



ENTENDIMENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL DA AFETIVIDADE NO DIREITO DAS FAMÍLIAS E SUCESSÕES: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Iara Pereira Ribeiro*
Marcella Cordeiro Ferraz de Araujo**

RESUMO:

A afetividade não tem previsão expressa na legislação brasileira, mas é mencionada pela doutrina e jurisprudência como elemento essencial para a evolução do Direito das Famílias e Sucessões. O artigo verifica a utilização da afetividade como fundamento de decisões do STF para delimitar parâmetros de seu reconhecimento jurídico. A partir de análise dos votos proferidos na ADI 4.277, no RE 898.060 e no RE 878.694, que trataram respectivamente sobre união estável homoafetiva, multiparentalidade e tratamento sucessório da união estável, realizou-se pesquisa documental e exploratória, a partir da qual foi possível identificar a real aplicabilidade da afetividade na jurisprudência do STF.

PALAVRAS-CHAVE: Afetividade; Direito das Famílias e Sucessões; Hermenêutica; Supremo Tribunal Federal; Entidade familiar.

CONSTITUTIONAL LEGAL UNDERSTANDING OF AFFECTIVITY IN FAMILY AND SUCCESSION LAW: ANALYSIS OF JURISPRUDENCE OF THE SUPREME FEDERAL COURT

ABSTRACT:

Affectivity isn't explicit in Brazilian legal system, but it's mentioned by doctrine and jurisprudence as one of the main elements for the evolution of Family and Succession Law. This article analyzes the use of affectivity as basis for decisions from STF, in order to delimit parameters for its legal recognition. Based on the analysis of the votes pronounced in ADI 4.277, RE 898.060 and RE 878.694, that discussed about homoaffective stable union, multiparenting and succession treatment of stable union, a documentary and exploratory research was developed, from which it was possible to identify the applicability of affectivity in STF's jurisprudence.

KEYWORDS: Affectivity; Family and Succession Law; Hermeneutics; Federal Court of Justice; Family entity.

INTRODUÇÃO

* Professora Doutora em Direito Civil da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP). Líder do Metamorfose: Grupo de Estudo e Pesquisa em Direito e Literatura da FDRP/USP. iararibeiro@usp.br.

** Mestranda em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Integrante do Metamorfose: Grupo de Estudo e Pesquisa em Direito e Literatura da FDRP/USP. marcellacfaraujo@usp.br.





A proteção estatal das famílias é imprescindível para o desenvolvimento da personalidade da pessoa humana – e, embora seja uma das instituições mais antigas da civilização, a entidade familiar está em constante evolução, fazendo com que o Direito tenha que acompanhar suas demandas e transformações. A legislação brasileira, apesar das inúmeras modificações e dos grandes avanços que tem alcançado para a proteção das diversas formas de família, não prevê todas as suas formações possíveis.

Em razão disso, os tribunais superiores frequentemente se deparam com julgamentos complexos, que questionam a constitucionalidade de dispositivos legais que regulamentam as famílias, ou a sua adequação à realidade e às necessidades sociais. E aquilo que costumava se basear em formalidades e questões patrimoniais, atualmente se fundamenta em algo bem mais subjetivo e complexo: a afetividade.

É em nome da afetividade que a adoção foi equiparada à filiação biológica, que a união estável recebeu status constitucional equiparado ao casamento e que se ampliou o rol constitucional de entidades familiares para além da união conjugal. Entretanto, é também em nome da afetividade que se exige o reconhecimento da união estável homoafetiva, que se demanda a cumulação de paternidades biológicas e socioafetivas, e que se requer – e se questiona – a equiparação de tratamentos sucessórios entre união estável e casamento.

Todas essas questões foram objeto de julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF) nos últimos anos – respectivamente, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 e nos Recursos Extraordinários nº 898.060 e nº 878.694 – e, em todos eles, a afetividade foi elemento central na fundamentação dos ministros. A afetividade é empregada nas mais recentes terminologias do Direito das Famílias – homoafetividade, paternidade afetiva, poliafetividade –, é exaltada por grande parte da doutrina e está presente nas mais relevantes decisões judiciais relacionadas à instituição familiar.

Mas, afinal, o que é a afetividade? No STF, já foi mencionada como valor, princípio ou ambas as coisas, como direito individual e como objeto de proteção estatal, como fundamento da entidade familiar e como fonte de união estável.

Sem buscar, por ora, esboçar uma conceituação para esse termo, o que se pretende neste artigo é identificar o uso do princípio da afetividade no Supremo Tribunal Federal, a partir da análise de julgamentos que estabeleceram paradigmas no campo do Direito das Famílias e Sucessões.

Por meio de pesquisa exploratória, partindo de método documental – contextualizando-o com a revisão bibliográfica – pretende-se extrair dos acórdãos da ADI



4.277, do RE 898.060 e do RE 878.694 os contextos e as razões pelas quais a afetividade foi mencionada, a fim de se compreender o entendimento da jurisprudência do Supremo a respeito dessa temática.

Afinal, se a afetividade tem sido mencionada como o principal elemento para a evolução do Direito das Famílias e Sucessões, e na ausência de previsão legal a seu respeito, é preciso que se compreenda a sua real extensão e aplicabilidade, evitando-se o uso vazio do termo. Nesse contexto, acredita-se que a análise das menções à afetividade no contexto da jurisprudência superior permitirá que sejam traçados alguns parâmetros para a compreensão desse termo tão relevante quanto complexo.

