



UNICEPLAC

Centro Universitário do Planalto Central Aparecido dos Santos - UNICEPLAC

Curso de Direito

Trabalho de Conclusão de Curso

O princípio da afetividade: objeções à existência no direito de família

Gama-DF

2020

CAROLINE BATISTA DA SILVA

O princípio da afetividade: objeções à existência no direito de família

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Direito do Centro Universitário do Planalto Central Aparecido dos Santos – Uniceplac.

Orientador: Dr. Ivan Cláudio Pereira Borges

Gama-DF

2020

S586p

Silva, Caroline Batista da.

O princípio da afetividade: O princípio da afetividade: objeções à existência no direito de família. / Caroline Batista da Silva. – 2020.

50 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Centro Universitário do Planalto Central Aparecido dos Santos - UNICEPLAC, Curso de Direito, Gama-DF, 2020.

Orientação: Prof. Me. Ivan Cláudio Pereira Borges.

Direito de família - afetividade. 2. Objeções hermenêuticas. 3. Princípio de direito. I. Título.

CAROLINE BATISTA DA SILVA

O princípio da afetividade: objeções à existência no direito de família

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Direito do Centro Universitário do Planalto Central Aparecido dos Santos – Uniceplac.

Gama, 03 de dezembro de 2020.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Ivan Cláudio Pereira Borges
Orientador

Prof. Me. Gedeon Ramos Dias Júnior
Examinador

Prof. Me. Sérgio Murillo Miranda Coelho
Examinador

Dedico a minha família, por todo o apoio e confiança. Dedico também ao Professor e Doutor Ivan, pela orientação. Dedico ainda para todas as famílias do Brasil.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, que me deu forças e saúde para conseguir desenvolver todo o projeto de pesquisa. A minha família, meu namorado, pela compreensão e apoio. Ao meu orientador, que foi meu amigo e muito paciente, me incentivando, aconselhando, motivando, contribuindo de forma positiva durante todo o desenvolvimento da presente monografia.

RESUMO

O presente texto visa contestar mediante objeções hermenêuticas a existência do denominado ‘princípio da afetividade’ e sua pretensa aplicação no direito de família por parte da doutrina e jurisprudência. Argumenta-se, para tanto, como primeira hipótese de solução, a existência de ambiguidade no uso da locução “princípio da afetividade” por meio da exposição de textos, em que ficou evidente a divergência de opiniões doutrinárias de conhecidos juristas brasileiros. Já na segunda hipótese de solução objeta-se quanto à existência da afetividade como princípio de direito com o fato de que no registro histórico da experiência jurídica brasileira, captada pela legislação, pela jurisprudência e pela doutrina, a natureza e a formação de uma família se dá sob três realidades que continuam convivendo entre si, sem a prevalência de uma sobre a outra, quais sejam: a biológica, a da responsabilidade e a da afeição. Por fim, no terceiro capítulo tem a explicação das objeções hermenêuticas, tendo como base o marco teórico no pensamento sobre a teoria dos princípios de Humberto Ávila e, por meio de suas conclusões questiona-se a existência do denominado “princípio da afetividade”. Justificam-se no ambiente acadêmico as presentes objeções porque primeiro a doutrina não é unânime em conceder à afetividade o status de princípio e, depois, porque para a formação de uma família, que até hoje a experiência jurídica considera como fundamental a observância da relação parental pela via biológica, pelo comprometimento responsável dos membros entre si com sua sobrevivência e, por fim, com a afetividade. A pesquisa utilizou-se do método crítico-metodológico, supondo que o pensamento jurídico é tópico e não meramente dedutivo, como também problemático e não sistemático. Assim, chegou-se à conclusão de que a *affectio societatis* não está no mesmo nível técnico-jurídico de um princípio de direito, sendo apenas um elemento que impulsiona as relações familiares, carecendo, contudo, para efetivar as responsabilidades inerentes dessa organização social, do verdadeiro princípio jurídico-constitucional do dever de cuidado.

Palavras-chave: Afetividade. Direito de Família. Objeções hermenêuticas. Princípio de Direito.

ABSTRACT

The present text aims at contesting, through hermeneutic objections, the existence of the so-called 'principle of affectivity' and its supposed application in family law by the doctrine and jurisprudence. The first hypothesis of solution is to argue the existence of ambiguity in the use of the locution "principle of affectivity" through the exposure of texts, in which the divergence of doctrinal opinions of well-known Brazilian jurists became evident. The second hypothesis of solution aims at the existence of affectivity as a principle of law with the fact that in the historical record of the Brazilian legal experience, captured by legislation, jurisprudence and doctrine, the nature and the formation of a family takes place under three realities that continue to coexist, without the prevalence of one over the other, namely: biological, responsibility and affection. Finally, the third chapter explains the hermeneutic objections, based on the theoretical framework of Humberto Avila's thought on the theory of principles, and through his conclusions the existence of the so-called "principle of affectivity" is questioned. The present objections are justified in the academic environment because first the doctrine is not unanimous in granting affectivity the status of principle and then because for the formation of a family, which until today the legal experience considers as fundamental the observance of the parental relationship by biological means, by the responsible commitment of the members to each other with their survival and, finally, with affectivity. The research used the critical-methodological method, assuming that the legal thought is topical and not merely deductive, but also problematic and not systematic. Thus, the conclusion was reached that affection societatis is not on the same technical-legal level as a principle of law, being only an element that drives family relationships, lacking, however, in order to carry out the inherent responsibilities of this social organization, of the true legal-constitutional principle of the duty of care.

Keywords: Affectivity. Family Law. Hermeneutic objectives. Principle of Law.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	09
2	AMBIGUIDADE DO TERMO AFETIVIDADE	
2.1	Orientações doutrinárias sobre natureza do princípio de direito	12
2.2	A defesa doutrinária da afetividade como princípio	16
2.3	Objecções parciais da doutrina à afetividade como princípio	17
2.4	Negação da afetividade como um princípio de direito pela doutrina	19
3	A REALIDADE JURÍDICA FAMILIAR	23
3.1	Do ponto de vista estrutural	25
3.2	Do ponto de vista da responsabilidade do cuidado	27
3.3	Do ponto de vista da afeição ou do bem estar do outro	31
4	A TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE HUMBERTO ÁVILA COMO OBJEÇÃO HERMENÊUTICA	34
4.1	A hermenêutica do neoconstitucionalismo e o princípio de direito	35
4.2	O pós-positivismo de Ronald Dworkin e o princípio de direito	37
4.3	A teoria dos princípios de Humberto Ávila e a afetividade no direito de família ..	39
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	43
	REFERÊNCIAS	45

1 INTRODUÇÃO

Inicialmente, o que motivou esse projeto de pesquisa foi estudar a afetividade, tendo em vista a decisão não unânime acerca desse termo, constituindo assim divergências doutrinárias, ampliando a visão e o conhecimento para algo que ao mesmo tempo que é antigo, é recente no que diz respeito à família.

Com tão pouco tempo de pesquisa, buscou-se demonstrar de forma simples, e com relevante conteúdo bibliográfico, a fim de reafirmar que existem objeções à afetividade como princípio, ou seja, que afetividade não possuem características de um princípio de direito. O foco principal para isso é mostrar através de conceitos e embasamentos legais, que a afetividade está relacionada aos princípios familiares, como aquilo que orienta, como por exemplo, uma bússola, que indica qual caminho a ser percorrido.

O presente projeto tem como objetivo demonstrar objeções hermenêuticas à existência da afetividade como princípio de direito, seja por meio das objeções hermenêuticas de outros doutrinadores brasileiros do direito de família, seja por conta dos critérios técnicos de uma teoria dos princípios de direito elaborada por um doutrinador brasileiro, que é Humberto Ávila.

No direito de família, parte significativa da doutrina acredita que afetividade não possui requisitos para ser um princípio de direito a ponto de definir família. Outra parte, contudo entende ser fundamental a afetividade, como expressão da interação e das relações familiares, e é levada em consideração nas decisões judiciais envolvendo o direito de família. A estrutura familiar, por sinal, está evoluindo com o passar das últimas décadas do século vinte e das primeiras do século vinte e um. Desde o início do século vinte, a família no Brasil era totalmente marcada por uma visão patriarcal, centralizada. Na atualidade, família é vista como um conceito de união entre seus membros, sejam biológicos ou não, como é o caso do surgimento de vários tipos de família, tanto no Brasil como em outras partes do mundo ocidental.

No campo da teoria geral do direito, especificamente nos meandros da hermenêutica contemporânea, a função dos princípios de direito ganhou projeção internacional com o protagonismo da vertente pós-positivista da interpretação do direito, sobretudo do direito constitucional, como no caso do neoconstitucionalismo. Teóricos como Ronald Dworkin e Robert Alexy encontram-se na ponta desses novos ares da explicação e da consideração dos princípios em face das regras jurídicas e postulados gerais do direito. Especificamente, nesse trabalho, buscou-se o pensamento abalizado de Humberto Ávila como marco teórico capaz de decifrar se a “afetividade” pode ser considerada um princípio de direito aplicado, sobretudo, ao direito de família.

Primeiramente, é importante a explicação do que vem a ser princípio de direito, diferenciando-o de regras, normas, postulados, para então saber se afetividade possuem as características para ser classificada como princípio jurídico, ou se seria apenas mais um aspecto do Direito de Família, sentimento, ou interação entre os indivíduos.

No primeiro capítulo buscou-se abordar a ambiguidade do termo afetividade, possuindo diversos significados para o cenário jurídico trazendo opiniões doutrinárias acerca da natureza do princípio de direito, bem como suas características e importância para o âmbito jurídico e a real aplicação do direito. A defesa da afetividade como princípio surgiu com o pensamento de que este estaria totalmente ligado aos princípios implícitos na Constituição Federal de 1988, como por exemplo, o da dignidade da pessoa humana.

Ainda, temos também outra vertente doutrinária que diverge, negando a afetividade como princípio, e a classificando como interação entre sujeitos, sentimento, emoção, sendo aquilo que não pode ser exigido como uma obrigação/ dever legal, e sim algo intrínseco, que vem de dentro para fora, e não extrínseco, de fora para dentro, não podendo confundir o afeto com amor.

No capítulo seguinte temos o estudo da experiência jurídica registrando que o afeto está presente nas relações familiares, tendo maior reconhecimento em relações socioafetivas, podendo em alguns casos, prevalecer sobre as relações biológicas. E explicar que o que une a família, não é só o afeto, mas também o carinho, a preocupação, convivência entre os membros, não podendo ser algo generalizado, tendo em vista que temos famílias, com laços consanguíneos, mas sem afetividade, que seria em outras palavras, mera interação entre pessoas.

E por concluir, o estudo da objeção hermenêutica apresentada sob a teoria dos princípios de Humberto Ávila, que foi além das Teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy buscando caracterizar o que é um princípio jurídico. Diferenciando princípio de direito de regra e postulado, Ávila apresenta uma explicação teórica importante, atribuindo ao princípio um regramento que é, acima de tudo, finalístico e relativizante.

O objetivo geral do estudo é analisar a possibilidade de objeções doutrinárias e teóricas à existência da afetividade como princípio, buscando respostas as hipóteses de que afetividade é apenas um dos aspectos que rege a relação social familiar; que afetividade não é princípio que define a natureza de família; que os deveres familiares são estabelecidos em função da responsabilidade como o dever de cuidado, e todas as outras obrigações impostas pela Constituição Federal, tanto de pais para com os filhos, como vice-versa, estendendo-se ainda aos avós.

Já existem julgados responsabilizando os pais por indenização moral, muitas vezes

pecuniário, em relação ao abandono afetivo, não pela falta de afeto, mas pela falta de cuidado e responsabilidade dos genitores em prover as condições mínimas de existência para um filho, obrigação esta imposta pela lei constitucional.

A presente monografia utilizou-se de estudo bibliográfico, linha-crítico metodológica, sustentando a tese de aplicação tópica, problemática e não sistemática. Isto favorece a noção de razão prática e jurisprudencial para uma decisão jurídica. O método utilizado nesse projeto é hipotético-dedutivo, assim partindo de análises de informações, axiomas, que nos ajudam a raciocinar, a fim de chegar às proposições verdadeiras, e por fim, a uma conclusão verdadeira.

