

A AFETIVIDADE NO ELEMENTO JURÍDICO: PRINCÍPIO, REGRA OU VALOR A DESENCADear RELAÇÕES JURÍDICAS DE DIREITO

**THE AFFECTIVITY IN THE LEGAL ELEMENT:
PRINCIPLE, RULE, OR TRIGGER VALUE LEGAL RELATIONS OF LAW**



Wilson Rodrigues Rosalin Júnior

Graduando em Direito pela FDSM

Artigo resultante do Projeto de Pesquisa destinado à Coordenadoria científica e de pós-graduação Núcleo de pesquisa da Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM, conforme Edital de Iniciação Científica Institucionais da Fapemig–Pibicn. 03/2013 sob orientação do Prof. Me. José Francisco de Oliveira.

wilsonjr@fdsu.edu.br

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6531802983749665>

RESUMO |

O presente artigo busca apresentar a influência gradativa do Princípio não positivado da Afetividade no Direito de Família – suas implicações jurídicas levando em conta quesitos como valoração pecuniária do afeto, responsabilidade civil e (in)segurança jurídica, através da detecção a evolução histórica do Princípio da Afetividade no ordenamento pátrio expondo sinteticamente a dualidade formal e material desta evolução, bem como as consequências positivas ou negativas da aplicação deste questionando os reflexos que a sobreposição do princípio da afetividade sobre o da consanguinidade possa trazer ao direito por seu uso ora como princípio, ora como norma, ora como valor pelo julgador.

PALAVRAS-CHAVE |

Constituição. Direito de família. Afetividade.

ABSTRACT |

This article aims to show the gradual influence of the non positivised affection principle in Family Law – its legal consequences taking into account issues such as pecuniary affect valuation, civil liability and (un) legal certainty, by detecting the affection principle historical evolution in the paternal order exposing synthetically the formal and the material duality in this evolution, as well as the positive or negative consequences of this questioning application the reflections that overlap the affection principle upon the inbreeding can bring the right for its use sometimes as a principle, either as a rule, or as value by the judge.

KEYWORDS |

Constitution. Family Law. Affectivity.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O movimento feminista como precursor da transformação familiar moderna. 3. Do sujeito de desejo para a afetividade: uma construção da psicanálise no direito de família. 4. Dois paradigmas em movimento: as relações familiares e a modernidade contemporânea. 5. A constitucionalização do direito civil e seus reflexos no direito de família. 6. A construção jurisprudencial sobre a afetividade e a incursão problemática do ativismo. 7. A posição do IBDFAM quanto à afetividade. 8. Conclusão. Referências

1. INTRODUÇÃO

A análise da afetividade como quesito da construção familiar gera um desafio tendo em vista sua percepção *sui generis* sob os subsistemas que envolvem o Direito e, em particular o de Família, braço onde a expressão afeto melhor agrega valor à norma.

Desde a promulgação do novo Código Civil em 2002 criou-se um novo paradigma no Direito Brasileiro, por meio da ruptura de laços do caráter individualista e egoístico (leia-se patrimonial) de seus modelos antecessores.

Neste sentido, institutos de Direito e particularmente o de Família passam a ser analisados dentro de uma concepção social importante, indeclinável e inafastável: O princípio constitucional basilar da dignidade da pessoa humana.

Progressivamente, com o avanço do fenômeno da constitucionalização do Código Civil cedendo este, primazia à Constituição Federal de 1988 (CF/1988), apresentaram-se por meio dos Tribunais Superiores, desde 2012, posições favoráveis no que tange a um novo modelo familiar, não mais nuclear, decisões estas pleiteadas em face da morosidade legislativa em ofertar soluções para o contexto.

Entretanto, algumas das sentenças atinentes a este ramo do Direito Civil têm ultimamente sido apresentadas na decisão da lide *per si*, mais igualmente um tom de principiologia exacerbada, permitindo que o discurso jurídico crie um liame metafísico quanto à proposta inicial de sorver uma resposta aceitável (leia-se satisfativa) ao caso concreto.

Esta amálgama tem força para gerar uma mistura heterogênea preponderante se levada em conta à determinação da CF/1988 quanto à fundamentação das decisões judiciais, em determinadas circunstâncias.