1. A AFETIVIDADE E A UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA: ANÁLISE DO ACÓRDÃO DA ADI Nº 4.277

O julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 foi o primeiro grande marco para o uso da afetividade como critério decisório em processos voltados ao Direito das Famílias no Supremo Tribunal Federal. Isso pode ser observado pela terminologia utilizada para se mencionar o relacionamento amoroso entre pessoas do mesmo gênero – que, na decisão da ADI nº 4.277, foi predominantemente marcada pelo uso do substantivo “homoafetividade”, em detrimento dos termos “homossexualidade” ou “homossexualismo”, bastante comuns à época da prolação da decisão.

O ministro Ayres Britto menciona, inclusive, que o termo “homoafetividade” foi utilizado pela primeira vez por Maria Berenice Dias (2000, apud BRASIL, 2011, p. 629) – quando sequer havia sido inscrito em dicionários da língua portuguesa, o que só veio a ocorrer anos depois, com a constante propagação do termo pela autora e por outros membros da comunidade jurídica.

A criadora do neologismo menciona a relevância e as razões para essa escolha terminológica, afirmando que:

Há palavras que carregam o estigma do preconceito. Assim, o afeto a pessoa do mesmo sexo chamava-se “homossexualismo”. Reconhecida a inconveniência do sufixo “ismo”, que está ligado a doença, passou-se a falar em “homossexualidade”, que sinaliza um determinado jeito de ser. Tal mudança, no entanto, não foi suficiente para pôr fim ao repúdio social ao amor entre iguais.

(...)

Claro que uma palavra não vai acabar com o preconceito ou eliminar a discriminação, mas o importante é o reconhecimento de que as uniões dos homossexuais são vínculos afetivos e, por isso, merecem ser inseridas no Direito das



Famílias, cujo âmbito de abrangência é a identificação de um elo de afetividade (DIAS, 2010).

O acórdão da ADI nº 4.277, no mesmo sentido da doutrina especializada, entendeu que a terminologia, de fato, era mais apropriada do que os vocábulos sinônimos, utilizando-a reiteradamente “(...) para identificar o vínculo de afeto e solidariedade entre os pares ou parceiros do mesmo sexo” (BRASIL, 2011, p. 629). Nesse sentido, todos os ministros do STF aderiram ao seu uso, tanto nos próprios votos, quanto nas discussões e na ementa – na qual se firmou a expressão “união homoafetiva” como padrão, que passou a ser reproduzido para além da comunidade jurídica.

O ministro relator do processo, Ayres Britto, faz referência ao verbete

(...) para dar conta, ora do enlace por amor, por afeto, por intenso carinho entre pessoas do mesmo sexo, ora da união erótica ou por atração física entre esses mesmos pares de seres humanos. União, aclare-se, com perdurabilidade o bastante para a constituição de um novo núcleo doméstico, tão socialmente ostensivo na sua existência quanto vocacionado para a expansão de suas fronteiras temporais. Logo, vínculo de caráter privado, mas sem o viés do propósito empresarial, econômico, ou, por qualquer forma, patrimonial, pois não se trata de u'a mera sociedade de fato ou interesseira parceria mercantil. Trata-se, isto sim, de uma união essencialmente afetiva ou amorosa, a implicar um voluntário navegar emparceirado por um rio sem margens fixas e sem outra embocadura que não seja a confiante entrega de um coração aberto a outro (BRASIL, 2011, p. 630).

Nota-se, portanto, que o julgador declara inadequada a inclusão das uniões homoafetivas no campo de sociedades de cunho empresarial, apenas por não integrarem o conceito tradicional de família – justamente em razão da afetividade que as qualifica. O ministro Cezar Peluso, em seu voto, corrobora essa ideia, ao defender que “essas uniões, ou essas associações, ou essas relações marcadas sobretudo por afetividade, evidentemente não podem ser submetidas às normas que regulam sociedades de ordem comercial ou de ordem econômica” (BRASIL, 2011, p. 875).

Nesse mesmo sentido, o ministro Marco Aurélio afirma que a sociedade de fato (...) reflete a realização de um empreendimento conjunto, mas de nota patrimonial, e não afetiva ou emocional” (BRASIL, 2011, p. 816) – ou seja, a exclusão das uniões homoafetivas do ramo familiar ignora seu caráter predominantemente afetivo, cujo propósito é o de “(...) compartilhamento de vida, e não de obtenção de lucro ou de qualquer outra atividade negocial” (BRASIL, 2011, p. 817).

A partir desse entendimento, o ministro Ayres Britto inicia a construção de uma argumentação que considera a afetividade como elemento constitutivo da entidade familiar, mencionando-se, por exemplo, “(...) que o século XXI já se marca pela preponderância da



afetividade sobre a biologicidade” (BRASIL, 2011, p. 638), e “(...) que a família é, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se, no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada” (BRASIL, 2011, p. 646).

O voto do ministro Luiz Fux, nesse mesmo sentido, aponta que o conceito de família abarcado pelo artigo 226 da Constituição Federal “(...) pressupõe a existência de relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os membros, bem como a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum e a identidade de uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade” (BRASIL, 2011, p. 660).

Em razão disso, o ministro reconhece que não há óbice para o enquadramento das uniões homoafetivas no conceito familiar, já que atende a todos os requisitos que lhe são exigíveis. Aliás, são justamente esses os requisitos mencionados pelo artigo 1.723 do Código Civil – objeto da ação declaratória de inconstitucionalidade, com a intenção de estender seu escopo para casais homoafetivos – para a formação de união estável, “(...) configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (BRASIL, 2002, art. 1.723).

O ministro Luiz Fux também faz a seguinte constatação sobre a identificação de um grupo de pessoas enquanto família:

O que faz uma família é, sobretudo, o amor – não a mera afeição entre os indivíduos, mas o verdadeiro amor familiar, que estabelece relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os integrantes do grupo. O que faz uma família é a comunhão, a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum. O que faz uma família é a identidade, a certeza de seus integrantes quanto à existência de um vínculo inquebrantável que os une e que os identifica uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade. Presentes esses três requisitos, tem-se uma família, incidindo, com isso, a respectiva proteção constitucional (BRASIL, 2011, p. 671).

