, passou a receber a proteção estatal, como reza o artigo 226 da Constituição Federal, não somente a família originada através do casamento, bem como qualquer outra manifestação afetiva, como a união estável e a família monoparental [...]. Dessa maneira, a família deve ser notada de forma ampla, independentemente do modelo adotado. Seja qual for a forma, decorrerá especial proteção do Poder Público [...].

Data vênia, é certo que nem implicitamente a Constituição Federal de 1988 trouxe o pluralismo familiar como princípio. Ao invés disso, classificou espécies claras de famílias – matrimonial, informal e monoparental – e concedeu tutela especial – no sentido antônimo de

geral – às entidades familiares. Não há na Constituição qualquer menção ou obrigação de se constituírem novos modelos de família, por isso, resta ao legislador infraconstitucional reconhecer novas entidades familiares, como é o caso do ECA, que traz a família extensa e substituta.

Vale salientar ainda que se todo relacionamento afetivo existente for reconhecido legalmente como entidade familiar, perde-se o sentido da proteção especial dada à família, passando a ser dada proteção geral. Ora, o caráter de especialidade está justamente naquilo que não é genérico. Por isso, exige-se cautela do legislador ao considerar novos tipos familiares.

Esse é o grande risco do princípio da afetividade: reconhecer-se todo e qualquer relacionamento afetivo humano como se família fosse, banalizando tal instituto e transmutando a tutela especial fornecida pelo Estado – que é uma conquista social – em tutela geral. Em Comentários à Constituição Federal de 1988, Antonio Jorge Pereira Júnior (*in* BONAVIDES; MIRANDA; AGRA, 2009, p. 2374, grifo do autor) analisando o artigo 226 do Diploma Maior, salienta:

Isso não significa que outras categorias de convivência não possam ser, desde a perspectiva do direito, concebidas e/ou tuteladas juridicamente. Significa apenas que a *especial proteção* é exclusiva das situações de *especial interesse* da sociedade civil. Não se deve vislumbrar preconceito, portanto, na eleição dos constituintes, mas sim uma diferenciação positiva para estender a tutela especial do Estado. Querer estender os benefícios a outros arranjos de vida pessoal seria perder a dimensão histórica, antropológica e ética acerca do que seja base da sociedade civil.

Portanto, é demasiadamente perigoso admitir-se o princípio da pluralidade das famílias como sendo amparado pela Constituição Federal como norma implícita, quando esta sequer menciona a afetividade – a qual traz discussão própria – como sendo fundamento dos institutos familiares, incluindo o casamento. Aqui, citamos o mesmo autor Antonio Jorge Pereira Júnior (*in* DIAS; BASTOS; MORAES, 2010, p. 72), em artigo seu publicado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), quando pondera:

Uma última consideração antes de concluirmos. Será que o Direito considera o afeto, elemento subjetivo, como elemento-cerne das relações jurídico familiares? Não. Para o pasmo de muitos, o direito considera o compromisso de formar uma família e a assunção de deveres, ou seja, o amor.

Ora, não se pode dizer que haja uma preocupação expressa da Constituição em tutelar a afetividade, porquanto que esta não menciona tal potencialidade humana ao tratar de institutos como o casamento e a própria união estável. Nem tampouco ao trata-se de filiação, não se exige prova de amor de uma mãe ao registrar criança como filho seu (PEREIRA JÚNIOR, *in* DIAS; BASTOS; MORAES, 2010, p. 73).

A afetividade é oriunda da hermenêutica civil-constitucional realizada pelos juristas e doutrinadores, e logo, não é norma fundamental inquestionável, permitindo contestações. O fundamental é a existência digna da pessoa humana, incluindo sua dimensão amorosa, mas sem a fluidez da afetividade desordenada, que trará apenas confusão patrimonial e lides jurídicas a mais, para um sistema jurisdicional já sobrecarregado como é o brasileiro.

Há menção legal à afetividade na lei 11.340/2006 (grifo nosso), ou Lei Maria da Penha, que traz expressamente o afeto:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, **por afinidade ou por vontade expressa;**

III - **em qualquer relação íntima de afeto**, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo **independem de orientação sexual.**

A referida lei inovou inclusive por mencionar a independência de orientação sexual para que se configure a agressão doméstica e familiar. Trata-se de uma inovação legal efetiva. Porém, há críticas sobre a sua aplicabilidade ao Direito de Família, tendo em vista que a lei não se propõe a definir família, sendo uma lei penal.

4 O Poliamor

Outro tema atual dentro da dimensão das relações afetivas familiares é efeito do princípio da afetividade. Trata-se do Poliamorismo: realidade em que alguns indivíduos se apaixonam por mais de uma pessoa ao mesmo tempo, e com elas querem constituir família. Cabem diversos exemplos: casamentos triplos, uniões estáveis entre mais de duas pessoas ao mesmo tempo, famílias paralelas (sem que nenhum indivíduo esteja em situação de engano), dentre outros.