Como num efeito cascata, tais decisões passariam a serem dentro deste subsistema, baseadas em fundamentações não elencadas no universo jurídico, abrindo pressupostos avessos ao caso concreto, gerando fissuras que podem contaminar a referida fundamentação levantando dúvidas quanto à eficácia da sentença, quer no universo jurídico, quer fora dele.

Nesta nova concepção, as sentenças favoráveis às novas propostas de núcleos familiares criam acessos a uma série de direitos, os quais até hoje cobram de forma consciente do Poder Legislativo, a necessidade preeminente de uma regulamentação que coíba tal exacerbação.

Aqui nasce o enfoque conjugado ao novo modelo familiar e ao tema Afetividade, reconhecida como essência das relações familiares, e relacionada diretamente com o sistema de cláusulas gerais, adotadas pela nova codificação, agora, sob a luz constitucional.

Tais cláusulas, consideradas como janelas abertas *numerus apertus*, são deixadas pelo legislador para preenchimento (leia-se interpretação) pelo aplicador do Direito.

Não obstante, o Direito de Família passa a discutir temas onde o reflexo das sentenças tem agora uma valoração moral extensiva. Embora sem registro na Constituição, o *Princípio não positivado da Afetividade* abre uma tripartição preocupante, no que tange a seu uso ora como princípio, ora como regra, ora como valor¹ em nossos tribunais.

Neste sentido quando a regra tem validade normativa, então, então seu raio de aplicação limita-se na extensão desta. Segundo Alexy, as regras agregam, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que, a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau”.²

O afeto talvez seja apontado, atualmente, como o principal fundamento das relações familiares. É pacífico que este decorre da valorização constante da dignidade humana. O problema incorre na inconstância do ser humano, em nosso caso pelo aplicador do direito.

1. FARIAS, Thainá S. G. C., CAVALCANTE, kercya M.M. et al. *As principais diferenças entre as teorias da ponderação de Robert Alexy e a Teoria de Dworkin*. [...] Ao se referir as teorias de ponderação, temos uma análise voltada para diferenciação de regras e princípios, defendida por Robert Alexy. Esta é uma técnica aplicada para garantir a normatividade e conservação da constituição. No entanto, nem sempre as regra são adaptadas aos casos concretos. Para interpretar, a aplicação dos princípios e regras, é de essencial importância tomamos por base, uma teoria dos princípios, a qual se adequa ao direito democrático, agindo de maneira justa. [...] Apesar das críticas, especialmente as formuladas por Dworkin, entendemos a concepção dos princípios como mandados de otimização como adequada a um sistema jurídico no qual reine um Estado de Direito que se pretenda democrático. (Grifo nosso) Disponível em: <http://direito7uerr.blogspot.com.br/2013/01/principais-diferencas-entre-as-teorias.html>. Acesso em: 21/04/014.

2. ALEXY, Robert, *Constitucionalismo Discursivo*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 91.

A relevância preponderante e as consequências para a construção do Direito *per se* embasadas na incerteza de aferir a este princípio, ora um caráter constitucional (reiterando, não positivado), ora infraconstitucional, ou ainda colocado como valor moral, (de mera conduta) permitem que esta gere sequelas no nicho familiar, por vezes irreparáveis, as quais são determinantes para uma conotação normativa, na qual se permitem (em tese) direcionar decisões num sentido comum aos anseios sociais.

2. O MOVIMENTO FEMINISTA COMO PRECURSOR DA TRANSFORMAÇÃO FAMILIAR MODERNA

Desde a transformação das *gens*³, da construção primária do conceito de família até os nossos dias que, este conceito tem sofrido transformações contínuas. Analisando cuidadosamente o desenrolar da caminhada humana percebemos a tênue mutação no que tange à aplicabilidade da expressão, cujas raízes históricas se fazem presentes inclusive nas revoluções industrial ocorrida em 1760 e francesa em 1789, as quais são consequência de diversos movimentos⁴ não menores em relevância, que em suma objetivavam num sentido quase único, a ruptura com os paradigmas então vigentes, qualquer fosse à área a estes movimentos pertinentes.

3. Na Roma antiga, **gens** ou **genos** era um grupo de pessoas ou clã que compartilhavam o mesmo nome de família. Os diferentes ramos do mesmo gens tinham um sobrenome comum. [...] Por exemplo, o gens Cornelia incluía os Cornélii Scipiones, Cornélii Balbi, Cornélii Lentuli, etc. _____ In: FREDOUILLE, Jean-Claude. *Dictionnaire de la civilisation romaine*. Larousse, Paris, 1986, p. 118.