É interessante destacar que, nesse trecho, o ministro parece vislumbrar uma distinção entre a “mera afeição” e o estabelecimento de “relações de afeto” – o que não se verifica com frequência nos estudos sobre a afetividade no Direito das Famílias, que, constantemente, tratam ambos os termos como sinônimos. Essa observação é um exemplo das controvérsias ainda existentes a respeito da definição dos termos “afeição”, “afeto” e “afetividade” na doutrina e na jurisprudência.

Sérgio Resende de Barros (2002, p. 8), por exemplo, emprega igual valor aos conceitos de “afeição” e “afeto”, destacando que,

na realidade, o que identifica a família é um afeto especial, com o qual se constitui a diferença específica que define a entidade familiar. É o sentimento entre duas ou



mais pessoas que se afeiçoam pelo convívio diuturno, em virtude de uma origem comum ou em razão de um destino comum, que conjuga suas vidas tão intimamente, que as torna cônjuges quanto aos meios e aos fins de sua afeição, até mesmo gerando efeitos patrimoniais, seja de patrimônio moral, seja de patrimônio econômico.

Águida Arruda Barbosa (2007, p. 56), por sua vez, afirma que, etimologicamente, a palavra afeto pode ser concebida como sinônimo de afeição, ao passo que, “(...) no sentido psicológico, afeto é o elemento básico da afetividade: o conjunto de fenômenos psíquicos que se manifestam sob a forma de emoções, sentimentos e paixões”.

Maria Berenice Dias (2016, p. 58), ao detalhar o princípio da afetividade, também inter-relaciona os termos em discussão, nos seguintes termos:

O termo *affectio societatis*, muito utilizado no direito empresarial, também pode ser utilizado no direito das famílias, como forma de expor a ideia da afeição entre duas pessoas para formar uma nova sociedade: a família. O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Também tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família.

De qualquer forma, seja por afeto, afeição, ou afetividade, Luiz Fux ressalta que os casais homoafetivos não podem ser excluídos do conceito de família – reconhecendo que as uniões homoafetivas são constituídas por amor familiar (sob a perspectiva de afeto, assistência e suporte recíproco), comunhão e intimidade, nos mesmos termos em que as uniões heteroafetivas, merecendo, portanto, idêntica proteção constitucional. Aliás, de acordo com o ministro, os únicos elementos capazes de afastar a figura da união estável heteroafetiva da união homoafetiva são o preconceito e a intolerância – os quais a Constituição rechaça desde o seu preâmbulo (BRASIL, 2011, p. 672).

A ministra Cármen Lúcia, em seu voto, também menciona que o texto constitucional repudia qualquer forma de discriminação – e que, com base nisso, é inadmissível a existência de norma jurídica que fomente distinções preconceituosas entre casais hetero e homoafetivos. (BRASIL, 2011, p. 700-701).

Com fundamento no princípio da igualdade, a ministra afirma que os que convivem em contexto de homoafetividade não podem ser desiguais em sua cidadania – direito fundamental previsto no artigo 1º, III da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Nesse contexto, aponta que “seria de se indagar se qualquer forma de preconceito poderia acanhar a cidadania de quem, por razões de afeto e opções de vida segundo o sentir, resolvesse adotar modo de convivência estável com outrem que não o figurino tido como ‘o comum’” (BRASIL, 2011, p. 701-702).



O ministro Ricardo Lewandowski, por sua vez, destaca que a união homoafetiva é um fato na sociedade, que não pode ser ignorado pelo Direito, sendo exigível a devida proteção estatal em relação aos direitos e obrigações provenientes desses relacionamentos. Nesse sentido, afirma que

Com efeito, a ninguém é dado ignorar – ousar dizer - que estão surgindo, entre nós e em diversos países do mundo, ao lado da tradicional família patriarcal, de base patrimonial e constituída, predominantemente, para os fins de procriação, outras formas de convivência familiar, fundadas no afeto, e nas quais se valoriza, de forma particular, a busca da felicidade, o bem estar, o respeito e o desenvolvimento pessoal de seus integrantes (BRASIL, 2011, p. 717).

Igual entendimento é adotado pelo ministro Gilmar Mendes, que, em seu voto, afirma que é inquestionável “ser um fato da vida a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo no Brasil e no mundo, pautadas por laços de afetividade, convivência comum e duradoura, à semelhança de outros tipos de união expressamente referidas em nossa Constituição como entidades familiares” (BRASIL, 2011, p. 768).

O ministro Joaquim Barbosa defende que a ausência de tratamento específico da matéria pela Constituição de 1988 não significa que as uniões homoafetivas estejam em desacordo com o texto constitucional – na verdade, o ministro entende que o constituinte de 1988 não teve a intenção de “manter em ostracismo, numa espécie de limbo jurídico, juridicamente banidas, as escolhas afetivas feitas por um número apreciável de cidadãos, com as conseqüências jurídicas e materiais daí decorrente” (BRASIL, 2011, p. 724).

Relacionando a proteção dos direitos homoafetivos com a defesa da dignidade humana, Joaquim Barbosa cita o professor Daniel Sarmiento (2008, apud BRASIL, 2011, p. 725), que afirma:

O não-reconhecimento [da união homoafetiva] encerra também um significado muito claro: ele simboliza a posição do Estado de que a afetividade dos homossexuais não tem valor e não merece respeito social. Aqui reside a violação do direito ao reconhecimento que é uma dimensão essencial do princípio da dignidade da pessoa humana. Isso porque, como ser social, que vive inserido numa cultura, em relação permanente com outros indivíduos, a pessoa humana necessita do reconhecimento do seu valor para que possa desenvolver livremente a sua personalidade.