Serão utilizadas jurisprudências, artigos e bibliografias, dentre outras, às obras de Humberto Ávila, Ronald Dworkin, Roberto Freitas Filho, Maria Berenice Dias, Luiz Roberto Barroso, Noberto Bobbio, José de Oliveira Ascensão, Lucas Calderon, Paulo Nader, Paulo Bonavides, Sérgio Cavalieri Filho, Maria Helena Diniz, Luis Edson Fachin, César Fiuza, Cristiano Chaves de Farias, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, Carlos Roberto Gonçalves, Regina Beatriz Tavares de Lima, Paulo Lôbo, Regina Navarro Lins, Miguel Reale, entre outros, que contribuíram para o estudo e o desenvolvimento de todo o projeto.

2 AMBIGUIDADE DO TERMO AFETIVIDADE

O termo afetividade possui diversos significados no âmbito jurídico. Existem doutrinadores como Maria Berenice Dias, Paulo Luiz Netto Lôbo, Maria Helena Diniz, Flávio Tartuce, entre outros, que afirmam que a afetividade seria um princípio que define o núcleo familiar. Já outros como Silvio Venosa, Cristiano Chaves e Nelson Rosevald aduzem que seria um rol exemplificativo, no qual afetividade seria apenas mais um princípio de direito de família que norteia outros princípios, como por exemplo, o da dignidade da pessoa humana. Em polo totalmente inverso há ainda aqueles como Regina Beatriz Tavares de Lima, Roberto Senise, Guilherme Calmon e Luiz Fachin que discordam da atribuição da afetividade como princípio jurídico, classificando apenas como um mero sentimento, que não deve ser confundido com o sentimento de amor.

Como se verá adiante, o argumento dos que defendem a afetividade como princípio de direito na formação da família contemporânea é frágil, a começar da falta de unanimidade na doutrina civilista dos autores brasileiros. Há aqueles que consideram outras possibilidades da formação familiar, por esse motivo podemos encontrar múltiplas compreensões do termo e de sua aplicação no âmbito jurídico.

Portanto, a ênfase que atualmente vem se dando à *affectio societatis* na formação do núcleo familiar é temerária e induz ao pensamento equivocado de que a estrutura e manutenção dessa organização social milenar se sustenta mais em pontos de interesse em comum, gerando convivência e realizações, do que em responsabilidades atemporais.

2.1 Orientações doutrinárias sobre natureza do princípio de direito

O jurista italiano Norberto Bobbio informa que uma das características do positivismo jurídico, que ainda permanece em nosso meio, “é a de atribuir à legislação a preeminência como fonte autêntica do direito.” (BOBBIO, Norberto. 1995, p. 161-179). Mas ele ressalta também, que a teoria que mais a identifica é a do Ordenamento Jurídico, proposta juspositivista do início do século vinte, que chegou a defender tanto a coerência do sistema, inexistindo antinomias, como a da completude desse sistema, sem possibilidade de existência de lacunas. (p.197-210).

No entanto, o problema que se percebeu ao longo do século vinte é que a legislação como fonte reconhecida e monopolizadora da produção jurídica estatal não atende à evolução do direito e nem à velocidade das mudanças no seio social. Por isso mesmo, reconheceu-se que o sistema jurídico não é fechado, mas aberto, sendo necessária a colmatação das lacunas ou seu

preenchimento. Nesse sentido, houve por bem ao legislador brasileiro reconhecer na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, a possibilidade de solução técnica para casos concretos não previstos na legislação.

As fontes do direito estão previstas no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil que estabelece “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Assim o intérprete poderá se utilizar de outras fontes, caso haja alguma omissão na lei ou impossibilidade de aplicação de analogia para o caso concreto. (BRASIL, 1942).

Para Paulo Lôbo (1999, p. 108) a constitucionalização do direito civil foi um processo de transformação, mudanças de paradigmas, o qual o ramo do direito civil passou do Estado Liberal para o Estado Social, trazendo valores decorrentes da mudança, convertido em princípios e regras constitucionais. Os princípios de direito podem ser encontrados de forma implícita ou explícita na Constituição Federal, nos códigos, e em legislações esparsas. Já Diniz (2003, p. 458) explica que quando a analogia e o costume não conseguem preencher a lacuna, o magistrado adota outras fontes, como os princípios gerais do direito, muitos explícitos, mas que estão presentes no ordenamento jurídico.

Os princípios gerais do direito para José de Oliveira Ascensão são “grandes orientações que se depreendem não apenas do complexo legal, mas de toda a ordem jurídica”. (ASCENSÃO, José de Oliveira, 2005, p. 404). Para Humberto Ávila (2013, p. 44) não se pode deixar de mencionar a diferenciação entre regras e princípios, a qual muitas vezes é confundida por doutrinadores, o qual entende que regra é norma imediatamente descritiva, já princípio é norma finalística. A distinção entre regras e princípios acabou trazendo uma grande confusão “princípios foram baralhados com regras, axiomas, postulados, ideias, medidas, máximas e critérios”, ficando assim cada vez mais difícil distinguir o que é cada um. Ainda em seu livro Teoria dos Princípios, trouxe diversos doutrinadores que conceituaram princípios, dos quais:

Nas palavras de Ávila (2013, p. 35-36), Karl Larenz diz que os princípios seriam “normas de grande relevância para o ordenamento jurídico”, a qual utilizaria os princípios como uma direção para aplicar a regra ao caso concreto. Ronald Dworkin (2002, p. 39) disse que princípios são regras aplicadas ao modo tudo ou nada, de modo que sendo regra válida, seria aceito, e se houvesse contrariedade, seria inválida. “Princípios não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios”, ou seja, não existem princípios absolutos, mas eles norteiam as regras aplicadas, o que de fato, vem a ter um caráter compulsório.

Corroborando com Dworkin, o doutrinador Robert Alexy (2008, p. 117) ponderou

afirmando que “princípios são como deveres de otimização, aplicáveis em vários graus segundo as possibilidades normativas e fáticas”, significa dizer que não existe hierarquia entre princípios, mas sim ponderação, a qual analisando o caso concreto, aquele recebe a prevalência.

Conforme a tese defendida por Henrique Smidt Simon sobre o pensamento hermenêutico de Robert Alexy, esse autor alemão diferencia regras e princípios pelo critério qualitativo que é, segundo ele, precisa. Regras e princípios teriam uma diferença de grau. As regras seriam aplicadas à maneira de tudo ou nada. Adequa-se ou não àquilo que está previsto. Válida ou inválida, devendo ou não ser cumprida. Mas os princípios seriam mandamentos de otimização, “fazendo com que os conteúdos que deles derivam sejam aplicados o máximo possível de acordo com as limitações fáticas e jurídicas.” (SIMON, 2013, p. 98).

Aparentemente, Alexy não explica o surgimento de um princípio, mas o qualifica apenas enquanto função. Ou seja, otimizar significa aplicar os conteúdos derivados ao máximo que as limitações fáticas e jurídicas permitirem. Para concluir seus estudos, Humberto Ávila trouxe a diferenciação clara entre regras e princípios.

Regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Princípios são normas imediatamente finalísticas primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (Ávila, 2015, p. 43-60).

Miguel Reale (1986, p. 60), afirma que os princípios são “verdades ou juízos fundamentais”, servindo como uma base para as regras. Seriam compostas por um valor, o que muitas vezes é importante para a tomada de decisões. Já Luís Roberto Barroso diz que os princípios seriam a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica. (1999, p. 198). Para ele, não cabe mais uma visão hermenêutica objetiva do texto normativo, como quer o Positivismo Jurídico. Isso, segundo ele, não resolve problemas jurídicos. É preciso que o intérprete verifique que a solução dos problemas jurídicos concretos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo.

Em muitas situações, só é possível uma resposta constitucional tópica, ou seja, de acordo com outros parâmetros fora do sistema normativo. Também é necessária uma nova compreensão do papel do juiz, como co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, valorando o sentido adequado às cláusulas abertas.

Roberto Freitas Filho desenvolve importante estudo comparativo sobre os vários

conceitos utilizados pela doutrina sobre o que significa um princípio de direito, em seu livro *Intervenção Judicial nos Contratos e Aplicação dos Princípios e das Cláusulas Gerais: o caso do leasing*, concluiu que o princípio pode dar relevo a um valor ou servir como fundamento. (FABRIS, Sérgio, 2009, n.p).

Nas palavras de Paulo Bonavides (1997, p. 232) “princípio de direito é o pensamento diretivo que domina e serve de base à formação das disposições singulares de Direito de uma instituição jurídica, de um Código ou de todo um Direito Positivo”. Ou seja, para o autor o princípio serve como a direção para a edição de leis.

Ronald Dworkin (2002, p. 25) ressaltou que o motivo da doutrina juspositivista que negava aos princípios o tributo de normatividade era uma concepção restrita do que fosse obrigação. Os princípios precisam ser interpretados para que seja possível sua aplicação e concretização à norma adequada, como forma de auxiliar a norma regulamentadora.

O presente projeto vislumbra demonstrar que diante dessa inter-relação de normas e princípios, tem-se ainda as cláusulas gerais abstratas advindas com o neoconstitucionalismo. O Ministro Luís Roberto Barroso (2005, n.p), em seu artigo “neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito”, trouxe o contexto histórico da nova Constituição a qual possuía cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados, que segundo ele são dotados de expressões abertas, fornecendo vastos significados a serem complementados pelo intérprete.

Cláusulas em abstrato não contém todos os elementos da aplicação, como por exemplo, ordem pública, interesse social e boa-fé, por isso o intérprete tem a responsabilidade de realizar a valoração dos elementos objetivos e subjetivos presentes na realidade fática, podendo definir sentido e aplicá-la à norma.

Para Barroso (2011, p. 30), o neoconstitucionalismo trouxe grandes transformações para a interpretação e aplicação do direito constitucional “O advento de uma cultura pós positivista e a expansão do papel do Judiciário e da jurisdição constitucional abriram caminho para um constitucionalismo principiológico e voltado para a concretização dos direitos fundamentais”, trazendo assim a Constitucionalização do Direito.

Os princípios ainda, propriamente jurídicos, podem ser divididos em três diferentes categorias: abstratos, técnicos e científicos. Abstratos, são aqueles através de ideias as quais se busca uma comunicação entre o valor e o caso concreto. Científico seria aquele que pode ser deduzido da observação dos fatos. E por último, o princípio técnico é aquele que permite regular a aplicação das regras jurídicas.

Por fim, regras seriam a ideia principal, a qual é norteada pelos princípios, postulados normativos, axiomas, valores e fundamentos, a qual torna-se viável à aplicação ao caso

concreto, tendo a afetividade no ordenamento jurídico um conceito amplo e sendo considerado com base em opiniões doutrinárias um princípio, valor, sentimento ou aquele que deriva de outros princípios, como por exemplo, o da dignidade da pessoa humana.

2.2 A defesa doutrinária da afetividade como princípio

A afetividade jurídica pode ser encontrada em diversas relações familiares, e com isso surgiu a importância de trazer um significado a palavra, pois já faz parte do direito de família, e segundo alguns doutrinadores o afeto estaria totalmente ligado a um princípio que define família. De acordo com Maria Berenice Dias o princípio da afetividade seria decorrente da natureza da convivência familiar, o que implicaria dizer que o fato concreto do afeto caracterizaria as relações familiares:

Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue. Assim, a posse do estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado. O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. (DIAS, Maria Berenice, 2006, p. 61).

Além disso, como se vê no texto acima transcrito, deduz-se que o instituto civil do *status* da pessoa humana de filho seria um reconhecimento jurídico implícito do princípio da afetividade. O que a autora quer dizer com tudo isso é que o afeto, assim como a solidariedade, é da natureza da convivência familiar e, portanto, deveria ser considerado um princípio. Mas como se verá em momento oportuno neste trabalho tal pensamento revela-se uma falácia.

A autora também traz em importante discussão algumas consequências jurídicas advindas do afeto, como o reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo, ou seja, famílias homoafetivas, e ainda aquelas que não possuem vínculo consanguíneo, mas em âmbito familiar formam a família socioafetiva. Tome-se como exemplos a reparação por danos em decorrência do abandono afetivo, e por último, o reconhecimento da parentalidade socioafetiva como nova forma de parentesco, prevista como cláusula geral “outra origem”, no art. 1.593 do ilustre Código Civil de 2002. BRASIL, 2002).

Outro doutrinador que corrobora com o mesmo entendimento é Paulo Lôbo, (2012, p. 70-71) que aduz ser o afeto uma realidade para além dos laços biológicos ou laços de sangue. A afetividade segundo ele, seria o princípio que fundamenta o direito de família, o qual foi consagrado na Constituição de 1988 e vem se evoluindo constantemente nos últimos anos.