Definindo o poliamorismo, Pablo Stolze Gagliano (*in* DIAS; BASTOS; MORAES, 2012, p. 444) afirma: “O poliamorismo ou poliamor, teoria psicológica que começa a descortinar-se para o Direito, admite a possibilidade de co-existirem duas ou mais relações afetivas paralelas, em que os seus partícipes conhecem e aceitam uns aos outros, em uma relação múltipla e aberta”.

O reconhecimento jurídico do poliamor pressupõe que anteriormente o ordenamento pátrio aceitou a união paralela como entidade familiar, e por conseguinte a poligamia. Aqui, o casamento e a união estável seguem os deveres de fidelidade e lealdade. E ainda, a segurança jurídica das relações, princípio constitucional, impede de forma clara a ascensão do poliamorismo, tendo em vista que um dos efeitos mais visíveis é a confusão patrimonial que causaria entre os envolvidos.

Ademais, o artigo 226 da Constituição Federal é claro ao dizer que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Ora, o poliamorismo é o fenômeno humano que se reconhecido juridicamente transforma a proteção *especial* dada à família, constante na Constituição Federal do Brasil, em tutela *geral*. Por isso, na atual ordem jurídica brasileira, impossível é reconhecer-se a situação do poliamor. Nesse sentido, importante é o comentário de Regina Beatriz Tavares da Silva (2013, *online*) acerca da VI Jornada de Direito Civil, realizada pelo Conselho da Justiça Federal:

Prevaleceram na VI Jornada de Direito Civil os conceitos consagrados em nosso direito de que a família brasileira está sujeita às normas legais e o ordenamento jurídico deve colocar limites no comportamento das pessoas também no âmbito das relações familiares. [...] Na VI Jornada de Direito Civil, ocorrida entre os dias 11 e 12 de março deste ano, ficou evidenciada a rejeição quanto às ideias de institucionalização da poligamia. Foram rejeitadas todas as propostas de atribuição de efeitos de direito de família às uniões paralelas ou simultâneas, ou seja, às uniões que uma pessoa casada ou que viva em união estável mantém concomitantemente com o seu

amante ou a sua amante. Argumentos supostamente baseados em amor, como se a família brasileira não estivesse sujeita a normas legais, como se o ordenamento jurídico não devesse colocar limites no comportamento humano, como se a autonomia fosse absoluta nas relações familiares, foram superados pelos fundamentos efetivamente jurídicos, com o indispensável bom senso, na VI Jornada de Direito Civil.

Entretanto, em 2012 houve o registro de uma união poliafetiva no Estado de São Paulo, a qual teve grande repercussão na mídia, e que Regina Beatriz Tavares da Silva (2013, *online*) teve acesso ao texto dessa escrito, transcrito a seguir:

‘Os declarantes, diante da lacuna legal no reconhecimento desse modelo de união afetiva múltipla e simultânea, intentam estabelecer as regras para garantia de seus direitos e deveres, pretendendo vê-las reconhecidas e respeitadas social, econômica e juridicamente, em caso de questionamentos ou litígios surgidos entre si ou com terceiros, tendo por base os princípios constitucionais da liberdade, dignidade e igualdade.’

A Constituição e o Código Civil vigente são expressos em seus dispositivos (art. 226 da CF; arts. 1514 e 1723 do CCB) ao estabelecer que o casamento e a união estável se dão entre homem e mulher, apenas. Considerando o novo entendimento do STF (na ADI 4277 e ADPF 132), isso se dá também entre pares homoafetivos, mas mantém os deveres de fidelidade e lealdade, mesmo entre as uniões homossexuais. O nosso ordenamento não tolera a infidelidade, salvo casos de casamento e união putativas. Como poderia suportar o poliamor? Nesse sentido, ainda discursa a professora Regina Beatriz Tavares da Silva (2013, *online*) grande nome da atualidade do Direito de Família:

Inicialmente deve ser esclarecida a sedução que reside na utilização de expressões como poliamor ou poliafeto. Trata-se de expressões enganosas, porque amor ou afeto é um sentimento, sendo essa expressão sensibilizadora. Não se nega o agradável sentimento que decorre da expressão afeto. Contudo, a expressão poliafeto é um engodo, um "estelionato jurídico", na medida em que, por meio de sua utilização, procura-se institucionalizar ou validar relacionamentos com pluralismo ou formação poligâmica. Logo, a única expressão aplicável ao caso é poligamia, termo de origem grega que significa "muitos casamentos". Já que à união estável é atribuído o status de entidade familiar pela Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 226, § 3º, poligamia tem o significado também de muitas uniões estáveis. No Brasil, o casamento e a união estável são institutos calcados na monogamia, em que o homem ou a mulher se une a apenas uma pessoa, sendo esta a expressão dos costumes pátrios,

conforme manifestamente reconhecido pela sociedade brasileira. A relação concomitante ao casamento ou à união estável é denominada concubinato, a teor do disposto no art. 1.727 4 do Código Civil brasileiro, e não recebe proteção do Estado, na medida em que não constituem entidades familiares, conforme nossa Constituição Federal.