Nota-se, portanto, que o ministro entende o exercício da afetividade como valor imprescindível para o exercício da liberdade, para a vedação da discriminação e, conseqüentemente, para a garantia da dignidade dos indivíduos homossexuais. Sendo assim, estaria a afetividade atrelada a esses elementos previstos no arcabouço axiológico da Constituição, assumindo caráter de valor implícito no texto constitucional.



O ministro Gilmar Mendes adota essa mesma linha de entendimento, afirmando o seguinte:

A orientação sexual e afetiva deve ser considerada como o exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, a qual deve ser protegida, livre de preconceito ou de qualquer outra forma de discriminação – como a que poderia se configurar por meio da impossibilidade de reconhecimento da manifestação de vontade de pessoas do mesmo sexo em se unir por laços de afetividade, convivência comum e duradoura, bem como de possíveis efeitos jurídicos daí decorrentes (BRASIL, 2011, p. 779-780).

O voto do Ministro Marco Aurélio, da mesma forma, expressa que “(...) o reconhecimento da entidade familiar depende apenas da opção livre e responsável de constituição de vida comum para promover a dignidade dos partícipes, regida pelo afeto existente entre eles (...)” (BRASIL, 2011, p. 815) – identificando, portanto, o afeto como elemento integrante da dignidade das pessoas homossexuais.

Esse seria, portanto, o retrato da mudança do Direito de Família brasileiro – que, ao eleger “(...) o amor, o carinho e a afetividade entre os membros como elementos centrais de caracterização da entidade familiar” (BRASIL, 2011, p. 815), passa a reconhecer como familiares não apenas as uniões provenientes do casamento.

Também vislumbra o afeto como “valor jurídico impregnado de natureza constitucional” (BRASIL, 2011, p. 861) o ministro Celso de Mello, ao destacar o entendimento de Paulo Roberto Iotti Vechchiatti (2008 apud BRASIL, 2011, p. 864), que afirma:

(...) partir do momento em que a Constituição Federal reconheceu o amor como o principal elemento formador da entidade familiar não-matrimonializada, alçou a afetividade amorosa à condição de princípio constitucional implícito, que pode ser extraído em função do art. 5.º, § 2.º, da CF/1988, que permite o reconhecimento de princípios implícitos por decorrentes dos demais princípios e do sistema constitucional (além dos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil faça parte).

(...) Assim, “o princípio do afeto é um princípio constitucional implícito, decorrente da dignidade da pessoa humana e, ainda, da própria união estável”, que tem, nele, o principal elemento para reconhecimento do “status” jurídico-familiar de uniões não-matrimonializadas.

A partir desses trechos, pode-se depreender que o ministro Celso de Mello compreende afetividade como sinônimo de afeto e valor jurídico como sinônimo de princípio – notando-se, assim, alguma divergência conceitual entre os juristas. Afinal, os ministros Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes mencionam ser a afetividade um valor atrelado à liberdade, não discriminação e dignidade, ao passo que Marco Aurélio a compreende enquanto atributo da dignidade da pessoa humana, e Celso de Mello a enxerga como princípio constitucional autônomo, implícito no texto constitucional.



Diante disso, a análise do acórdão da ADI 4.277 permite a identificação da afetividade em diferentes contextos, sendo utilizada como fundamento para a distinção entre uniões homoafetivas e sociedades empresariais, como elemento integrante do conceito de família, como valor atrelado à dignidade humana, ao exercício da liberdade e à vedação à discriminação, e como princípio constitucional implícito.

2. A AFETIVIDADE E A MULTIPARENTALIDADE: ANÁLISE DO ACÓRDÃO DO RE Nº 898.060

Em 2016, o Supremo Tribunal Federal deparou-se com mais um julgamento de grande impacto social atrelado ao Direito das Famílias. Trata-se do Recurso Extraordinário 898.060, que buscava solucionar os conflitos relacionados à paternidade biológica e socioafetiva, devendo julgar a possibilidade de reconhecimento da multiparentalidade.

A princípio, deve-se esclarecer que, de fato, esse direito foi garantido – em grande parte, com fundamento na afetividade –, havendo a fixação de tese jurídica nos seguintes termos: “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios” (BRASIL, 2016, p. 4).

De imediato, é possível perceber que o termo “paternidade socioafetiva” não é utilizado por acaso. Assim como na expressão “união homoafetiva”, a menção direta ao afeto na terminologia que identifica a entidade familiar em busca de reconhecimento jurídico indica que esse é um elemento essencial à construção de tais vínculos.

A ementa do RE 898.060 aponta que a invocação da dignidade humana e a busca da felicidade nas instituições familiares são parte da transformação sofrida nos últimos anos pelo Direito da Família e das Sucessões. A decisão menciona que o Código Civil de 1916 centralizava a família no casamento – e, portanto, a paternidade estava presumivelmente alinhada a esse instituto, ignorando tanto os vínculos biológicos quanto os afetivos.

Com a constitucionalização das famílias, os vínculos parentais passaram a ser observados sob outro prisma, com alta carga principiológica, em superação às previsões expressas na legislação cível. Nesse contexto, tendo em vista a liberdade assegurada aos indivíduos para o estabelecimento de vínculos familiares, os ministros relatam que “(...) a eleição individual dos próprios objetivos de vida tem preferência absoluta em relação a



eventuais formulações legais definidoras de modelos preconcebidos, destinados a resultados eleitos a priori pelo legislador” (BRASIL, 2016, p. 2).