4. [...] “No século XVII, a Inglaterra viveu um período de transformações sociais e políticas conhecido por Revolução Inglesa. Teve início em 1640 e fim em 1688/89 com o golpe de Estado. Naquela época, os elementos da nobreza e os pequenos proprietários de terras começaram a exportar seus produtos a outros países da Europa e conforme a exportação aumentava, os proprietários de terras iam expulsando famílias camponesas das terras. Essa prática recebeu o nome de cercamento. Os camponeses foram obrigados a irem para as cidades buscando empregos com baixos salários nas manufaturas e nas pequenas fábricas que iam surgindo. Dessa forma, os industriais e os comerciantes enriqueceram rapidamente”. Disponível em:

<http://www.historiadomundo.com.br/idade-moderna/revolucao-inglesa.htm> . Acesso em: 22/04/2013.

[...] “Em 1358, os camponeses franceses se sublevaram com armas nas mãos contra os nobres e o clero, em uma luta contra a intensificação da exploração. A ação dos camponeses contra seus inimigos foi violenta, como também foi violenta a repressão das classes dominantes contra a sublevação. Disponível em: <http://www.historiadomundo.com.br/idade-media/revoltas-camponesas-do-seculo-xiv>”. Acesso em: 22/04/2013.

[...] “Os processos revolucionários provocaram certa tensão na França, de um lado estava a burguesia insatisfeita com os jacobinos, formados por monarquistas e revolucionários radicais, e do outro lado as monarquias européias, que temiam que os ideais revolucionários franceses se propagassem por seus reinos. Foi derrubado na França, sob o comando de Napoleão, o governo do Diretório. Junto com a burguesia, Napoleão estabeleceu o consulado, primeira fase do seu governo. Este golpe ficou conhecido como 'Golpe 18 de Brumário' em 1799. O Golpe 18 de Brumário, marca o início de um novo período na história francesa, e conseqüentemente, da Europa: a Era Napoleônica”. Disponível em: <http://www.historiadomundo.com.br/idade-contemporanea/eranapoleonica.htm>. Acesso em: 22/04/2013.

Neste íterim, a instituição do casamento, [...] “considerado pelo Direito Canônico um sacramento perpétuo, indissolúvel pelas partes”⁵ apresenta agora, pela ótica do direito civilista uma visão mais objetiva, técnica e patrimonial onde, por meio da formação do [...] “casamento civil fez-se a *corrente contratual*, em oposição ao caráter religioso, [...] por decorrer da vontade das partes”⁶. (Grifo do autor)

Esta nova contextualização trás luz a uma série de situações jurídicas que migram desde a constituição familiar, passando pelo debate sobre separação, guarda de filhos, alimentos e herança, entre outros.

A instituição então originária do casamento, enraizada na veia humana desde a Criação, tem uma conotação religiosa pertinente, sendo reconhecida como fato social relevante desde o Concílio de Trento em 1563⁷ onde, numa série de formalidades e ritos, passaria a servir de parâmetro pessoal e social para sua confirmação, constituindo-se anátemas⁸ face ao não cumprimento destes pressupostos comprovando como o instituto ainda sob o viés religioso aspergia seus reflexos na vida social e jurídica do indivíduo.

Entretanto,

[...] se a intenção volitiva é da essência do casamento, nem por isso subsiste ampla liberdade, porquanto princípios de ordem pública estipulados pelo Estado e inderrogáveis pelos contratantes delimitam o ato constitutivo. Assim, por exemplo, não é lícito aos contraentes a liberação unilateral ou recíproca dos deveres inerentes ao matrimônio (fidelidade recíproca, mútua assistência, coabitação, guarda e sustento da prole). Mesmo o distrato, representado pela dissolução da sociedade conjugal ou do vínculo, se sujeita a requisitos estabelecidos em lei.⁹

Com o passar das gerações, mais precisamente no acentuar do declínio da preponderância patriarcal, [...] “surge o movimento feminista, a grande revolução do século

5. CARVALHO, Dimas Messias. *Direito de família*: Direito Civil. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 28.

6. _____. Op. cit. p. 28.