Já Maria Helena Diniz (2011, p. 38), diz que o princípio da afetividade é “corolário do

respeito à dignidade da pessoa humana, norteador das relações familiares e da solidariedade familiar”. Em um livro discorrendo sobre o tema, Flávio Tartuce e José Fernando Simeão (2011, p. 50-53), afirmam ser a afetividade “um dos principais regramentos do Novo Direito de Família que desponta”.

Não muito distante dessa compreensão encontramos os pensamentos doutrinários de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 87), que disseram que “todo o moderno Direito de Família gira em torno do princípio da afetividade”. Para Lucas Calderón, “a afetividade é um dos princípios do Direito de Família Brasileiro, implícito na Constituição Federal, explícito e implícito no Código Civil e nas diversas outras regras do ordenamento”. (CALDERÓN, 2011, p. 263-264). O que o autor quis dizer é que a afetividade está em todo o ordenamento jurídico, nas legislações esparsas, nos códigos e ainda nas leis infraconstitucionais, sendo de forma implícita ou até mesmo explicitamente.

2.3 Objeções parciais da doutrina à afetividade como princípio

As objeções doutrinárias à existência da afetividade como princípio de direito são de vários matizes. Uma alega que a afetividade é uma projeção do verdadeiro princípio, que é o da dignidade da pessoa humana, inscrita em nossa Carta Política. Outros objetam pela natureza subjetiva da afetividade, existente numa esfera de abstração muito alta e impossível de concretização jurídica. Outros ainda consideram que a afetividade não está necessariamente em todos os membros da família e, portanto, não é um dado minimamente objetivo.

Para certos doutrinadores, a afetividade é um processo em construção nas relações familiares, mas não um fundamento predeterminado. Argumenta-se ainda que as mais variadas expressões de afeto nas relações humanas esvaziam o conteúdo normativo que a isso se quer dar ao conceito de família. Seria possível, ainda, admitir, se afetividade fosse princípio, que as famílias socioafetivas teriam mais significado existencial que as biológicas. Enfim, abaixo, será possível ao leitor vislumbrar objeções racionalmente honestas que merecem consideração.

Quando se fala em dignidade da pessoa humana, nos remete a analisar qual a compreensão de tal princípio no cenário jurídico global e qual sua importância para o estudo, bem como a sua ligação com a afetividade. A Declaração Universal dos Direitos Humanos tornou-se a pedra fundamental de uma nova geração de deveres e direitos fundamentais para o mundo inteiro, o qual trouxe ao Estado o controle da sociedade, tendo como base o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, provendo-se o mínimo existencial. (SARLET, 2004, p. 36-37). Logo após, a Carta Magna de 1988 trouxe normas constitucionais buscando a

construção de uma justiça social estabelecida pelo Estado Democrático de Direito. A partir desse momento o Estado passou a garantir a sociedade direitos sociais e econômicos.

Rabenhorts define que o termo “dignidade” vem do latim *dignitas*, que designa tudo aquilo que merece respeito, consideração, mérito ou estima. (RABENHORTS, 2001, p. 14), o que o autor quis dizer é que todo ser humano merece ser tratado com dignidade. Dentro desse conceito de dignidade, não se pode esquecer dos ensinamentos de Immanuel Kant, que “o respeito da dignidade é essencial à atribuição de significado jurídico ao termo e, logicamente, para a determinação do sentido do alcance do princípio da dignidade da pessoa humana”. (CUNHA, 2002, p. 85-88). Assim, qualquer ser humano merece ser tratado com respeito e consideração, inclusive pelo Estado, evitando assim todos e quaisquer atos que violem os seus direitos fundamentais previstos explicitamente na Constituição Federal de 1988.

A corrente doutrinária que defende que a afetividade não seria o princípio definidor de família, mesmo atribuindo relevância à afetividade nas relações familiares, não a incluem como o princípio fundamental do direito de família, apenas que norteia outros princípios, como por exemplo, o da dignidade da pessoa humana.

Logo, seria a dignidade da pessoa humana o princípio fundamental que norteia os outros princípios do direito de família, como liberdade, solidariedade, pluralismo familiar, igualdade jurídica entre filhos, entre outros explícitos e implícitos, como, por exemplo, a afetividade, na Carta Magna.

Para Venosa (2005, p. 26), o princípio da dignidade humana é responsável por todas as relações jurídicas, inclusive, as infraconstitucionais, principalmente do direito de família, o qual é um ramo do direito civil, composto por um conjunto de normas, regras e princípios que regem as relações familiares.

No que concerne à afetividade, tal princípio não possui previsão legal específica na legislação pátria, sua essência vem de outros diversos princípios, como por exemplo, dignidade da pessoa humana. Nas palavras de Tartuce (2006, p. 3) “mesmo não constando a palavra afeto no Texto Maior como um direito fundamental, podemos dizer que o afeto decorre da valorização constante da dignidade humana”.

O que é posto em divergência aqui é que apesar de Tartuce dizer que o afeto é estruturante da entidade familiar e que a função social seria representada pelo afeto, existem ainda doutrinadores que acreditam que não seria um princípio estruturante, mas apenas mais um postulado normativo que se insere no seio familiar.

Para Maria Celina Bodin de Moraes (2010, p. 84) o princípio da dignidade humana seria o responsável por criar novos institutos jurídicos no direito civil e seria também o centro

do Direito Civil-Constitucional e de todas as relações familiares, das quais possuem a característica marcante do afeto. Porém esse princípio estaria apenas com base nos fatos, muito mencionado em doutrinas e jurisprudências, e por sua vez, “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”.

O que a autora quis dizer é que uma norma explícita seria algo previsto no ordenamento jurídico por meio de lei, como por exemplo, a dignidade da pessoa humana, que tem previsão no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988. Já a afetividade não está prevista em lei, mas é interpretada e utilizada no cenário jurídico através de doutrinas e jurisprudências. (BRASIL, 1988).

2.4 Negação da afetividade como um princípio de direito pela doutrina

Já em outra corrente estudada, doutrinadores argumentam contra a adoção da afetividade como princípio, dado o seu caráter subjetivo que poderia estar mais associado com a definição de um mero sentimento, negando a caracterização da afetividade como um princípio de direito.

Regina Beatriz Tavares da Silva (2013, n.p) acerca da VI Jornada de Direito Civil, realizada pelo Conselho da Justiça Federal discursou sobre a utilização de expressões enganosas, e afirmou que a afetividade é um sentimento: “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”.

Já Roberto Senise Lisboa (2010, p. 46), confirma que “a afeição não é um dever legal estabelecido para cada membro da família”, ou seja, o que o autor quis dizer em outras palavras, que afeto não seria algo imposto, como por exemplo, uma obrigação ou dever jurídico, apenas como um mero sentimento, que cada membro corresponde de uma forma, não sendo algo absoluto.

Já para Gustavo Tepedino, (2004, p. 4), a afetividade tem um valor relevante nas relações familiares, porém não a vê como princípio jurídico, tendo em vista que família constrói uma relação de afeto entre seus membros, como por exemplo, relações entre pais e filhos, irmãos ou até mesmo uniões homoafetivas, ou seja, que não pode ser confundido com o amor, mas estaria ligado a um sentimento e não algo a ser seguido, como um princípio.

Gama (2003, p. 482-483) diz que a afetividade que decorre de uma relação socioafetiva entre filhos e pais, ou entre o filho e apenas um deles, tem-se como fundamento o afeto, sentimento existente na relação, o qual afirma que melhor pai ou mãe não são aqueles que

ocupam tal lugar, mas sim exercem a função. Fachin (2003, p. 29) aduz que famílias socioafetivas não são menos importantes do que as famílias biológicas. Que há algo dentro das relações que os unem, assim como o amor e o afeto manifesta de forma subjetiva.

Antônio Jorge Pereira Júnior (2009, n.p), em comentários a Constituição Federal de 1988, ponderou se o direito consideraria a afetividade como elemento subjetivo que concerne às relações familiares como um compromisso que estaria totalmente ligado ao sentimento de amor. Ainda, acrescentou que o grande risco da afetividade é reconhecer qualquer relacionamento que possua “afeto”, como família, banalizando completamente o instituto jurídico, dando a ideia de que para ser família, é necessário o afeto.

Apesar da afetividade não está explicitada na Constituição Federal, não se diz que há uma preocupação em tutelar a afetividade, a qual o autor afirma que a afetividade é oriunda da hermenêutica civil-constitucional realizada por juristas e doutrinadores trazendo um pouco de confusão, em suas palavras “apenas a interpretação traz confusão patrimonial e lides jurídicas a mais, para um sistema jurisdicional já sobrecarregado como é o brasileiro”. (PEREIRA; MORAES, 2010, p. 73).

Apesar de alguns doutrinadores contemporâneos dizerem que o princípio da afetividade tem valor jurídico e que preponderam em relação aos demais princípios no direito de família, para outros, contudo, o afeto tem outro conceito no mundo jurídico, como por exemplo, Humberto Ávila (2015, p. 43) que diz que o afeto não pode ser visto como um princípio exigível, mas como um postulado normativo, ou seja, norma de segundo grau.

Segundo Ávila, postulado normativo seria uma maneira de interpretar a norma jurídica, que além de terem os princípios “razoabilidade, a proporcionalidade, a eficiência, a igualdade, entre outros”, acrescentou o afeto, importante termo no que se refere ao direito de família. Ainda, o autor (2012, p 141), trouxe a explicação do motivo pelo qual o afeto não pode ser algo imposto no seio familiar, pois afeto não é algo que se cobra de outrem, assim como o amor, a atenção. São sentimentos que devem ser internos, de dentro para fora, e não ao contrário, pois seria o que condenamos por interesse e ingratidão. Essa ideia fica mais explícita nas palavras de Humberto Ávila:

Mas o fato é que, às vezes, o amor não nasce. Assim: pura e simplesmente. Mesmo onde “deveria” nascer. E, nesse ponto, não temos qualquer controle sobre os outros ou sobre nós mesmos, diga-se de passagem. Ninguém pode simplesmente mandar um comando para o corpo ou para a alma, ordenando-o(a) que sinta prazer com a presença (ou existência) de determinada pessoa. Ou se sente afeto naturalmente, ou não se sente. É claro que no âmbito familiar, há um campo fértil para o amor. É que no solo da família, ele brota, quase sempre, com vigor. Mas não podemos transformar uma regra geral em algo absoluto. Há casos em que, mesmo no seio familiar, a semente do amor

simplesmente não germina. Assim, obrigar alguém a amar o outro pode talvez transformar, no final, algo que não existia em pura aversão. (ÁVILA, 2012, p. 141).

Em razão do que acima foi exposto, parte da doutrina está a exigir que se delimite o significado jurídico de afeto, evitando confundi-lo com amor, carinho, respeito e consideração, o qual estes citados seriam sentimentos intrínsecos, e o afeto, que decorre de vínculos sociais, ou em alguns casos jurídicos, como por exemplo, o direito de visita dos pais para com os filhos, após as separações conjugais.

Por meio dos afetos, criamos os sentimentos e as relações intersubjetivas compostas de experiências, sensações e emoções. O qual podemos ter afeto até por um animal de estimação ou até mesmo uma pessoa, sem nenhum grau de parentesco. Seria então aduzido um novo significado ao afeto, que está presente nas relações não consanguíneas, não podendo ser o único definidor de família. O valor afetividade em si, não poderia ser imposto a alguém, como norma ou princípio, tendo em vista que não se tem como afirmar o que é certo, ou proibido, partindo de algo mais profundo que as normas jurídicas, o qual algumas famílias tem, e outras não, como por exemplo o caso de um pai ser obrigado a ter amor por um filho, que só agora soube de sua existência.

A constatação de um princípio de direito, na forma de um valor ou fundamento, obriga o sujeito de direito a conformar-se à sua existência e aplicabilidade. Isso significa uma força heterônoma, de fora para dentro de qualquer pessoa jurídica existente na sociedade política, queira ela ou não admitir sua obrigatoriedade. Dessa forma, o universo subjetivo, aquela força obrigatória interna, como explicou Immanuel Kant ao diferenciar Moral de Direito, não existe no plano jurídico porque lhe falta a sanção e a garantia estatal de seu cumprimento.

A afetividade serve para demonstrar a possibilidade de se estar diante de um valor moral, o que seria necessário diferenciar princípios de direito e valores morais, sendo que o primeiro estaria sob uma visão deontológica e o segundo obedeceria uma visão teleológica no campo sociológico ou psicológico. Para Del Vecchio (1979, p. 307), a exigência de questionar a justiça como o direito deve ser compreendido, dando uma especulação de que apenas deve-se obedecer o direito já existente, fazendo uma crítica a sua legitimidade e racionalidade, daquilo que deve ou deveria ser o Direito.