Em contraponto ao posicionamento elencado, temos Maria Berenice Dias (2013, p. 53-54), onde após elencar o mesmo exemplo da escritura poliafetiva lavrada em 2012 na cidade de Tupã – SP, defende o reconhecimento dessa formação familiar, asseverando:

Mas o fato é que ninguém duvida da existência desta espécie de relacionamento. Com certeza foi o IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família que evidenciou ser o afeto o elemento identificador da entidade familiar. Assim, passou-se a reconhecer que o conceito de entidade familiar não pode ser engessado no modelo sacralizado pelo matrimônio. Desse modo, há que se reconhecer como transparente e honesta a instrumentalização levada a efeito, que traz a livre manifestação de vontade de todos, quanto aos efeitos da relação mantida a três. [...] Não havendo prejuízo a ninguém, de todo descabido é negar o direito de viver a quem descobriu que em seu coração cabe mais de um amor.

Entretanto, ainda que exista a realidade fática do poliamor, o Direito ainda não a alcançou. E caso uma lei ou decisão venha a declarar a sua existência, urgirá a sua declaração de inconstitucionalidade. Pois, nem como norma implícita, pode-se extrair do texto constitucional qualquer tendência ao poliamor, ao contrário, protege-se a monogamia, a moral, a ordem social, os deveres conjugais de respeito, fidelidade e lealdade e, por fim, dar-se tutela especial à família, e não geral.

5 CONCLUSÃO

A análise do princípio da afetividade no ordenamento jurídico brasileiro deve ser realizada sob a ótica do Direito Civil-Constitucional, pelo qual a Constituição Federal de 1988 é o centro do Direito Público e também do Direito Privado.

Com isso, observa-se que a afetividade não está expressa na Carta Magna vigente, sendo considerada norma implícita, por analogia ao princípio da dignidade da pessoa humana. Este sim está expresso na Constituição Federal.

O princípio da afetividade está presente em nosso ordenamento jurídico por outras fontes do Direito, tais como doutrina e jurisprudência, não tendo ainda alcançado o status constitucional.

A aplicação fática do princípio da afetividade como um fundamento jurídico traz benefícios, tais como o reconhecimento da paternidade socioafetiva e a sua valorização, mas também traz muitos riscos à segurança jurídica, como é o caso do princípio do pluralismo familiar e do poliamorismo, que pode gerar grandes confusões patrimoniais e excessos de lides na máquina judiciária.

O poliamor é uma realidade apenas fática, que não existe no mundo jurídico, pois não tem qualquer amparo constitucional, ao contrário, viola dispositivos constitucionais como a segurança jurídica e a própria tutela especial que é dada à família pelo artigo 226 da Constituição Federal.

Assim, entende-se pela existência – ainda que com ressalvas quanto à sua aplicabilidade e a manutenção da ordem social e tutela especial do Estado à família – do princípio da afetividade, e pela inexistência jurídica do princípio da pluralidade familiar, tendo em vista que são fundamentos diferentes e trazem efeitos jurídicos e sociais diversos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. **DOU** de 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 01 jun. 2014.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Legislação Federal. **DOU** de 08 de Agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 14 out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo: REsp 1401719 MG 2012/0022035-1. Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 08/10/2013. **Diário de Justiça** 15 out. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. AG 20120761404 SC 2012.076140-4. Sexta Câmara de Direito Civil. Relator: Ronei Danielli, Data de Julgamento: 17/07/2013.

CALDERÓN, Rodrigo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família** Rio de Janeiro: Renovar, 2013;

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSELVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Direitos da (o) amante – na teoria e na prática (Dos Tribunais). In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (Coord.). **Afeto e estruturas familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 439-452.

LÔBO, Paulo. **Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 5.

PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. Art. 226. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walter de Moura (Coord.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. ISBN 978=85-309-2923-7

PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. Da afetividade à efetividade do amor nas relações de família. In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (Coord.). **Afeto e estruturas familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 57-78.

ROUDINESCO, Elisabeth. **Família em Desordem**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **A família é preservada na VI Jornada de direito civil**. Disponível em: <<http://www.reginabeatriz.com.br/academico/artigos/artigo.aspx?id=359>>. Acesso em: 01 jun. 2014.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Tentativa inútil de institucionalizar a poligamia no Brasil**. Disponível em: <<http://www.reginabeatriz.com.br/academico/artigos/artigo.aspx?id=340>>. Acesso em: 01 jun. 2014.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil**. 6. ed. São Paulo: Método, 2011.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.