7. Concílio Ecumênico de Trento (1545-1563). Sessão XXIV, Cânones 971 a 982, p. 38-39. Disponível em: <http://tottustusmaria.com/maria/downloads/trento.pdf>. Acesso em: 22/04/2013.

8. Sentenças de maldição que resultam na expulsão da Igreja; excomunhão.

9. OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. *Emocionando a razão*: aspectos sócio afetivos no direito de família (União Conjugal e Entidades Familiares). Belo Horizonte: Inédita, 1999, p. 21.

XX". Na batalha por um lugar ao sol, a mulher, antes renegada a uma mera condição de membro constitutivo da família (considerada relativamente incapaz pós-núpcias à luz do Código Civil de 1916), paulatinamente passa a ocupar posições antes inconcebíveis ao cenário em óbice.

Em meados da década de 1960, aporta em águas brasileiras o primeiro sinal desta revolução com o advento da Lei n. 4.121/62 ora denominada, "Estatuto da Mulher Casada", considerado pelo Direito de Família pátrio, como marco histórico para o início da transformação jurídico-familiar brasileira.

Tanto a revolução francesa como a industrial, bem como as duas grandes guerras mundiais ocorridas entre 1914-1918 e 1939-1945, de modo mais impulsivo influenciaram tal chegada, visto reduzirem drasticamente a presença masculina no mercado de trabalho, em decorrência da presença destes nos frentes de batalha.

Tal situação elencou a mulher a um novo patamar, quebrando a mística de que esta serviria apenas para cuidados com o lar, com os filhos e ainda para algumas poucas profissões consideradas insignificantes para o universo machista então dominante.

Estes fatos da história humana, associados à modernidade impulsionada pós-revolução industrial, somadas às constantes descobertas e invenções que desta decorreram, independentemente das áreas agregadas, mas principalmente,

a tecnologia, roubou tais afazeres primitivos das mulheres, mas ao mesmo tempo, atraiu-as para dentro das fábricas, a fim de continuarem a realizar as mesmas tarefas que executavam no lar. Por outro lado, a mecanização agrícola reduziu a necessidade de mão-de-obra no campo e fomentou a vida urbana. Esta, por questões de moradia, contribuiu para a redução da dimensão média da família e a mulher, com tarefas domésticas reduzidas, ficou livre para atividades extrafamiliares. A necessidade de aumentar a renda familiar, a fim de poder adquirir fora o que antes era produzido pela mulher dentro do lar levou esta a buscar ocupações assalariadas.¹¹

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 3.

11. CARDONE, Marly A. Aspectos histórico-sociais do direito do trabalho da mulher. *Revista de Direito do Trabalho*, n. 3, n. 14, p. 23-45, 1978. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ref/v16n2/08.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2013.

Dada às mudanças de cenário, o movimento persegue uma constante para que, nos dias atuais, estudiosos¹² atestem ainda não disporem de um conceito para que o Direito possa usá-lo como parâmetro desta nova visão.

A modernidade, vinculada ao processo de dissociação, marcado pelo [...] “individualismo moderno do século XI”¹³, trás consigo um desejo manifesta de independência, donde posições, antes bem definidas como provedor ou mantenedora tinham seu cabimento claramente alocados.

Talvez, as razões [...] estivessem no encaminhamento que foi dado pelas feministas às discussões que fomentavam a discórdia das relações entre homens e mulheres e a maneira como fora formulada a reivindicação de igualdade, que deveria seguir um modelo masculino, construído sobre a negação de que qualquer atributo, justa ou injustamente, associados à mulher, como a ternura, a afetividade, fossem preteríveis ao primado da razão.¹⁴

Na busca por uma isonomia mais coerente, as mutações familiares seguiram um fluxo constante, buscando refletir a insatisfação do momento.

Noutro extremo, enquanto as transformações recaíam paulatinamente sobre a sociedade, apesar das conquistas, [...] “o direito civil clássico, retratado pelo Código de 1916, silenciava sobre o tema, restando apegado às noções de família legítima e atrelando os vínculos familiares apenas a elos matrimoniais, biológicos ou registrais”.¹⁵

Consequentemente, devemos compreender que, por mais igualitário que o princípio isonômico pretenda ser, este não poderá, deixar de observar as nuances e diferenças físicas e biológicas entre os dois sexos, masculino e feminino, sob pena de não cumprir seu papel mais importante, que é o de bem organizar e estruturar o Estado.