Portanto, o Direito pode ser considerado sob três prismas, o lógico, o fenomenológico e o deontológico, que não se relacionam estritamente aos objetivos das ciências sociais e exatas. Os fenômenos de que trata são irrepetíveis, sendo possível a análise dos mesmos apenas pelas narrativas aproximadas do fato em si. Talvez no campo fenomenológico, ao tratar da dimensão

do fenômeno humano universal seja possível tratar da afetividade existente esporadicamente na vida humana, mas não como princípio de direito identificador de uma sociedade.

3 A REALIDADE JURÍDICA FAMILIAR

A família além de ser um fato social, com seus interesses estritamente sociológicos, é um fato jurídico, que parte da experiência jurídica, albergada pela lei e jurisprudência, e estudada também pela doutrina. Sendo assim, família não é só o registro fático sociológico, mas aquilo que do fato seja possível extrair direitos, deveres e obrigações na ordem civil, pelo menos. Contudo, se vê a necessidade de definir o que é experiência jurídica.

Segundo o jurista Miguel Reale (1992, p. 5) ao tentar definir o que significa “experiência jurídica” alerta para o fato de que esta não tem relação com reducionismos fenomenológicos ou sociológicos. Trata-se de uma concepção mais ampla, esclarecendo por meio de sua teoria tridimensional do direito, que enquanto sociólogo, põe o problema no sentido vetorial da eficácia, o jurista aprecia a experiência no sentido vetorial do ato normativo.

Parece que a experiência jurídica tem sido observada de três pontos-de-vista diferentes, como nos informa Reale: a) a posição imanente; b) a posição transcendente; c) a posição transcendental. A primeira concebe a experiência jurídica somente no plano dos eventos históricos, considerando os problemas jurídicos permanentemente inseridos nele e só explicáveis segundo os valores inerentes às relações que o constituem, portanto *imanente*. A segunda, mira a experiência jurídica para além dos fatos, num plano diverso do empírico e temporal, necessitando admitir alguns paradigmas ideais, certas exigências objetivas e imutáveis, à guisa das ideias de Platão, como concluiu Reale. Seriam modelos estáticos ou eternos, que não comungam de nossas limitações histórico-sociais. E a terceira, segue o paradigma transcendental de Immanuel Kant, explicado por Reale:

[...]o direito não resulta do processo fático, nem lhe é imanente, mas, por outro lado, também é inconcebível como valor em si, desvinculado do processo histórico ou sem referibilidade à experiência, havendo em todo fenômeno jurídico dois aspectos a serem analisados, um quanto à sua gênese, outro quanto as suas condições de possibilidade e de validade. (REALE, 1992, p. 11).

O que Reale entendeu sobre a visão transcendental de Kant quanto à experiência jurídica está ligado à explicação do filósofo prussiano ao dizer: “...no tempo, todo conhecimento do Direito começa com a experiência, mas nem por isso deriva da experiência”. O direito é uma realidade histórico-cultural que se desenvolve em função das necessidades humanas de sobrevivência, mas deve-se sempre perguntar se a realidade humana deve ser registrada como experiência jurídica. Em suma, a experiência jurídica está intimamente ligada à três dinâmicas: o fato, que pode ser o biológico; a responsabilidade e a afeição; o valor, a consideração do que

é justo; e a norma, o que a lei registrou como válido.

Destarte, o registro da experiência jurídica das famílias por volta dos séculos XVI e XVII, viviam em mansões, tinham seus escravos. O papel dos gêneros estava bem definido, através de costumes e tradições, o qual o poder de decisão pertencia ao homem/marido, que tinha a responsabilidade de prover e proteger sua esposa e filhos, já a mulher tinha que cuidar dos deveres domésticos e dá a assistência moral, evoluindo assim para outros tipos de famílias, como o da responsabilidade recíproca e o da afetividade, mas sem abandonar as anteriores.

O conceito arcaico de família, determinado pela forte presença da instituição religiosa e do Estado foram grandes influências para a constitucionalização da família no direito civil, desde o código de 1916, quando família era vista como “pessoas que possuíam relação de consaguinidade, sendo nesse preceito envolvidos todos aqueles que apresentam a mesma genética”. (BITTAR, 1993, n.p). No caso, o Código visava exclusivamente as relações familiares biológicas.

Com a Constitucionalização do Direito Civil em 1988, houve uma maior valorização dos institutos de direito privado, sendo possível visualizar no direito de família o surgimento de novos princípios, como dignidade da pessoa humana; solidariedade familiar; igualdade entre os filhos; igualdade entre os cônjuges; entre outros, os adequando à realidade jurídica social, através da consolidação dos aspectos normativos.

Muitos desses princípios foram classificados como cláusulas gerais, janelas abertas para que pudessem ser preenchidas e fundamentadas pelo aplicador do direito. Em outras palavras, o próprio legislador “delegou-nos parte de suas atribuições, para que possamos praticamente, criar o direito”. (TARTUCE, 2006, n.p).

É importante ressaltar, que a partir do surgimento de nova definição de família se faz necessário o estudo a respeito da evolução, sobre a qual se observam os costumes, valores morais, éticos e sociais agregados à modificação na estrutura conceitual. Contudo, essas transformações no âmbito social, com a inclusão de novos valores e interpretações de família no Brasil institucionalizada, trouxeram uma inovação no ramo do direito.

Como se verá adiante, essa reestruturação trouxe a família moderna, que passou a ser motivo de estudos, em doutrinas e jurisprudências trazendo distintos e relevantes pontos de vista, como o da responsabilidade e dever de cuidado, e o ponto de vista da afeição ou do bem estar do outro. Dessa forma, não se pode afirmar que família tem um conceito já determinado, aplicado de forma genérica, pois devido a sua amplitude e características abstratas, seria uma complementariedade de aspectos e interpretações, e não uma exclusividade do que é, e como deve ser interpretado.

3.1 Do ponto de vista estrutural

A família foi estruturada e continua a ser de acordo com vários valores e interesses comuns, além de finalidades específicas. A constituição da família teve uma estrutura tradicional, e depois outras, com casamento, sem casamento, sem filhos, ou com filhos, sendo eles biológicos ou adotados.

Desde os tempos remotos, do ocidente ao oriente, família era vista sob uma estrutura triangular, ou seja, formada por pai, mãe e filho. Podemos citar como exemplo, a bíblia sagrada que trouxe a imagem da família ocidental, a qual conhecemos por José, Jesus e Maria. O casamento era apenas um instrumento para procriação, e ainda regular o direito sucessório, pois tinha a ideia de que a formação familiar se dava apenas pela união entre homem e mulher, e que dessa relação teria o filho, sendo este o único herdeiro legítimo, que teria algum direito sobre os bens, caso o pai viesse a falecer.

Família, em Roma, denominado *Pater familia*¹, era estabelecida como o domínio de poder que o homem exercia sobre a mulher e os filhos, o qual o reconhecimento social da família pelo vínculo biológico remonta a costumes de sociedades antigas, como por exemplo podemos observar em leituras mais obsoletas, na literatura judaica, ou até mesmo na bíblia, no capítulo de Gênesis.

Segundo, Gonçalves (2010, p. 31), o Pater familiar era exercido sobre todos os seus descendentes não emancipados e sobre sua esposa. A mulher era totalmente dependente à autoridade marital, e o conceito de família recebia forte influência da instituição religiosa da época.

Durante a Idade Média, o direito registrou a experiência jurídica da formação familiar pela união de um homem e uma mulher com a necessária procriação. Todas as leis do séc XVIII e leis posteriores foram influenciados pelo direito canônico. Direito constituído por normas imperativas, inspiradas na vontade de Deus. Temos como exemplo dessas imposições o casamento, que era exclusivamente liderado pelo marido. Até o século XIX, o gênero masculino exercia forte influência nas relações jurídicas, como chefe de família, o qual se tem a relação patriarcal em vários registros em literaturas e documentos da época, trazendo reflexos na distribuição da população brasileira e no mercado de trabalho.

A palavra “família” é de origem latina, derivada de *famulus*, que quer dizer servidor,

¹*Pater familia* era chefe de família, dono de casa, na Roma antiga.

pois por volta do século XVIII e XIX, família era composta por todos aqueles que viviam sob o mesmo teto, numa hierarquia de senhor, mulher, filhos e os servidores, todos vivendo sob sua dominação. Ainda, o vocábulo “família” ganhou um conceito mais amplo o qual abrange pessoas que estão ligadas biologicamente. Ou seja, os membros que possuíam vínculo consanguíneo. Segundo Silvio Rodrigues (2004, p. 4) a família era formada por pessoas que possuem o mesmo ancestral comum, incluindo os consanguíneos em linha reta e os colaterais sucessíveis, ou seja, até o 4º grau.

No antigo Código Civil, família era patriarcal, tendo em vista que família era necessariamente a biológica, baseada no trinômio do casamento, sexo e procriação. A legislação antiga recebeu a influência do direito canônico e romano, tendo em vista que as normas que regiam as relações familiares eram norteadas por valores patriarcais e individualistas. (VENOSA, 2009, p. 218).

Com as mudanças advindas da industrialização, houve um aumento do fluxo imigratório, profundas transformações políticas, econômicas e sociais, que no caso das famílias ocidentais, foram ganhando mais espaço nos sistemas mais democráticos, valorizando então a liberdade, racionalidade, igualdade de oportunidades e o indivíduo.

Apesar de ainda tentarem explicar o conceito de família, de forma objetiva, não se pode esquecer do surgimento de outros tipos de família, como as famílias complexas, o qual é a presença de dois ou mais núcleos familiares; família monoparental, quando só se tem um progenitor e sua prole; ou ainda as famílias recompostas, anaparentais, dentre outras.

A Constituição Federal de 1988 vedou qualquer qualificação relativa à filiação, pois os termos advindos do Código de 1916, como “filhos bastardos, ilegítimos” passou a ter conotação e interpretação meramente didática, não mais jurídica. (VENOSA, 2009, p. 218). A luz da Constituição, família tem proteção especial do Estado, os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher, ambos também responsáveis pelo planejamento familiar, o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio, tendo a intervenção mínima, e se necessária, do Estado. (BRASIL, 1988).

Portanto, com o atual Código Civil de 2002 e com as inovações trazidas pela Constituição de 1988, buscou-se contemplar os direitos fundamentais, princípios constitucionais, além de que a consciência jurídica registra em determinados momentos históricos as várias características do que vem a ser família, no caso a biológica.

3.2 Do ponto de vista da responsabilidade

A responsabilidade civil também faz parte da realidade jurídica ou da experiência jurídica da família. Considerar a afetividade como identificador da família é desprezar certas realidades jurídicas importantes. A família no direito é vista também sob o prisma da responsabilidade civil aplicada aos seus membros, que não é somente entre pais e filhos, mas também de filhos para avós. O Estado não pode assumir algumas responsabilidades que a própria família deve ter uns para com o outros, porém tem a obrigação de intervir no que reflete a Justiça uma possibilidade do cabimento da indenização por violação ao dever do cuidado, ou por abandono afetivo.

Entende a doutrina, e já existem julgados os quais dizem que o pai não pode ser obrigado a amar o filho, pois sentimentos não se impõem, estes surgem naturalmente. Todavia, não cuidar é considerado ato ilícito, cuja previsão é a retratação, muitas vezes pecuniária, para que assim ele possa indenizar pelo dano causado ao filho.

O Superior Tribunal de Justiça decidiu que não há como obrigar um pai a amar seu filho, e que uma possível indenização não contribui em nada com uma suposta reaproximação. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 567164. Segunda Turma. Recorrente: Alexandre Batista Fortes. Recorrido: Vicente de Paulo Ferro de Oliveira Fortes. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 18/08/2009. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5399140/embdeclno-recurso-extraordinario-re-567164-mg>. Acesso em: 06set. 2020).

Confundem-se os termos responsabilidade com obrigação. Contudo, são termos distintos, assim explica sobre responsabilidade civil o civilista Cavalieri Filho (2010, p. 2), que em sentido etimológico responsabilidade seria um encargo, uma contra prestação, mas em sentido jurídico seria o dever que alguém tem de reparar um dano ou prejuízo, decorrente de alguma violação ou de um dever jurídico.