A construção dessas relações familiares para além dos modelos previstos legalmente, de acordo com a ementa, tem como princípio norteador a dignidade da pessoa humana, e como elemento integrante a afetividade entre os membros do grupo familiar (BRASIL, 2016, p. 2).

Nessa linha de fundamentação, o STF afirma que os modelos familiares descritos pela Constituição Federal, que incluem o casamento, a união estável e a família monoparental, são meramente exemplificativos – afinal, o próprio Tribunal havia reconhecido, anos antes, o enquadramento das uniões estáveis homoafetivas no rol das entidades familiares juridicamente protegidas (BRASIL, 2016, p. 3).

Sendo assim, a ementa aponta que

A compreensão jurídica cosmopolita das famílias exige a ampliação da tutela normativa a todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber: (i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais, (ii) pela descendência biológica ou (iii) pela afetividade (BRASIL, 2016, p. 3).

A afetividade enquanto elemento formador de relações parentais não é grande novidade no Direito brasileiro. A ausência de hierarquia entre filhos biológicos e adotivos é fruto do reconhecimento do afeto como caminho para a parentalidade – bem como o reconhecimento da posse do estado de filho, que já era implementada pela doutrina e jurisprudência desde o Código Civil de 1916 (BRASIL, 2016, p. 3-4).

O grande questionamento, portanto, fixava-se na necessidade ou não de se desconstituir vínculo parental fundamentado na afetividade quando confrontado com a comprovação de outro vínculo fundamentado na biogenicidade. Ou seja, o Recurso Extraordinário buscava no STF o reconhecimento daquilo que a doutrina já denominava pluriparentalidade ou multiparentalidade.

De acordo com Maria Berenice Dias (2016, p. 656),

Para o reconhecimento da filiação pluriparental, basta flagrar a presença do vínculo de filiação com mais de duas pessoas. A pluriparentalidade é reconhecida sob o prisma da visão do filho, que passa a ter dois ou mais novos vínculos familiares. Coexistindo vínculos parentais afetivos e biológicos, mais do que apenas um direito, é uma obrigação constitucional reconhecê-los, na medida em que preserva direitos fundamentais de todos os envolvidos, sobretudo o direito à afetividade.

Ao confrontar-se com o tema, o Supremo Tribunal Federal deparou-se com duas teses contrárias à coexistência de vínculos parentais biológicos e afetivos – uma, proferida pelo ministro Edson Fachin, que buscava reconhecer a prevalência do vínculo socioafetivo,



afastando a paternidade biológica quando ambas estivessem em confronto, e outra, proferida pelo ministro Marco Aurélio que, em sentido oposto, reconhecia a prevalência da paternidade biológica em detrimento da afetiva (BRASIL, 2016, p. 6).

O entendimento de Marco Aurélio, aparentemente, está assentado no julgamento do caso concreto – no qual sujeito inscrito na Certidão de Nascimento de determinada pessoa acreditava ser seu pai biológico, provando-se posteriormente que não o era. Sendo assim, o ministro afirma:

Permaneço com a convicção de que pai é pai: é pai biológico, de início, a menos que se trate de adoção, quando se tem regência toda própria. Como no caso houve um erro quanto ao consignado no registro de nascimento da autora, o qual deve ser afastado, lançando-se o nome do pai biológico (BRASIL, 2016, p. 13-14).

Diante disso, pode-se inferir que, no entendimento do ministro Marco Aurélio, a possibilidade de a afetividade formar vínculo parental estaria atrelada ao procedimento de adoção, regendo-se pelas formalidades que lhe são próprias. O afeto, portanto, quando relacionado a um sentimento familiar ou à convivência habitual entre pessoas não ligadas por aspectos jurídicos e/ou biológicos, não seria elemento formador de relações parentais.

Este não foi, entretanto, o entendimento predominante no Tribunal – que, nas palavras do ministro Luiz Fux, reconheceu “a afetividade como um fato gerador de filiação” (BRASIL, 2016, p. 8). Essa concepção está, em grande parte, associada à ideia de paternidade responsável que, expressa no artigo 226, §7º da Constituição Federal, diz respeito à obrigatoriedade de os pais prestarem assistência material e moral a seus filhos (LÔBO, 2011, p. 311-312), e estende-se aos relacionamentos biológicos ou afetivos, “sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos” (BRASIL, 2016, p. 4).

Sendo assim, a ementa finaliza o processo argumentativo afirmando que

Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º) (BRASIL, 2016, p. 4).

A análise da ementa, do acórdão e das discussões travadas no STF no julgamento do RE 898.060, permite concluir que a afetividade foi compreendida, no contexto da pluriparentalidade, sobretudo como elemento possível para a formação de vínculo parental. Nesse contexto, foi admitida pela maioria ministros como elemento autônomo, associado ao



sentimento e à convivência familiar, e, para o ministro Marco Aurélio, como possibilidade atrelada ao procedimento de adoção.

Ademais, foi concebida pela maioria dos ministros como elemento hierarquicamente equivalente aos outros meios de manifestação da parentalidade – motivo pelo qual se definiu a tese que autoriza o reconhecimento concomitante de filiação afetiva e biológica –, discordando desse entendimento apenas o ministro Edson Fachin, que defendeu que, em caso de confronto entre as duas espécies de paternidade, deveria prevalecer a socioafetiva, e o ministro Marco Aurélio, que, em sentido oposto, defendeu a prevalência da biogenicidade nessas circunstâncias.