No que tange à isonomia, o tripé formado pela filosofia, sociologia jurídica e psicanálise contribuem através de suas especificidades à hermenêutica

12. “Na Europa pré-moderna, a maior parte dos casamentos eram contraídos não sob o alicerce da atração sexual mútua, mas o da situação econômica. Entre os pobres, o casamento era um meio de organizar o trabalho agrário. Era improvável que uma vida caracterizada pelo trabalho árduo e contínuo conduzisse à paixão sexual”. In: GIDDENS, Antony. *A transformação da intimidade: sexualidade, amor & erotismo nas sociedades modernas*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1993, p. 49.

13. _____. Op. cit. p. 5.

14. GONÇALVES, Andréa Lisly. *História & gênero*. Belo Horizonte: Autêntica, 2006, p. 67.

15. CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da afetividade no direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 3.

para que este não analise tal isonomia de modo a compreendê-la ou interpretá-la num sentido estritamente literal– permitindo dentro desta nova ótica uma postulação que supere o olhar positivista anterior.

Neste sentido,

[...] a igualdade dos indivíduos sujeitos a ordem pública garantida pela Constituição, não significa que aqueles devem ser tratados por forma igual nas normas legisladas com fundamento na Constituição, especialmente nas leis. Não pode ser uma tal igualdade aquela que se tem em vista, pois seria absurdo impor os mesmos deveres e conferir os mesmos direitos a todos os indivíduos sem fazer quaisquer distinções, por exemplo, entre crianças e adultos, sãos de espírito e doentes mentais, homens e mulheres.¹⁶

Infelizmente, a disparidade isonômica material ainda persiste em ferir o disposto constitucional diretivo¹⁷, indicando de forma clara o anseio de equiparação, mais atinente à realidade familiar reconhecida pelo universo jurídico.

Para se fazer uma leitura, ou releitura de um direito que se pretenda traduzir a família contemporânea, ou pós-moderna como dizem alguns, é necessário que as leis estejam em consonância com princípios basilares do Direito. [...] Para se compreender tais princípios, e sustentá-los, é necessário que se adote uma hermenêutica contextualizada numa revolução paradigmática.¹⁸

Embora a real paridade de oportunidades ainda se apresente na forma de uma jornada ainda por ser perseguida, equivoca-se, entretanto, aquele que persiste num olhar com desdém sobre a influência do movimento feminista e sua contribuição para a nova condição de ordem nas relações familiares, [...] “sob pena de transferir demasiadamente as divergências [...] para o juízo de família”¹⁹ e, por conseguinte vivenciar a dificuldade que o aplicador do direito tem em “resumir numa sentença” os papéis que, tanto homem e mulher ora exercem com distinção, ora confundem-se por força da modernidade.

16. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Arménio Amado, 1974, p. 203.

17. BRASIL. Constituição (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil*. [...] **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: *I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição*. Colab. Antonio Luis de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt, Livia Fernandes. 41 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 08.

18. CUNHAPEREIRA, Rodrigo da. Op. cit. p. 8.

19. OLIVEIRAFILHO, Bertoldo Mateus de. Ob. Cit. p. 7-8.

3. DO SUJEITO DE DESEJO PARA A AFETIVIDADE: UMA CONSTRUÇÃO DA PSICANÁLISE NO DIREITO DE FAMÍLIA

“Um dos marcos essenciais da revolução paradigmática no Direito Civil, e em especial no Direito de Família, é a introdução e interferência da Psicanálise no discurso jurídico”.²⁰ Somada à filosofia e a sociologia jurídica, formam o tripé que “[...] viabilizaram a explicitação social das diversas formas de relacionamentos interpessoais”²¹ dando uma melhor acepção face ao contexto.

Enquanto a filosofia transita dentro do chamado “realismo jurídico”²², segundo Jean Carbonier, a [...] “sociologia jurídica se esforça por descobrir as causas sociais que as produziram e os efeitos sociais que elas originaram”.²³ (grifo nosso).

Desde que foi por meio da psicanálise ao mundo a “descoberta” do inconsciente, [...] “o pensamento contemporâneo ocidental tomou outro rumo”²⁴.