Assim, responsabilidade não deixa de ser obrigação, mas de natureza secundária, derivada de uma violação, ou dever determinado. Já a obrigação primária é aquela que ocorre em contratos, a qual advém da lei ou da vontade das partes, que se for descumprida gera a obrigação. É importante ressaltar que a responsabilidade civil se origina de diferentes causas jurídicas, e que serão abordados seus pressupostos, como conduta culposa do agente, nexo causal e o dano. Por isso, aplica-se ao direito de família a responsabilidade civil extracontratual subjetiva. Civil por abordar interesses na área privada; extracontratual por ser em virtude de danos causados a um bem jurídico; e subjetiva por ter como elemento principal a culpa do agente com previsão.

O direito se volta totalmente para a proteção da vítima, e não pelos danos causados. O

pai não tem culpa por não amar a filha, mas tem culpa por negligenciá-la, por isso deve ser responsabilizado por tê-la abandonado, deixando de a educar, conviver e todos outros deveres impostos pela lei. Contudo, a responsabilidade civil extracontratual subjetiva e familiar surgiu como a obrigação de um pai, ou mãe reparar o dano causado ao menor. Para caracterizar o abandono, é necessário analisar a conduta, culpa, nexos de causalidade, e o dano, conforme prevê os artigos 186 e 927 do Código Civil. (BRASIL, 2002).

A conduta é o comportamento do agente, caracterizado por uma ação ou omissão. Ação é a efetivação de um resultado pretendido, enquanto que a omissão é caracterizada pelo não fazer, quando em situações deveria agir ou atenuar os efeitos danosos. Dolo e culpa são distintos pela natureza do querer. O agente agiu com dolo quando desejou o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo. Por exemplo, os pais que descuidam afetivamente dos filhos, podendo dimensionar a uma conduta omissa, que pode ser caracterizada pela conduta de não fazer dos pais. Já a culpa, o agente não quis o resultado, agiu por imprudência, negligência ou imperícia.

Outro pressuposto fundamental é o nexo causal, que seria a ligação naturalística entre a conduta praticada e o dano sofrido. As condutas do agente podem ser variáveis, por isso é necessário analisar as circunstâncias, as quais contribuíram, de alguma forma, para a efetivação do dano. Para explicar melhor, Cavaliere Filho (2010, p. 48) leciona que existem algumas teorias para saber a configuração do dano. São elas a teoria da equivalência dos antecedentes e a teoria da causalidade. Explica que para saber se uma determinada condição é causa, elimina-se mentalmente a condição, através de um processo hipotético. Se não aparecer o resultado, a condição é causa, mas se desaparecer, não é. Ainda, o autor explica sobre a segunda teoria dizendo:

Uma determinada condição concorreu concretamente para o evento, é ainda preciso apurar se, em abstrato, ela era adequada a produzir aquele efeito. Entre duas ou mais circunstâncias que concretamente concorreram para a produção do resultado, causa adequada será aquela que teve interferência decisiva. (CAVALIERI, 2010, p. 50).

A teoria adotada pelo Código Civil foi a da causalidade adequada, conforme dispõe o art. 403 “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”. (BRASIL, 2002). Da teoria da causalidade adequada e do nexo causal trouxe considerações relevantes como o caso do pai ser negligente não acarreta o pagamento da indenização, uma vez que os danos causados na vida do filho, devem ter ligação íntima, direta e imediata com a conduta do genitor. E por fim, o último pressuposto a ser analisado é o dano material ou moral. O dano seria a efetiva violação ao bem jurídico tutelado, não

necessariamente bem corpóreo, ou seja, podendo ter natureza patrimonial ou extrapatrimonial, quais afetam a dignidade da pessoa humana e outros direitos personalíssimos.

No que concerne às relações familiares, Cavalieri Filho (2010, p. 83-84) aduz que nas famílias também podem ocorrer situações que ensejam a indenização por dano moral, que não está totalmente restrito à dor, tristeza ou sofrimento, estendendo-se a sua tutela para os bens personalíssimos, ou seja, danos imateriais. Os pressupostos do dano e da ilicitude não tem consequências jurídicas semelhantes em todos casos. “Pode haver ilicitude sem dano e dano sem ilicitude”. (CAVALIERI, 2010, p. 18). O que o autor quis explicar é que existe a possibilidade de haver uma conduta culposa ou dolosa sem que cause prejuízo a outrem.

Não se tem como falar de responsabilidade civil aplicada ao direito de família, sem tecer considerações relevantes sobre as excludentes de responsabilidade. Paula Bodanese, explica que na responsabilidade civil decorrente do abandono moral paterno, existem algumas excludentes: desconhecimento do genitor, ou seja, não sabia da existência do filho; a alienação parental provocada pela genitora ou pelos seus ascendentes; ausência de danos psicológicos na formação da criança ou jovem. (BODANESE, 2011, p. 42).

É importante ressaltar que no caso de ausências justificáveis, o pai que viaja demasiadamente a trabalho, ou a mãe que reside em estado ou país diferente da prole, casos de afastamentos judiciais são praticamente aceitos e abonam a ausência afetiva. (SILVA, 2010, p. 5). Essas ausências justificáveis ainda podem minimizar os efeitos quando os genitores mantêm contato, seja fisicamente ou por meios de tecnologias.

A convivência afetiva dos filhos e pais é fundamental. A proteção ao direito à convivência familiar está previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, com especial proteção a Constituição Federal. Desse modo, a lei diz que é dever da família, da comunidade e do Poder Público assegurar os direitos fundamentais das crianças e adolescentes, o direito à dignidade, educação, entre outros.

Waldyr Grisardo Filho (2005, p. 46) afirma que a convivência familiar é algo a ser priorizado por todos, pois a responsabilidade dos pais não se resumem em dar a vida a um ser humano, tendo que prestar-lhe afeto, carinho, amor e aconchego, educação, vestimentas e todos outros direitos inerentes a um ser. Maria Berenice Dias (2007, p. 407) ensina a importância da figura do pai, pois sua ausência pode originar problemas sérios no futuro do jovem. O pai deve gerar um comprometimento com o filho, para um relacionamento pleno e sadio. Não se tratando de impor valores, ou até mesmo o amor, mas reconhecer que o afeto pode ser um bem mais valioso.

Já existem muitos julgados condenando genitores a reparar os danos morais decorrente

desse abandono afetivo para com os filhos, o que para Dias (2007, p. 409) se a Justiça analisar cada caso com cautela, poderá desempenhar papel pedagógico no seio das relações familiares, com o objetivo de ensinar os genitores que possam ser responsabilizados pelos seus atos, trazendo uma melhor visão para o direito de família contemporâneo.

Corroborando com tal entendimento Álvaro V. Azevedo (2004, p. 14) afirma que o “descaso entre pais e filhos é algo que merece punição, é abandono moral grave, que precisa merecer severa atuação do Poder Judiciário”, não querendo impor qualquer obrigação de amar, ou ter afeto, mas sim a responsabilidade de não ter cumprido com o dever de cuidado, causando trauma de rejeição e indiferença.

Outra decisão do STJ que pleiteava indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo foi analisada pela Ministra Fátima Nancy Andrighi, que proferiu a frase “Amar é faculdade, cuidar é dever”, formalizando o entendimento de que o abandono gera o dever de indenizar. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.159.242/SP. Terceira Turma. Recorrente: Antônio Carlos Jamas dos Santos, Recorrida: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relatora Min. Nancy Andrighi. Brasília, 24/04/2012. DJe 10/05/2012. Disponível em: https://migalhas.uol.com.br/arquivo_artigo/art20120510-02.pdf. Acesso em 22 maio 2020). O dever do cuidado não se limita somente em relação aos pais com os filhos menores, como também os filhos com seus pais na velhice, estando previsto expressamente no dispositivo no art. 229 da Constituição Federal.

Para Gama (2006, p. 108) o art. 229 da Constituição traz a responsabilidade especialmente quanto a pessoas dos avôs, o qual se deve prestar ajuda e amparo na velhice, carência ou enfermidade, bem como as necessidades afetivas e psíquicas dos mais velhos. Assim, como os pais se descumprirem o dever de cuidado caracteriza o abandono afetivo, aplica-se de forma análoga quando os filhos adultos descumprem o mesmo dever com os pais, idosos ou enfermos. Isto, a doutrina chama de abandono afetivo inverso.

Segundo Jônes Figueiredo Alves, em entrevista ao Instituto Brasileiro de Direito de Família (2013) disse que o abandono afetivo inverso tem valor jurídico imaterial servindo de base para o estabelecimento da solidariedade familiar e da segurança afetiva da família. O termo “inverso” do abandono consiste na mesma interpretação atribuída aos pais com os filhos, sendo que o inverso seria dos filhos com os pais. Também gerando o descumprimento, o dever de indenizar.

Portanto, amar é uma faculdade, pois há todo um processo de desenvolvimento. Contudo, cuidar, educar, zelar, sustentar, conviver, prover, entre muitos outros, já são deveres inerentes à afetividade oriundo da paternidade/ maternidade biológica ou socioafetivos.

Deveres estes que o seu descumprimento pode acarretar danos, às vezes, irreversíveis aos filhos. O descumprimento de tais deveres gera a responsabilidade paterna/materna de indenizar o filho pelos danos causados, sejam eles materiais ou imateriais.

3.3 Do ponto de vista da afeição ou do bem estar do outro

O pensamento jurídico sobre o assunto também registra a afeição como um dos elementos importantes na relação familiar, não como o único, pois também vemos os institutos biológicos, e ainda o da responsabilidade familiar, o quais não se excluem, mas se complementam.

A constituição federal de 1988 inovou o conceito de família trazendo novos modelos, como o reconhecimento da união estável, família monoparental, bem como a responsabilidade dos pais com os filhos, sob a égide da lei. A interpretação das normas também trouxe princípios, normas como a dignidade da pessoa humana e a afetividade como elemento essencial nas relações familiares. De forma implícita, a afetividade tem sido objeto de estudos em doutrinas e jurisprudências no âmbito da família.

É importante ressaltar, que a interferência estatal é mínima, quando se tem desafeto. A justiça tem seu papel importante quando ocorrem divórcios, dissoluções conjugais e violências no âmbito familiar, assim como o Estado também tem o dever da proteção à família. Pode-se observar que o afeto está presente nas relações familiares, desde os tempos mais remotos. Demonstrando que o afeto vai muito além do laço biológico, pois o que é importante é a convivência familiar entre os indivíduos que compõe e unem os membros de uma família, ou grupo social.

Para Simões (2007, n.p) a família moderna é baseada na afetividade. O legislador não pode criar ou impor a afetividade como *erga omne*, “pois esta surge pela convivência entre pessoas e reciprocidade de sentimentos”. Ou seja, a relação de amor, carinho, atenção, e principalmente o afeto, não passam de valores que constituem o âmbito familiar.

Segundo Monteiro (2016, p. 16), o direito que o indivíduo tem ao afeto é também a liberdade de se relacionar com outras pessoas, pois o afeto ou afeição seria um direito individual, o qual a pessoa é livre para se afeiçoar-se com quem queira. O enfoque trazido pela afetividade se traduz em algumas consequências jurídicas como o reflexo de modificações da nova estrutura da Constituição, como por exemplo a igualdade jurídica entre os filhos biológicos e adotivos; igualdade dos genitores em relação aos direitos e deveres; adoção; produção assistida; entre outras.

Simões traz a importante reflexão, que o afeto pode ser caracterizado como a relação entre cônjuges, que não se vinculam só pelo sangue, mas por amor e carinho, já que em muitos julgados existe a sobreposição do vínculo afetivo ao vínculo biológico. Assim, observa-se que o vínculo afetivo está evoluindo juntamente com a sociedade, *ubi societas ubi iuris*.

O que o direito tem trazido foi uma visão mais abrangente sobre família, não importando se é biológica, adotiva, monoparental, e também não importando o lugar que o indivíduo ocupe, se é mãe, pai, ou filho, mas o que é realmente importante é pertencer ao grupo, integrando-se sentimentos, esperanças e valores. Nas palavras de Washington Monteiro “o ideal a ser alcançado em todas as relações familiares é a harmonia, por meio do afeto”. (MONTEIRO, 2016, p.8).

Para o civilista argentino Borda (2002, p. 22) o estado de família seria lastreado por cooperação, respeito, cuidado, amizade, carinho, afinidade, atenção, amor e afeto, entre todos os membros. Seria o relacionamento entre os familiares do grupo. Assim, o afeto tem um papel muito importante no contexto das famílias brasileiras.

Os pais e filhos não são unidos apenas por laços de sangue, mas também pela afetividade, carinho, amor, sentimentos de prosperidade, uma vez que tudo isso é mais importante que o vínculo consanguíneo, pois na realidade brasileira temos exemplos de famílias com laços de sangue, mas que não tem nenhum sentimento, ou afeição, ou ainda vivem um verdadeiro conflito dentro de casa, com seus próprios familiares.