3. A AFETIVIDADE E O TRATAMENTO SUCESSÓRIO DA UNIÃO ESTÁVEL: ANÁLISE DO ACÓRDÃO DO RE Nº 878.694

Alguns meses após o julgamento da multiparentalidade, houve a publicação de novo acórdão em que o Supremo Tribunal Federal utilizava a afetividade como parâmetro decisório, referente ao Recurso Extraordinário nº 878.694 – que tratava da possibilidade de equiparação do tratamento sucessório entre casamento e união estável (BRASIL, 2017). Não por acaso, Flávio Tartuce (2016) referiu-se ao ano de 2016 como “o ano da afetividade na jurisprudência superior brasileira”, justamente em razão desses dois grandes casos envolvendo o Direito das Famílias no STF.

A primeira menção à afetividade no RE 878.694 é feita no voto do relator, Luís Roberto Barroso, em referência à evolução do direito brasileiro no reconhecimento de novos e distintos modelos familiares. Nesse contexto, o ministro afirma que, desde a segunda metade do século XX, “parcela significativa da população já integrava, de fato, núcleos familiares que, embora não constituídos pelo casamento, eram caracterizados pelo vínculo afetivo e pelo projeto de vida em comum” (BRASIL, 2017, p. 13) – dentre os quais destaca as uniões estáveis homo e heteroafetivas, bem como as famílias monoparentais, pluriparentais e anaparentais (BRASIL, 2017, p. 13).

O ministro menciona que a família – em todas as suas configurações – tem o caráter instrumental de promover a dignidade de seus membros, ao passo que o Estado tem o dever de “(...) garantir a possibilidade de autorrealização dos indivíduos, assegurando o ambiente e os meios propícios para que possam perseguir as suas próprias concepções de vida boa” (BRASIL, 2017, p. 15). Essa seria, de acordo com Barroso, a “justa medida” da intervenção



estatal em âmbito familiar (BRASIL, 2017, p. 15) – ou seja, o Estado não poderá se eximir de prestá-la e nem poderá atuar além desse ponto.

Em sua argumentação, o relator busca destacar a ausência de quaisquer regras hierárquicas entre os diferentes modelos familiares, demonstrando que tanto aquelas que seguem as formalidades exigidas pelo instituto do casamento, quanto as demais, que encontram seu fundamento “no amor, no afeto e na vontade de viver junto” (BRASIL, 2017, p. 15-16), merecem idêntica proteção estatal – ao menos no que diz respeito à garantia de dignidade. O afeto, nesse sentido, é utilizado como elemento integrante da relação familiar, que também pode ser fator decisivo para o enquadramento de um grupo de pessoas como entidade familiar.

Nesse contexto, o ministro afirma:

(...) se o Estado tem como principal meta a promoção de uma vida digna a todos os indivíduos, e se, para tanto, a família desempenha um papel essencial, é natural concluir que o dever estatal de proteção não pode se limitar às famílias constituídas pelo casamento, estendendo-se a outras entidades familiares igualmente formadas pelo afeto e pelo desejo de comunhão de vida, e igualmente capazes de contribuir para o desenvolvimento de seus integrantes. Daí poder-se concluir que a Constituição impede a discriminação entre indivíduos unicamente como resultado do tipo de entidade familiar que formam. Todos os indivíduos, sejam eles cônjuges ou companheiros, têm direito a igual proteção legal (BRASIL, 2011, p. 25).

Ademais, Barroso destaca que a diferenciação entre o regime sucessório do casamento e da união estável acaba por restringir a escolha mais apropriada a cada casal, que deixa de se basear em critérios pessoais e resgata a associação ultrapassada da entidade familiar a questões meramente patrimoniais. Com isso, o ministro entende que “pensar que a autonomia de vontade do indivíduo referente à decisão de casar ou não casar se resume à escolha do regime sucessório é amesquinhar o instituto e, de forma geral, a ideia de vínculos afetivos e de solidariedade” (BRASIL, 2017, p. 32).

O ministro Edson Fachin, por sua vez, aponta que o casamento e união estável se distinguem tão somente por sua origem, que poderá ser revestida ou não de formalidade – mas, em ambos os casos, o afeto e a entreatjada serão elementos intrínsecos às entidades familiares (BRASIL, 2017, p. 47). Destaca que “(...) a ordem constitucional, na disciplina da família, se pauta, pois, na realidade das relações de afeto e no valor da solidariedade” (BRASIL, 2017, p. 48) – e, em razão disso, não se admite qualquer forma de discriminação entre os diferentes modelos familiares.

A partir desse entendimento, o ministro conclui que “os efeitos sucessórios de casamento e união estável devem ser iguais, porque iguais são as relações de conjugalidade na



coexistência afetiva que persiste até o fim da vida de um dos cônjuges e companheiros” (BRASIL, 2017, p. 49).

O voto proferido pela ministra Rosa Weber menciona texto de autoria de Maria Berenice Dias, que coloca a afetividade como elemento central para o Direito das Famílias contemporâneo. Nesse contexto, menciona:

Faz-se necessário ter uma visão pluralista da família, abrigando os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar a identificação do elemento que permita enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independente de sua conformação (DIAS, 2016 apud BRASIL, 2017, p. 65-66).

Sendo assim, a ministra argumenta que qualquer espécie de discriminação entre as diferentes estruturas familiares representa afronta ao texto constitucional, que carrega a igualdade como princípio expresso, não admitindo a hierarquização das famílias – afinal, todas elas têm como elemento central a afetividade (BRASIL, 2017, p. 80).

Nesse mesmo sentido, o voto proferido por Luiz Fux aponta a afetividade como a principal questão a ser observada no RE nº 878.694. O ministro relata que, no interior e no centro do Rio de Janeiro, aproximadamente metade das famílias constituíram-se de forma espontânea, sem cumprir as formalidades exigidas pelo casamento (BRASIL, 2017, p. 84-85) – e, em atendimento a esse fenômeno social, a legislação foi evoluindo até que a Constituição Federal de 1988 viesse a estabelecer que “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” (BRASIL, 1988, art. 226, §3º).