[...] “Há uma subjetividade, um sujeito inconsciente, que também tem ação determinante nos negócios jurídicos. Em outras palavras, na objetividade dos atos e fatos jurídicos permeia uma subjetividade que não pode mais ser desconsiderada pelo Direito”²⁵

Este paradigma trouxe uma verdadeira revolução às relações familiares. A consideração antes, do desejo de ser ágora se fragmenta numa experiência de falta engendrada pelo significante, estabelecendo-se como sujeito de desejo, incidindo sobre os diversos elos da família num liame onde a afetividade [...] “passa a ser elemento presente em diversas relações familiares contemporâneas, sendo cada vez mais percebida pelo direito e pelas ciências humanas”.²⁶

20. CUNHAPEREIRA, Rodrigo da. Ob. Cit. p. 9.

21. CALDERÓN, Ricardo Lucas. Ob. Cit. p. 9.

22. [...] Segundo o qual o Direito não é o que está nas normas, mas sim no comportamento dos homens, vale dizer como ele efetivamente é existente no seio da sociedade, na aplicação das normas, sua interpretação, seu cumprimento. _____ In: LEMOS FILHO... [et al.], Arnaldo, org. 5. ed. Campinas, SP: Editora Alínea, 2012, p. 139.

23. _____. Ob. Cit. p. 137.

24. CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. Ob. Cit. pág. 9.

25. CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. Ob. Cit. pág. 9.

26. VENCESLAU, Rose Melo. *O elo perdido da filiação: Entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 231.

O direito é, sem dúvida, facto do espírito humano: resulta das persuasões (e estas constituem um facto psíquico) e das apreciações dos homens conviventes. [...] Ainda é preciso conhecer a natureza dos processos psíquicos, da atividade do espírito, para compreender a origem do direito. [...] O direito desenvolve-se inteiramente na ordem dos factos psíquicos.²⁷

Notadamente, uniões e separações, ajuntamentos e recombinações passam a constituir a amálgama central do Direito de Família, não mais homogênea pelo parâmetro anterior, entretanto, sob total amparo constitucional, pela nova ordem vigente. O agora sujeito de desejo se mostra de forma egoística, para além do *numerus clausus* construído pela escola clássica, [...] “apresentando desafios para os quais o direito nem sempre possui previsão legislada”.²⁸

A diversidade e complexidade dos litígios geram dura prova ao operador do Direito, onde a discussão passa a envolver novos temas, agora num aspecto constitucionalizado. Desta intersecção e adiante, pilares como liberdade, igualdade, dignidade e solidariedade resultam da aproximação do Direito, com o mundo fático, menos imparcial às consequências de suas decisões.

Embora o Código Civil de 2002 tenha tratado do tema de forma meramente pontual, mais reproduzindo seu antecessor do que inovando, a legislação esparsa apresentou contexto suficiente para que a afetividade viesse à tona na forma expressa.

Alicerçada principalmente numa construção jurisprudencial, as [...] remissões à sócio afetividade como [...] vínculo parental²⁹ há muito são prolatadas pelos tribunais pátrios.

DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA DE MENOR PLEITEADA POR AVÓS. POSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA ABSOLUTA DO INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE OBSERVADA. 1. É sólido o entendimento segundo qual mesmo para fins de prequestionamento, a oposição de embargos de declaração não prescinde de demonstração da existência de uma das causas listadas no art. 535 do CPC, inócurrentes, no caso.

27. DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. Trad. Antônio José Brandão. Coimbra: Arménio Amado, 1959, p. 20.

28. CALDERÓN, Ricardo Lucas. Op. cit., p. 11-12.

29. CALDERÓN, Ricardo Lucas. Op. cit. p. 3.

2. No caso em exame, não se trata de pedido de guarda unicamente para fins previdenciários, que é repudiada pela jurisprudência. Ao reverso, o pedido de guarda visa à regularização de situação de fato consolidada desde o nascimento do infante (16.01.1991), situação essa qualificada pela assistência material e afetiva prestada pelos avós, como se pais fossem. Nesse passo, conforme delineado no acórdão recorrido, verifica-se uma convivência entre os autores e o menor perfeitamente apta a assegurar o seu bem estar físico e espiritual, não havendo, por outro lado, nenhum fato que sirva de empecilho ao seu pleno desenvolvimento psicológico e social. 3. Em casos como o dos autos, em que os avós pleiteiam a regularização de uma situação de fato, não se tratando de “guarda previdenciária, o Estatuto da Criança e do Adolescente deve ser aplicado tendo em vista mais os princípios protetivos dos interesses da criança. Notadamente porque o art. 33 está localizado em seção intitulada “Da Família Substituta, e, diante da expansão conceitual que hoje se opera sobre o termo família, não se pode afirmar que, no caso dos autos, há, verdadeiramente, uma substituição familiar. 4. O que deve balizar o conceito de “família” é, sobretudo, o princípio da afetividade, que “fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico. (Grifo nosso).