Segundo Fachin(2003, p. 29) o que une os pais e filhos é o afeto, e todos outros sentimentos inerentes ao ser humano, que manifestam em sua subjetividade a importância destes, perante o grupo social e à família. Por isso, dizer que só o vínculo de sangue predomina, estaríamos sob uma visão genérica, e sabemos que ao analisar a realidade social, não é bem assim. Isto já está pacificado nos tribunais.

Para Belmiro Pedro Welter o não reconhecimento das paternidades genética e socioafetiva de forma simultânea, com a concessão de todos os efeitos jurídicos seria negar a teoria tridimensional do direito de família, como reflexo da dignidade humana, pois a filiação socioafetiva é tão irrevogável quanto a biológica, já que ambos fazem parte da trajetória da vida humana. (2009, n.p).

Em que pese a família tradicional, existe também a socioafetiva, que não tem qualquer laço consanguíneo, mas originou-se da relação afetiva, de amor e carinho entre os membros. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que a paternidade socioafetiva não exime a responsabilidade do pai biológico, que tem o dever/ obrigação de prestar assistência e cuidar dos filhos, quando menores, ou maiores incapazes.

A tese estabelecida na repercussão geral admitida no Recurso Extraordinário nº 898.060-SC, reconheceu que a existência de uma paternidade socioafetiva não exime da responsabilidade o pai biológico. “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. Supremo Tribunal Federal. RE 898.060/SC. Segunda Turma. Recorrente: A N; Recorrido: F G. Relator Min. Luiz Fux. Plenário. Brasília, 21 de setembro de 2016. Disponível no endereço eletrônico <http://stf.jus.br/portal/autenticacao/sobonumero11936696>. Acesso em: 25 de set. 2020).

No caso acima, o que ponderou foi que a paternidade, como instituto jurídico, e a ascendência genética, como vínculo consanguíneo, significam para todos os fins jurídicos: as obrigações parentais e direitos sucessórios decorrentes de ambas as relações; paternidades cumuladas (multiparentalidade); responsabilidade do pai biológico perante o filho, mesmo existindo o pai socioafetivo. Assim, nenhuma relação é exclusiva ou predominante em relação a outra.

Destarte, não se confunde paternidade e vínculo biológico. Possuem valores distintos. O primeiro é o valor jurídico do afeto, já o segundo possui a força normativa do vínculo genético, valor da origem biológica. O que se tem do pai socioafetivo é abrangente por doutrinas e jurisprudências, a partir do conceito de quem ama, cuida. Já o pai biológico existente não pode eximir-se de responsabilidades e obrigações, pois quem gera, obriga-se. Dele não se desvincula, ele será genitor durante toda a vida, mesmo sendo outro fazendo a função paternal.

Portanto as relações familiares sofrem forte influência e proteção dos princípios e regras constitucionais. As famílias formadas unicamente por amor, carinho e afeto traduzem a ideia de que família é felicidade e harmonia entre seus membros, é um pai/mãe que ama o filho, o filho que ama o pai/mãe, irmãos que brincam, brigam, mas se amam.

4 A TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE HUMBERTO ÁVILA COMO OBJEÇÃO HERMENÊUTICA

Desde o início do projeto, o maior objetivo foi apresentar objeções hermenêuticas à existência da afetividade como princípio de direito. A primeira hipótese de solução foi trazer o termo afetividade como ambíguo, podendo encontrar um conjunto de doutrinas brasileiras com mais posições contrárias a sua existência do que favoráveis. Já na segunda hipótese de solução, o estudo buscou registrar a experiência jurídica acerca do conceito estrutural de família, desde o período da colonização, até no contexto brasileiro atual em que vivemos, o que não significa que foi substituída, mas que ainda também se considera família os laços biológicos e o cuidado mútuo. Sendo assim, a afetividade seria uma interação entre pessoas, constituindo-se como apenas mais uma característica, e que não ostenta o status de princípio de direito. Por fim, dentre várias teorias dos princípios de direito, o que pretende demonstrar nesse capítulo com a teoria de Humberto Ávila como marco teórico, é o esclarecimento do que vem a ser princípio de direito para além das teorias de Dworkin e Robert Alexy.

Humberto Ávila é hoje conhecido por suas pesquisas técnicas sobre princípios de direito. Sua teoria foi lançada em 2003, bem recente, e o livro que lhe deu nome – Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos – está em sua 19ª edição. A obra foi resultado de suas pesquisas para o doutorado em direito na Alemanha e seu objetivo foi, inicialmente, diferenciar princípios de regras jurídicas.

Além de buscar essa diferença, Ávila procurou clarear o conceito das espécies normativas para que pudessem ser bem utilizadas no contexto jurídico. Isso o levou a concluir seu trabalho por “saber qual é o modo mais seguro de garantir sua aplicação e sua efetividade”. (ÁVILA, 2013, p. 28).

Embora o objetivo do autor seja explicar a diferença de princípios e regras, para nós nessa monografia o importante foi saber como ele caracteriza um princípio de direito e se a afetividade pode ou não ser considerada um princípio de direito aplicada ao direito de família. É importante fazer uma análise dentro do contexto interpretativo do direito em que atualmente vivemos, ou seja, do pós positivismo e do neoconstitucionalismo. Esses dois movimentos trouxeram para a hermenêutica jurídica o valor ou a ética como componente imprescindível do processo interpretativo e aplicativo do direito no século vinte e um.

Para tanto, é necessário um esclarecimento prévio sobre a hermenêutica neoconstitucionalista que atualmente promove a observância dos princípios de direito tanto quanto a norma jurídica na perspectiva do somatório da ética com o direito para a afetivação da

justiça, neoconstitucionalista a fim de esclarecer melhor o objetivo do projeto, além de contextualizar nessa exposição a importante contribuição de Ronald Dworkin sobre a teoria dos princípios, como se verá, a de Humberto Ávila por seguir uma explicação da escola alemã, já Dworkin por seguir a escola anglo-saxã.

4.1 A hermenêutica do neoconstitucionalismo e o princípio de direito

O neoconstitucionalismo surgiu no Brasil após o advento da Constituição Federal de 1988, a qual é norteada por princípios que protegem e geram deveres e obrigações. Os seus efeitos no Brasil são o desenvolvimento da argumentação jurídica e o crescimento da importância do Poder Judiciário.

Foi conferido ao Ordenamento Jurídico brasileiro o reconhecimento de possibilidades de diversos arranjos familiares, como por exemplo, as famílias poliafetivas. A afetividade nas relações familiares tornou-se um termo relevante em discussões, orientações doutrinárias e jurisprudências, vivenciando uma realidade que muitas vezes o vínculo afetivo é superior ao vínculo biológico.

Para Galvão (2012, p. 129) “o neoconstitucionalismo tem como ferramentas interpretativas a aplicação direta da afetividade de princípios constitucionais e a prática da ponderação de valores”. O que o autor quis dizer é que a afetividade na nova constituição estaria mais relacionada à uma visão da sociedade contemporânea, bem como seus efeitos nas relações jurídicas, o que para alguns doutrinadores é princípio, para outros um valor, e outros mero sentimento.

O neoconstitucionalismo trouxe transformações na sociedade, com a valorização dos direitos fundamentais e princípios. Nas palavras de Paulo Nader (2008, n.p) são princípios e regras que advém da lei, moral, religião e controle social. A estrutura familiar é distinta do conceito originário e patriarcal, o qual não se tem definição objetiva de família, o qual a nova constituição traz apontamentos e parâmetros além da inclusão de princípios consolidados como dignidade da pessoa humana e solidariedade familiar.

Higgo Henrique Pereira Braga (2011, p. 19) aduz que a Constituição de 1988, no que concerne ao Direito de Família, trouxe o reconhecimento de união estável, família monoparental, anaparental, igualdade jurídica entre os filhos, igualdade entre os cônjuges, facilitação do divórcio e da isonomia e mecanismos de defesa para idosos e menores.

No tocante ao Direito de Família, a família passou a ser institucionalizada de forma descentralizada e democrática, baseando no afeto e nas relações pessoais entre seus membros.

Para o atual cenário, o afeto é um campo abrangente nas relações familiares. Assim, um vínculo familiar é muito mais o afeto entre pessoas, do que uma relação consanguínea, a qual a afetividade entre relações devem ser reconhecidas, protegidas pelo Direito como forma de entidade familiar. O que impulsiona um vínculo é o amor, carinho, bem estar, afeto ou qualquer outro sentimento.

Segundo Fachin (1999, p. 10) sob o ponto de vista do neoconstitucionalismo, houve uma maior valorização de princípios constitucionais, servindo como base para o reconhecimento de novos modelos de famílias, ainda que não fizessem parte do rol taxativo do art. 226 da Constituição Federal. Já Bruno Ribeiro (2013, p. 27) acredita que família deva ser pautada na dignidade de cada um dos seus integrantes, assim tornando-se uma instituição afetiva, democrática, plural e livre, buscando o reconhecimento de novos princípios e valores.

Família, nas palavras de Sanches (2011, p. 442), deixou a ideia de patriarcal, centralizada e religiosa para uma família livre, feliz e afetiva, os quais seus membros têm uma preocupação mais com o bem estar dos outros, do que o sangue que circula nas veias de cada um. A ideia arcaica de família biológica vem perdendo força, e ficando mais para um contexto histórico do que sociológico.

A partir da Constituição Federal de 1988, a ideia de família inovou-se com o surgimento de novos modelos familiares, mesmo que ainda não expressos, valorizando princípios como dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade em busca de felicidade de seus membros, o qual se tem uma maior realização do indivíduo tanto pessoal como profissional com o afeto nas relações familiares.

Assim, o neoconstitucionalismo trouxe a importância e relevância dos princípios constitucionais, direitos fundamentais e a afetividade na sua aplicação adequando-se à sociedade, e não apenas vinculada a algo jurídico. O direito deve acompanhar a evolução da sociedade, o que acontece nas mudanças legislativas, conforme a atual sociedade contemporânea.

Com a nova corrente, a interpretação constitucional consiste na força normativa da constituição, nos quais são reconhecidas como normas também jurídicas. Estando presentes os elementos essenciais para a interpretação do Direito, sendo importante ressaltar a valorização dos princípios, muitas vezes, “são pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais”, se adequando melhor à Constituição brasileira, dando mais efetividade à sua interpretação. (BARROSO, 2003, n.p).

No que concerne à interpretação jurídica, pode ser feita de duas formas, a primeira quanto ao papel da norma, e a segunda em relação ao papel do juiz. Quanto ao papel da norma,

muitas vezes não se encontra de forma abstrata ao texto normativo, tendo que utilizar outras formas de análise, e não só a lei. Assim, também é em relação ao papel do magistrado e do intérprete a aplicar a norma ao fato, o qual muitas vezes não é só importante o conhecimento técnico, mas também outros elementos, como a ponderação de princípios, cláusulas gerais, colisões entre normas constitucionais, trazendo uma nova interpretação, inovando na forma de aplicar o direito, formando o novo constitucional.

4.2 O pós-positivismo de Ronald Dworkin e o princípio de direito

Ronald Dworkin, filósofo e jurista é hoje conhecido por suas obras, trazendo grandes reflexões jurídicas acerca do conceito de regras e princípios, em *Levando os direitos a sério* – está em sua 3ª edição, traduzido por Nelson Boeira, parte da teoria em que o direito consiste na interpretação construtiva, fazendo críticas à corrente positivista. Em sua outra obra, muito conceituada, “*O Império do direito*”, fez a aproximação entre direito e moral, contribuindo um tanto para as decisões judiciais, nos tribunais.

O objetivo do autor é sustentar que a teoria mais adequada é a do direito como integridade, o qual busca junto a equidade, justiça e o processo legal a ter uma visão mais moral e social, do que apenas jurídica, na aplicação do direito à realidade. Veremos a seguir a concepção de Dworkin, quando trata dos princípios e de sua aplicação a comunidade.

Com a Constituição Federal de 1988, a interpretação das normas legislativas trouxe uma maior valorização de princípios e regras normativas, que no conceito de Ronald Dworkin “as regras são aplicáveis à maneira tudo ou nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ele fornece deve ser aceita, ou não é válida”. (DWORKIN, 2007, p. 39).

Segundo Dworkin, o magistrado ao aplicar o direito, deve partir sua decisão de uma análise criteriosa, levando em consideração o que diz a Constituição, legislações esparsas, códigos, para assim efetivar a aplicação dos princípios jurídicos. A tese dworkiana fundamenta-se na compreensão jurídica como interpretação construtiva, a partir de fatos ocorridos, aplicando-se às práticas sociais.