Dessa maneira, a constatação dos requisitos inerentes à identificação de uma união estável – convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família (BRASIL, 2002, art. 1.723) – passam pela afetividade e tornam inquestionável a condição de entidade familiar desse grupo de pessoas, que, com base na dignidade da pessoa humana, na igualdade e na razoabilidade, não pode receber proteção estatal inferior às famílias construídas pelas formalidades do casamento.

O ministro Dias Toffoli, por sua vez, relembra seu voto proferido na ADI nº 4.277, ao julgar as uniões estáveis homoafetivas – e, nesse contexto, menciona que o conjunto das normas constitucionais não autoriza a exclusão de “(...) outras relações baseadas nos mesmos suportes fáticos: (i) autodeterminação, (ii) afeto e (iii) pleno exercício da liberdade pela deliberada intenção de convivência íntima e estável com o fim de se alcançarem objetivos comuns” (BRASIL, 2017, p. 101).



Baseando-se no princípio da igualdade, o ministro afirma que a Constituição, de fato, não autoriza distinções entre uniões estáveis homo e heteroafetivas, uma vez que atendem aos mesmos “pressupostos de liberdade e de afeto” (BRASIL, 2017, p. 101). Por outro lado, entende que existem diferenças legalmente autorizadas entre a união estável e o casamento, afirmando que “o casamento, portanto, não é união estável, o que autoriza que seus respectivos regimes jurídicos sejam distintos” (BRASIL, 2017, p 101).

Nessa linha argumentativa, Dias Toffoli afirma que a autonomia da vontade do casal deve ser respeitada, e que a distinção legal entre os regimes sucessórios não lhe parece desarrazoada, não havendo desrespeito às normas constitucionais em decorrência da escolha dos legisladores do Código Civil (BRASIL, 2017, p. 102-103).

Assim, o ministro profere voto em sentido contrário ao entendimento majoritário – e não o faz com base na hierarquia entre os institutos ou na prevalência das formalidades do casamento à afetividade da união estável, mas sim com fundamento na diferenciação formulada consciente e constitucionalmente pelos legisladores para o regime sucessório dos dois modelos familiares, restando ao casal optar por aquele que melhor se adequar aos seus interesses particulares (BRASIL, 2017, p. 106-107).

O voto divergente foi acompanhado pelo ministro Marco Aurélio – que apresenta como fundamento à sua decisão artigo publicado por Regina Beatriz Tavares da Silva (2017a), intitulado “O afeto será prejudicado pelo STF”, no qual afirma que

O STF, de maneira irresponsável, tornará a aproximação e o estreitamento das relações afetivas naturais – de que a união estável resulta – em um ato da mesma gravidade e magnitude que dizer “sim” a um Oficial do Registro Civil.

(...)

Assustados, e com razão, pela insegurança jurídica em que o STF os deixará, os casais em união estável, muito mais provavelmente, ponderarão entre mantê-las, ou dissolvê-las. Se dissolvidas, não existirão direitos sucessórios!

Quem ainda não vive em entidade familiar, possivelmente temeroso de seus efeitos sucessórios, permanecerá sozinho, fará declarações de namoro para assegurar que a relação que vive não é de união estável, enfim, não poderá extravasar seu afeto, terá que contê-lo, tornar-se-á infeliz e isto em razão de uma decisão equivocada do STF. O STF, então, ou revê seu entendimento, por ora provisório, ou pode ter a certeza de que, apesar de suas melhores intenções, estará contribuindo a afrouxar os relacionamentos e a destruir o afeto.

O ministro manifesta concordância com os argumentos expressos no artigo de Silva, afirmando que a autonomia da vontade do casal não pode ser ignorada para a escolha do modelo familiar mais adequado, levando em consideração também o seu regime sucessório. Ademais, Marco Aurélio menciona a possibilidade de se firmar testamento, e até mesmo de, em circunstâncias específicas, o companheiro sobrevivente herdar montante ainda maior do



que o cônjuge. A partir disso, considera infundada a alegação de discriminação das famílias constituídas por meio de união estável (BRASIL, 2017, p. 129-130).

Regina Beatriz Tavares da Silva, citada pelo ministro Marco Aurélio, chegou a escrever novo artigo após a publicação do acórdão do RE 878.694 – dessa vez intitulado “O STF prejudicou o afeto”. A autora menciona que, ao buscar fazer justiça em casos concretos – e, a partir deles, firmar teses para todos os demais casos em abstrato –, o STF acabou por não apenas provocar injustiças, mas também “contribuiu para afrouxar os relacionamentos amorosos e prejudicar o afeto” (SILVA, 2017b), prolongando namoros que jamais serão transformados em entidades familiares pelo receio do tratamento sucessório e da mitigação da segurança patrimonial de filhos, pais, mães e irmãos.

Nessa linha de argumentação, o ministro Marco Aurélio defende que o afeto é o elemento responsável pelo desenvolvimento da união estável, e a vinculação desse modelo familiar ao regime sucessório do casamento poderia causar o estranhamento e a desconfiança dos conviventes que, preocupados com questões patrimoniais de tamanha gravidade, poderiam impedir o desenvolvimento natural do afeto que resultaria em união estável, buscando resguardar seu patrimônio em relações de simples namoro.

4. CONCLUSÃO

As decisões jurisprudenciais analisadas exercem função de destaque na adequação do tratamento estatal conferido aos diferentes modelos de entidades familiares. Entretanto, o Direito das Família e Sucessões ainda guarda discussões de alta complexidade a serem solucionadas – que, em alguma medida, certamente também serão pautadas no valor jurídico da afetividade.