Dworkin (1999a, p. 56) ainda afirma que existem divergências doutrinárias e jurisprudenciais, não só em sentido fático, bem como no sentido das normas jurídicas. Por isso, a aplicação do método interpretativo passa à norma jurídica um sentido consistente, sobre aquilo que será posto em prática diante uma análise mais genérica. Então, Dworkin apresenta três teorias de interpretação do direito, quais sejam: convencionalismo; pragmatismo jurídico; e o

direito como integridade. O primeiro consistindo no pensamento que o direito é aquilo que é, e não o que deveria ser. No caso, a sua aplicação não permite modificações, seguindo assim regras de acordo com sua política ou ética, levando em consideração as decisões tomadas pelas políticas passadas. (DWORKIN, 1999a, p. 141).

O pragmatismo jurídico seria a contestação ao argumento de que os direitos teriam como base as decisões políticas, para afirmar tal pensamento, Dworkin (1999a, p. 185) “nega que decisões políticas do passado, por si sós, ofereçam qualquer justificativa para o uso ou não do poder coercitivo do Estado”.

E por fim, a última teoria apresentada, o direito como integridade, que estaria totalmente relacionada à equidade, justiça e o processo legal, no qual as proposições jurídicas “são verdadeiras, se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”. (DWORKIN, 1999a, p. 272).

Em levando os direitos a sério, Ronald Dworkin fez a distinção entre regras e princípios, que não são contraditórios, mas concorrem entre si, uma vez que um pode prevalecer sobre o outro, sem excluí-lo. (DWORKIN, 1999b, p. 26). Trazendo aos princípios uma dimensão de peso, no qual o magistrado pode se utilizar, sem que este prejudique a sua decisão.

Logo, o autor explica que o direito é interpretativo, na qual entre todas as teorias, a que mais se destaca é a do direito como integridade, sendo a melhor forma de adequação e justificação da prática jurídica como um todo. (DWORKIN, 1999a, p. 490). A interpretação construtiva dworkiana traz em seu contexto uma nova interpretação do que vem a ser afetividade, e se teria os requisitos necessários para ser classificada como princípio de direito ou apenas um postulado, como diria o doutrinador Humberto Ávila, em seu livro Teoria dos Princípios.

Em um primeiro momento, seria importante explicar o que seria o afeto. O afeto seria uma característica daquilo que se sente, e não do que se tem. Ou seja, o correto seria dizer que um indivíduo sente afeto por outrem, no qual se insere em um rol de sentimentos, como em querer dar carinho e amor, pois assim a pessoa não tem amor por outra pessoa, mas sente um sentimento por ela com o passar dos tempos. A afetividade no direito de família nada mais é vista como esse laço que unem membros de uma família, ou até mesmo um grupo social, sejam eles consanguíneos ou não. Porém é algo que não se generaliza, isso significa dizer que não é só família aqueles que sentem afeto uns pelos outros.

Sendo assim, afeto não é posto, mas suposto. É algo intrínseco, não extrínseco. Afasta-se então a afetividade como princípio jurídico do direito das famílias. (FARIAS;

ROSENVALD, 2013, p. 73). Esse pensamento vem de que não se pode obrigar a alguém a nutrir afeto por outrem, dessa forma Ávila diz ou se sente afeto de forma natural, verdadeira ou não sente, pois da mesma forma que não se exige o amor, o afeto também não pode ser exigido.

Logo, o afeto não é como um princípio exigível, mas como um postulado normativo, ou norma de segundo grau. (ÁVILA, 2012, p. 141). Para Ávila, os postulados dividem-se em dois: os hermenêuticos e os aplicativos. Conforme diz o jurista, o primeiro seriam aqueles que ajudam a se ter uma melhor compreensão geral do Direito. Já os postulados aplicativos são aqueles que definem critérios ou métodos de aplicação a outras normas.

Normas de segundo grau, mais conhecidas também como metanormas, são aquelas que não se aplicam, mas orientam e norteiam a aplicação dos princípios e regras ao caso analisado. São normas observadas, não exigidas, e que se diferem dos princípios. Se estes orientam a aplicação ao magistrado ou intérprete do Direito, aqueles não são aplicáveis, mas ajudam aos magistrados e os intérpretes a desenvolverem linhas de raciocínio e argumentos.

No que concerne aos postulados aplicativos, se tem a presença de alguns princípios como eficiência, razoabilidade, igualdade entre outros. Mas no ramo do direito de família, especificamente teríamos o afeto, que orienta a aplicação de princípios pertinentes nas relações familiares.

Diante do exposto, o afeto seria como um norte que orienta as diversas decisões jurisprudenciais quando o assunto é família, é como um precursor o qual faz com que toda decisão seja baseada ou leve o afeto em consideração, mas que esse não seja o principal fundamento para a aplicação da norma legislativa. Em outras palavras “que toda decisão judicial, quando análise casos de família, leve em conta o afeto. Que todo o sistema jurídico gire em torno do afeto. Mas que nunca se cobre judicialmente afeto de alguém”, (ÁVILA, 2012, n.p), uma vez que afeto não se impõe muito menos se exige.

4.3 A Teoria dos Princípios de Humberto Ávila e a afetividade no direito de família

Humberto Ávila é muito importante para a defesa desse projeto, cujo objetivo é demonstrar que afetividade não é e nem pode ser princípio de direito. Através deste marco teórico é possível confirmar a tese inicial dessa dissertação por meio da conotação que dá Ávila ao que ele entende teoricamente ser um princípio de direito bem diferente das demais teorias como a de Dworkin e Alexy.

Ávila inicia sua exposição fazendo menção das teorias de Ronald Dworkin e de Robert Alexy. A intenção foi expô-las para depois apresentar a diferença da sua teoria a respeito dos

princípios. Tentou deixar claro que ambos os autores definem princípio de direito a partir da diferença funcional entre a aplicação de regras e princípios.

As regras em rota de colisão, por antinomia, se resolvem por critérios de validade, uma é declarada válida e a outra inválida, estabelecendo-se assim uma hierarquia entre elas. (ÁVILA, 2013, p.131). Mas quando são chamadas à aplicação de um caso concreto as regras se aplicam no tudo ou nada por meio da subsunção. Já para o autor, essa teoria não pode ser aplicada aos princípios, por não possuir essa característica de preponderância e exclusão, no qual princípios, em sua teoria, “atribuem fundamento a outras normas, por indicarem fins a serem promovidos, sem, no entanto, preverem o meio para sua realização”. (2013, p. 136). No caso da aplicação dos princípios, para o jurista norte-americano e para o jurista alemão esses se aplicam mediante uma ponderação (2013, p. 131).

Interessante notar que Ávila afirma que a ponderação nem sempre pode ser aplicada a princípios por causa de sua característica, que não lhe é exclusiva. Para ele, a “ponderação pressupõe a concorrência horizontal entre princípios, e nem todos os princípios mantêm uma relação paralela entre si.” (ÁVILA, 2013, p. 132). Há três razões que ele aponta para os princípios não estarem todos dentro dessa conceituação. A primeira é que nem todos os princípios exercem a mesma função. “Há princípios que prescrevem o âmbito e o modo da atuação estatal, como os princípios republicano, federativo, democrático [...]”, há também aqueles que “... conformam o conteúdo e os fins da atuação estatal [...]”, há também o fato de que nem todos os princípios se situam no mesmo nível e, por fim, o fato de que “nem todos os princípios têm a mesma eficácia [...]”. (ÁVILA, 2013, p. 133), podendo servir para a função interpretativa bem como a integrativa.

Ávila também entendeu ser importante diferenciar postulado e princípio porque ambos apelam para valores de maior abstração. Para o autor, postulado não é princípio e nem regra. Existem dois tipos de postulados, os meramente hermenêuticos, destinados a compreensão em geral do direito, e os postulados aplicativos, cuja função é estruturar a sua aplicação concreta. (2013, p 141-143). Os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das regras, não se situam no mesmo nível e nem possuem os mesmos destinatários. Ao Poder Público são dirigidos os princípios e regras, já os postulados são direcionados para o intérprete e o aplicador do Direito. (ÁVILA, 2013, p. 143).

Temos como exemplos de postulados hermenêuticos aqueles relacionados ao ordenamento jurídico, ou sejam a interpretação conforme a Constituição. E os postulados aplicativos temos a aplicação de razoabilidade, proporcionalidade e proibição de excessos. Mas

se princípio não é regra pela inexistência explícita da diferenciação da subsunção e da ponderação, e tampouco um postulado, o que é um princípio de direito para Humberto Ávila?

A resposta nós encontramos quando ele analisa isoladamente o princípio de direito. Os princípios, segundo ele, têm um elemento essencial que é a indeterminação estrutural: “...princípios são prescrições finalísticas com elevado grau de generalidade material, sem consequências específicas previamente determinadas.” (ÁVILA, 2013, p. 136). São normas que prescrevem fins, disse.

Os princípios são, portanto, normas que atribuem fundamento à outras normas, por indicarem fins a serem promovidos, sem, no entanto, preverem o meio para a sua realização. Eles apresentam, em razão disso, alto grau de indeterminação, não no sentido de mera vagueza, presente em qualquer norma, mas no sentido específico de não enumerarem exaustivamente os fatos em presença dos quais produzem a consequência jurídica ou de demandarem a concretização por outra norma de modos diversos e alternativos.”. (ÁVILA, 2013, p. 136).

Outra característica importante apontada por ele é que princípios podem produzir consequências jurídicas, e sua resolução pode se dá por modos alternativos ou diversos, aproximando princípios de conselhos e valores. Isso implica dizer, segundo ele, que os princípios de direito não vinculam por serem referenciais relativos, aplicados a casos vários sem a obrigatoriedade de se tornarem precedentes.

Importante ressaltar que, para Ávila, ainda um conselho é aquilo que pode guiar uma decisão, ou seja, mesmo que “o princípio da afetividade” possa existir e ser aplicado como tal, não passa de um mero conselho, que pode guiar ou não a decisão em relação ao direito de família. Aplicando tal conceito à afetividade como princípio a caracterizar uma família, afetividade se fosse princípio nestes termos não passaria de um mero conselho ou valor, não passando de um valor relativo que não vincula à decisão e à caracterização de família. Sendo valor, “...algo que estabelece qual comportamento é mais aconselhável ou mais atrativo conforme determinado sistema de valores, e cuja aplicação demanda uma operação de prevalência diante de outros valores contrapostos”. (ÁVILA, 2013, p. 137).

Conclui-se, conforme a interpretação trazida por Ávila, que o afeto em si, ou a necessidade de certas pessoas estarem juntas para se relacionarem dentro de um mesmo espaço e concorrerem para objetivos comuns, não se presta a servir como “conselho” ou mesmo “valor”. E ainda que sirva para em determinadas ocasiões orientar certas decisões judiciais não podem servir como precedentes para caracterizar uma família porque são parâmetros relativos, que se prestam a toda e qualquer finalidade que se queira.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo o que foi exposto, passou a ser provável a inexistência do princípio da afetividade como um dos modeladores da natureza familiar. Primeiro, porque é um termo que possui diversos significados trazendo divergência doutrinária para o âmbito jurídico, e que foi necessária a explicação através de todas as vertentes.

Ao desenvolver a pesquisa, o intuito foi demonstrar que apesar de parte da doutrina entender que a afetividade é considerada como princípio de direito, sendo fundamental nas relações de família, se tem a vertente doutrinária que nega, dizendo que tal termo não possui característica principiológica. Porém para se ter uma explicação melhor acerca da caracterização do que é um princípio de direito, foi necessário explanar com base em opiniões doutrinárias e teorias dos filósofos juristas Dworkin, Ávila e Alexy.

Ainda no primeiro capítulo, abordou-se a objeção de doutrinadores que negam o termo afetividade como princípio, classificando-o assim como uma interação desenvolvida entre os indivíduos, ou seja, os laços afetivos, entre os membros de uma família ou grupo social. Que o acolhimento jurídico dos vários núcleos familiares tem previsão principiológica, como o da dignidade da pessoa humana, em nossa Constituição Federal, não havendo a necessidade de se criarem outros, como o da afetividade.

O que nos remete a pensar que o afeto não pode ser o elemento fundamental para a existência de uma família, pois não pode ser aplicado de forma generalizada, já que existem famílias, biológicas ou adotivas, dentro da mesma casa, porém sem qualquer afeto, o qual este não se impõe. Além da afetividade, entre os familiares deve existir a responsabilidade civil de uns para com os outros e nem sempre a afetividade protege.

O que deve ser observado é se a afetividade constitui características de princípio, ou se estaria mais além, como por exemplo, algo intrínseco, de dentro para fora, pois afeto as pessoas sentem por animais, amigos, namorados, que até então não são família.

Assim, conclui-se a pesquisa trazendo a Teoria dos princípios de Humberto Ávila, que diferencia regras de princípios, fazendo explicação direta e objetiva sobre os postulados hermenêuticos e aplicativos, e quando e como estes se inserem no nosso ordenamento jurídico. Porém Ávila não é o único a servir de parâmetro nesse propósito, mas os demais como Dworkin e Alexy, que apenas encaram o princípio com base na diferenciação entre as normas e princípios, ou entre suas funções características.

Se a afetividade fosse algo obrigatório, estaríamos sujeitos a imposição de um pai a amar, ter carinho e afetividade por um filho, que só agora soube da sua existência, importante

dizer ainda que afeto não tem prazo. Uma pessoa pode levar anos a sentir afeto por alguém, como outras podem em apenas algumas horas já considerar a pessoa de sua família. Isto é, a afetividade além de não ter característica de obrigação legal, não se aplica de forma generalizada. Por isso, alguns julgados tem decidido que o abandono afetivo, não se dá em razão do afeto, ou da falta deste, mas sim da falta de cuidado e responsabilidade daquele pai com o filho, que muitas vezes pode acarretar problemas psicológicos.

Partindo de todo o conhecimento abordado, o projeto chega ao seu fim reafirmando que o afeto não pode ser algo imposto ou exigível, pois da mesma forma que não se obriga uma pessoa a amar outra, ninguém pode obrigar o indivíduo ter ou sentir afeto por outrem, o qual caracteriza a afetividade nesse ponto de vista, como um postulado, que orienta o magistrado e o intérprete a ter uma aplicação do direito, levando em consideração a realidade jurídica e social em que vivemos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Jônes Figueiredo. **Paternidade e vínculo biológico, valores distintos**, 2016. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/387822902/paternidade-e-vinculo-biologico-valores-distintos>. Acesso em: 10 agos. 2020.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Introdução à ciência do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 3ª Edição, 2005.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 13ª edição. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 14ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 16ª edição. São Paulo: Malheiros, 2015.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Jornal do Advogado*, OAB, São Paulo, n. 289, p. 14, dez, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Disciplina legal dos direitos do acionista minoritário e do preferencialista. Constituição e espaços de atuação legítima do Legislativo e do Judiciário**. In: *Temas de direito constitucional*, t. III, 2005.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo, Saraiva, 1999.

_____. **Neoconstitucionalismo: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Acesso em: 25 out. 2020.

_____. **O constitucionalismo democrático no Brasil**, 2011. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2012/12/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>. Acesso em: 25 out. 2020.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 9.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. Lições de Filosofia do Direito. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **Opositivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone Editora, 2006.

BODANESE, Paula. **O Dever de Indenizar por Dano Afetivo nas Relações Paterno-Filiais**, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros. 1997.
BORDA, Guillermo A.; BORDA, Guillermo J. **Manual de família**. 12. ed. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2002.

BRAGA, Higgs Henrique Pereira. **Direito de Família**. In: Silvio Neves Baptista(coord.) Manual de direito de família. 2 ed. Recife: Bagaço, 2010.

BRASIL, **Portaria n.º 3.214, de 08 de junho de 1978**. Brasília, 3.214 de 08 de junho de 1978. Disponível em: https://www.trt2.jus.br/geral/tribunal2/ORGAOS/MTE/Portaria/P3214_78.html. Acesso em: 25 out. 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 02 out. 2020.

_____. **Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 31 ago. 2020.

_____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 10 set. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1159.242**. Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 08/10/2013. Diário de Justiça 15/10/2013. Disponível em: https://migalhas.uol.com.br/arquivo_artigo/art20120510-02.pdf. Acesso em 22 maio 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial n. 567164 MG**. Segunda Turma. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Data de julgamento: 10/09/2009. Diário de Justiça: 11/09/2009. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5399140/embdeclno-recurso-extraordinario-re-567164-mg>. Acesso em: 06 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 898.060 SC**. Relator: Ministro LuisFux. Data de Julgamento: 21/09/2016. Diário de Justiça: 29/09/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919>. Acesso em: 25 out. 2020.

CALDERON, Ricardo L. **Famílias: afetividade e contemporaneidade - para além dos Códigos**. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). Pensamento Crítico do Direito Civil Brasileiro. Curitiba: Juruá, 2011.

_____, Ricardo Lucas. **O percurso construtivo do princípio da afetividade no Direito de Família Brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos**. Disponível em <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/26808/dissertacao%20FINAL%2018-11-2011%20pdf...>. Acesso em 23 de setembro de 2020.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9º Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de filosofia do direito**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CUNHA, Alexandre dos Santos – "A normatividade da pessoa humana: o estudo jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002" – **Rio de Janeiro: Forense, 2005**.

DEL VECCHIO, Giorgio. **História da filosofia do direito**. Tradução de João Batista da Silva. Belo Horizonte: Líder, 2006.

_____, Giorgio. **Lições de Filosofia do Direito**, 5ª edição. Tradução de António José Brandão. Coimbra: Armênio Amado – Editor, 1979.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2003.

DWORKIN, Ronald. (1999a). **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999a.

_____, Ronald. (1999b). **Taking Rights Seriously**. Cambridge, Harvard University, 1999b.

_____, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. De Nelson Boeira. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao novo código civil: do direito de família; do direito pessoal; das relações de parentesco**. 1. Ed. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Curso de Direito Civil, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. Vol. 6. Salvador: JusPodivm, 2013.

FIUZA, Cesar. **Direito Civil – Curso Completo**. 12ª ed. Belo Horizonte: Editora DelRey, 2008.

FREITAS FILHO, Roberto. **Intervenção Judicial nos Contratos e Aplicação dos Princípios e das Cláusulas Gerais: o caso do Leasing**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2009.

GABRIEL, José Luciano. **Breve resumo de filosofia geral e conceitos de filosofia do direito**, 2012. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-100/breve-resumo-de-filosofia-geral-e-conceitos-de-filosofia-do-direito/>. Acesso em: 25 out. 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**. Vol. VI. São Paulo: Saraiva, 2011.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito**. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

GALVES, Carlos Nicolau. **Manual de filosofia do direito**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Das relações de parentesco. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Direito de família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: DelRey, 2006.

Gonçalves, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 6: Direito de Família**- 7 ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

GONZAGA, Alvaro de Azevedo, ROQUE, NathalyCampitelli. **Tridimensional do Direito, Teoria**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: **Teoria Geral e Filosofia do Direito**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/64/edicao-1/tridimensional-do-direito,-teoria-teoria>. Acesso em: mar. 2020.

GRISARDO, Filho, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

IBDFAM. **Abandono afetivo inverso pode gerar indenização**, 2013. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+inverso+pode+gerar+indeniza%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em 20 jul. 2020.

JUNG, Luã Nogueira. **Levando Dworkin a sério: uma revisão (crítica) da teoria do direito de Ronald Dworkin**, 2018. Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/luan_jung.pdf. Acesso em: 25 out. 2020.

KIIMPEL, Vitor Frederico; PONGELUPPI, Ana Laura; BORGARELLI, Bruno de Ávila. **Paternidade biológica versus socioafetiva: alguns apontamentos**, 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/registrar/253265/paternidade-biologica-versus-socioafetiva-alguns-apontamentos>. Acesso em: 11 out. 2020.

LIMA, Geildson de Souza. **A evolução no conceito de família: a família como instrumento na busca da felicidade**, 2016. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47369/a-evolucao-no-conceito-de-familia-a-familia-como-instrumento-na-busca-da-felicidade>. Acesso em: 15 out. 2020.

LIMA, Simone Alvarez. **Neoconstitucionalismo do Brasil: do positivismo à nova leitura constitucional a respeito dos valores**, 2016. Disponível em: <http://abdconst.com.br/revista15/neoSimone.pdf>. Acesso em: 25 out. 2020.

LINS, Regina Navarro. **O livro do amor**. V.1. 3.ed. Rio de Janeiro: BestSeller, 2013.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **O Contrato – Exigências e Concepções Atuais**, São Paulo, Saraiva, 1986. Hannah Arendt (Entre o Passado e o Futuro, São Paulo, 1979).

_____. **Direito Civil: Famílias**. 4.ed. 2. Tiragem. [s.l.]: Saraiva, 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: direito de família**. 43ª ed. Vol 2. São Paulo: Saraiva, 2016.

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

Paulo Nader. **Introdução ao Estudo do Direito**, 30ª edição, Forense, 2008.

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: DelRey, 2009.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha e SILVA, Cláudia Maria. **Nem Só de Pão Vive o Homem**. Revista Sociedade e Estado, Brasília, Vol. 21, Nº. 03, p. 667-680, set./dez. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/se/v21n3/a06v21n3.pdf>>. Acesso em: 23 de agos. de 2020.

RABENHORST. Eduardo Ramalho. **Dignidade da pessoa humana e moralidade democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. **O Direito como Experiência: introdução à epistemologia jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2003.

_____. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5. Ed. São Paulo – Saraiva, 1994.

RIBEIRO, Bruno Marques. **Relações familiares simultâneas à luz da ordem civil**

constitucional. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Uberlândia, Minas Gerais, 2013.

RODRIGUES, Silvio de Salvo. **Direito Civil. Vol. VI – Direito de Família**. 5. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

SANCHES, Patricia Corrêa. **Mudança de gênero e da identidade de nome**. In: DIAS, Maria Berenice. **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SANTOS, Alexandre Magno Borges Pereira. **Princípios: características e funções**, 2013. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/37359/principios-caracteristicas-e-funcoes>. Acesso em: 10 set. 2020.

SANTOS, Alexandre Magno Borges Pereira, Jefferson Coelho. **Valorização jurídica da afetividade nas relações familiares**, 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/30467/valorizacao-juridica-da-afetividade-nas-relacoes-familiares/2>. Acesso em: 04 jun. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 4ª ed. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 15ª ed. São Paulo: editora Malheiros, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang, Priscilla Menezes da. **A Amplitude Da Responsabilidade Familiar: Da Indenização por Abandono Afetivo por Consequência da Violação do Dever de Convivência, 2010**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/imprensa.php?t=artigo>. Acesso em: 26 de junho de 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang Regina Beatriz Tavares da. **A família é preservada na VI Jornada de direito civil**. Disponível em: Acesso em: 26 jun. 2020.

SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. **A família afetiva — o afeto como formador de família**. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte, out. 2007. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=336>. Acesso em: 23 mai. 2020.

SIMON, Henrique Smidt. **Epistemologia e Limites da Racionalidade Jurídica**. Um estudo da teoria da proporcionalidade. Curitiba: Editora CRV, 2013.

SOUSA, Andreaze Bonifacio. **O princípio da afetividade no direito brasileiro: quando o abandono afetivo produz dano moral**, 2008. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/o-principio-da-afetividade-no-direito-brasileiro-quando-o-abandono-afetivo-produz-dano-moral/>. Acesso em 08 agos. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do Direito de Família brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 1º, n. 1069, 5 jun. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8468>. Acesso em: 02 set. 2020.

_____. **O princípio da afetividade no direito de família**. Disponível em

<http://www.fatonotorio.com.br/artigos/ver/246/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>. Acesso em: 26 jun. 2020.

_____. **O princípio da afetividade no direito de família**, 2012. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>. Acesso em: 20 out. 2020.

TATURCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: direito de família**, v. 5. 6. ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado, RIBEIRO; Gustavo Pereira Leite. **Manual de direito das famílias e das Sucessões**. Belo Horizonte: DelRey: Mandamentos, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. edição atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 9 ed. – São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Direito Civil: direito de família**. 5 ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2005.

VERDAN, Tauã Lima. **A tabua principiológica do direito das famílias> comentários a influência do pós-positivismo no ordenamento jurídico brasileiro**, 2012. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/30083/a-tabua-principiologica-do-direito-das-familias-comentarios-a-influencia-do-pos-positivismo-no-ordenamento-brasileiro>. Acesso em: 10 out. 2020.

WELTER, Belmiro Pedro Marx Welter. **Teoria Tridimensional do Direito de Família**. Tese de doutorado, ... Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

WERNET, Monika; ÂNGEL, Margareth. **Mobilizando-se para a família: dando um novo sentido à família e ao cuidar**2003. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S008062342003000100003&script=sci_arttext&tlng=pt. Acesso em 25 out. 2020.