Exemplo disso é o Recurso Extraordinário nº 1.045.273 – incluído na pauta de julgamento do STF para o dia 02 de dezembro de 2020 –, que analisa a possibilidade de reconhecimento de relações estáveis concomitantes, com a finalidade de se dividir entre os conviventes sobreviventes pensão recebida em decorrência de morte do companheiro em comum.

Poderia a afetividade, portanto, justificar a existência de relações simultâneas? Ao menos por enquanto, a maioria dos ministros do STF parece entender que sim, uma vez que cinco votos já foram proferidos em favor dessa hipótese, pelos ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber, Cármen Lúcia e Marco Aurélio (BRASIL, 2019). Resta



aguardar, portanto, a decisão final – sobre a qual também será interessante analisar as funções assumidas pela afetividade.

No entanto, partindo dos julgamentos proferidos até o momento, já é possível identificar alguns parâmetros relevantes sobre a utilização da afetividade como fundamento decisório pelos ministros do STF. Dentre as diversas menções a essa terminologia, algumas naturalmente chamam mais a atenção – seja pelas divergências em sua utilização, seja pela aparente multiplicidade de sentidos que assume em cada contexto.

Destaca-se, portanto, que a afetividade foi utilizada como fonte de relações familiares – o que fica bastante evidente na fundamentação que reconhece a união estável homoafetiva, bem como na que admite a cumulação da paternidade biológica com a afetiva. Além disso, é compreendida como elemento comum aos diferentes formatos de família, sendo interpretada como fundamento para a equiparação das entidades familiares, tornando inadmissível qualquer tipo de hierarquização entre eles.

Ou seja, da mesma forma que a afetividade é apresentada como fato gerador de alguns modelos familiares, é também considerada elemento intrínseco ao próprio conceito de família – mencionando-se, inclusive, ser exatamente a afetividade o traço distintivo entre entidades familiares e sociedades empresariais.

Nesse contexto, destaca-se a divergência apresentada no acórdão do RE 878.694, no qual a maioria dos ministros entende que a afetividade supre a ausência das formalidades inerentes ao casamento, tornando injustificável a diferenciação entre os regimes sucessórios da união estável e do casamento, ao passo que o ministro Marco Aurélio apresenta argumentação que destaca o papel da afetividade como fonte da união estável, marcada por aproximações naturais e espontâneas, que poderiam ser bloqueadas em razão da rigidez do regime sucessório típico das uniões conjugais.

Também foi possível observar a natureza jurídica conferida à afetividade – assunto igualmente divergente entre os ministros do STF. Isso porque, a depender do voto proferido por cada um dos julgadores, as decisões analisadas apontaram a afetividade como valor associado à liberdade, à não discriminação e à dignidade, como atributo da dignidade da pessoa humana e, ainda, como valor jurídico constitucional, concebido na qualidade de princípio constitucional implícito.

Após a análise das três decisões mais recentes do STF, no que concerne ao uso da afetividade como fundamento para a transformação do Direito das Família e Sucessões, constatou-se que as impressões iniciais deste artigo estavam corretas: de fato, a afetividade é



tão relevante quanto complexa para o cenário jurídico brasileiro. Sendo assim, ainda há muito a ser explorado sobre esse conceito – afinal, ao que tudo indica, sua utilização pela doutrina e pela jurisprudência será cada vez mais frequente.

Por ora, não é possível vislumbrar uma conceituação bem delineada a respeito da afetividade no Direito das Família e Sucessões. No entanto, a observação da sua utilização pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal permitiu o delineamento de alguns parâmetros básicos para a melhor compreensão desse valor/atributo/princípio, que, apesar das inconsistências e divergências, em breve será explorado novamente para o julgamento das uniões estáveis simultâneas – e, deve-se mencionar, em quase tudo o que o Direito das Famílias tiver reservado para os próximos anos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Águida Arruda. **Construção dos fundamentos teóricos e práticos do Código de Família brasileiro**. Tese (doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2007.

BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. **Revista Brasileira de Direito de Família**, v. 4, n. 13, p. 5-10, jul./set. 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.405, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 28 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 – DF**. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 28 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 1.045.273**. Recorrente: C. L. S. Recorrido: M. J. O. S. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 25 de setembro de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5181220>. Acesso em: 16 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 878.694 – MG**. Recorrente: Maria de Fatima Ventura. Recorridos: Rubens Coimbra Pereira e outros. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 15 de maio de 2017. Disponível em:





<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14300644>. Acesso em: 28 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 898.060 – SC**. Recorrente: A. N. Recorrido: F. G. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 21 de setembro de 2016.

Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919>. Acesso em: 28 ago. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade**: um novo substantivo. 31 de agosto de 2010.

Disponível em:

[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_661\)30__homoafetividade__um_novo_substantivo.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_661)30__homoafetividade__um_novo_substantivo.pdf). Acesso em: 29 ago. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**: de acordo com o novo CPC. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. O afeto será prejudicado pelo STF. **Estadão**, 02 de fevereiro de 2017a. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-afeto-sera-prejudicado-pelo-stf>. Acesso em: 10 set. 2020.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. O STF prejudicou o afeto. **Estadão**, 18 de maio de 2017b. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-stf-prejudicou-o-afeto/>. Acesso em: 10 set. 2020.

TARTUCE, Flávio. 2016: o ano da afetividade na jurisprudência superior brasileira.

Migalhas, 14 de dezembro de 2016. Disponível em:

<https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/250528/2016-o-ano-da-afetividade-na-jurisprudencia-superior-brasileira>. Acesso em: 12 set. 2020.