(STJ - REsp: 532984 , Relator: Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), Data de Publicação: DJe 20/04/2010)

Infelizmente, como em toda novação, as correntes divergem entre si. Apesar dos aplicadores do Direito (*leia-se juristas*) entenderem que a afetividade deveria sim ser valorada juridicamente de alguma forma, a divergência ainda impera quanto à aplicabilidade disso. Princípio, norma ou valor (moral, de conduta) ou pela cepa ainda positivista, que atesta sobre o disposto onde este não pertence ao universo jurídico por fato de, se [...] “é um sentimento, [...] seria estranho para o Direito”³⁰.

Antever as mudanças e necessidades da sociedade por meio de um amparo jurídico de certo é o desafio mais incólume do Direito. A carência legislativa dá propulsão para que, tanto doutrina quanto a jurisprudência construam, quer por força filósofo-jurídica (na primeira) ou por imposição constitucional (na segunda) – uma formatação sobre o tema, embora as novas contextualizações ainda não figurem no rol de direitos positivados.

30. _____. Op. cit.p. 4.

Tal circunstância permite aos operadores do Direito (genericamente) ao buscarem novos caminhos onde a congruência entre princípio, norma ou valor moral, pode ser arremessada num limbo jurídico permitindo na argumentação, posturas que podem (*ou não!*) seguirem uma mesma linha jus filosófica, abrindo vistas quanto ao ativismo jurídico, liberando o operador a pleitear ou decidir motivado por impressões alheias ao Direito. Contudo, é inafastável que a construção do direito de família pátrio tem sorvido destas inovações para compor seu subsistema amparado numa premissa constitucional.

A socioafetividade como categoria de direito de família tem sistematização recente no Brasil. Esse fenômeno, que já era objeto de estudo das ciências sociais e humanas, migrou para o direito, como categoria própria, pelos estudos da doutrina jurídica especializada, a partir da metade da década de 1990. [...] Nenhum direito estrangeiro avançou nessa matéria tanto quanto o direito brasileiro, inicialmente na doutrina e, depois, na jurisprudência, especialmente a do STJ.³¹

Percebemos que, na lacuna gerada entre a carência legislativa e as demandas judiciais (congruentes a modernidade) é que o Direito de Família construiu sua posição no que tange a afetividade. A lacuna expôs claramente o limbo entre [...] “a realidade social – em constante alteração – e uma hermenêutica que reste a estrutura codificada estanque”.³²

Assim a aplicação imparcial de princípios ainda não positivados [...] “não apenas estimula o reconhecimento de mudanças ocorridas, como também contribui para a produção de mudanças, em virtude do inerente constrangimento à aplicação autocorretiva”.³³

31. NETTO LÔBO, Paulo Luiz. *Socioafetividade em família e a orientação do superior tribunal de Justiça*. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo (Coords.). O Superior Tribunal de Justiça e a Reconstrução do Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 644-645.

32. Não é, porém, a realidade que está em crise. Ela transforma-se continuamente. O que está em crise são os modelos mentais de compreensão dessa realidade própria da era industrial, modelos esses que precisam ser agora substituídos, justamente porque a realidade é outra. No campo do direito verifica-se igual processo de ruptura do modelo haurido da modernidade, sendo, assim, conveniente e até necessário um movimento de reflexão coletiva sobre a gênese, estrutura, função e fundamentação do direito, principalmente o direito civil, campo por excelência das relações de natureza privada e do processo de construção da ciência e da técnica jurídica”. AMARAL, Francisco. *O direito civil na pós modernidade*. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira et al. (Coords.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 63.

33. GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy ed. 2004, p. 99.

Agora, tal aplicabilidade, desprovida de uma sistemática análise de pressupostos, que agreguem parâmetros analisados numa construção legislativa, contribui para a banalização do disposto, numa clara evidência de principiologia exacerbada,³⁴ tendo em vista que nas [...] “noções de subjetividade e inconsciente foi possível compreender que a imparcialidade é diferente da neutralidade. É possível ser imparcial, mas neutralidade (do aplicador do Direito) absoluta não existe”.³⁵ (adendo nosso).

4. DOIS PARADIGMAS EM MOVIMENTO: AS RELAÇÕES FAMILIARES E A MODERNIDADE CONTEMPORÂNEA

Assim como o Direito não possui um significado ontológico, perene e estável – sendo resultante de uma contínua edificação e reedificação, sempre suscetível às infindas transformações sociais, podemos, análogo ao Direito de Família, classificar este instituto como [...] “um organismo vivo, peculiar, porém que não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade”.³⁶

Impulsionada por uma busca quase frenética de “valores” ofertados pela modernidade, a ideia concebida na Idade Média não mais culmina num porto seguro, manifesta por descrições onde a “era da incerteza” apresenta uma falsa pretensão de avanço desta modernidade, permeada quase sempre pelos princípios capitalistas, comandados por um lastro impositivo quanto a cerne em discussão.

A sociedade que entra no século XXI não é menos “moderna: que a que entrou no século XX; o máximo que se pode dizer é que ela é moderna de um modo diferente.” O que a faz tão moderna como era mais ou menos há um século é o que distingue a modernidade de todas as outras formas históricas do convívio humano: a compulsiva e obsessiva [...] sede de [...] “desmantelar”, “cortar”, [...] “reunir” ou “reduzir”, tudo isso em nome da capacidade de fazer o mesmo no futuro.³⁷

34. José Ricardo Cunha ressalta a posição de Miguel Reale, que entre nós, já havia advertido sobre o gravíssimo erro de confundir os paradigmas das ciências naturais e humanas. No mundo humano, como os fatos sociais fazem parte da vida, dos interesses e dos fins do pesquisador, este, por mais que pretenda ser cientificamente neutro, não os vê apenas em seus possíveis enlances causais. Há sempre uma tomada de posição perante os fatos, tomada de posição essa que se resolve num ato valorativo ou axiológico. CUNHA, José Ricardo. *Fundamentos axiológicos da hermenêutica*. In: BOUCAULT, C.E.; RODRIGUEZ, J.R. *Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 309-351.

35. CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. Op. cit. p. 59.

36. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 59.

37. BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentizien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar

Em igual termo, no Direito de Família, atrelado ao princípio basilar da dignidade da pessoa humana, compele ao aplicador uma convergência onde [...] “o sujeito em sua racionalidade e com o seu conteúdo de ser-de-desejo”³⁸ tratam da ética e da moral num contexto mais amplo, coibindo a excludente visão moralista que, por longo tempo persistiu em lograr infortúnios no meio e, blindam (eticamente) os demais princípios basilares de resultarem em meras indagações morais (contaminadas dada à impossibilidade de neutralidade) ou ainda, restritivas de direito.

Persistindo no viés econômico, o advento da tecnologia levou não a uma homogeneização da família per se, porém permitiu uma contextualização onde distâncias temporais e espaciais foram polarizadas, criando novas construções, díspares ao modelo ora formatado. Consequentemente o rol de opções (pessoais ou em grupo) é fortemente ampliado. Relacionamentos complexos e multiformes agregam à carência normativa um ideal de [...] “lugar comum superior a se chegar, [...] de busca coletiva por um *telos* superior”.³⁹

Ainda em decorrência escolhas, antes delimitadas pelo Estado ou pelo coletivo, foram paulatinamente deixadas à livre manifestação de vontade do indivíduo, que, amparado por uma coexistência agora constitucionalmente embasada, amplia a visão sobre solidariedade, vida e responsabilidade no que tange às novas construções familiares.

Nesse contexto, a condição humana inevitavelmente se altera, apresentando-se o direito de família numa constante, quer pela doutrina, quer pela jurisprudência, onde subjetividade e afetividade agregam valor às decisões antes meramente postulatórias.

Frutos do meio em que vivem, os componentes familiares são diretamente influenciados pelos paradigmas vigentes, refletindo numa convivência onde a modernidade líquida rompe com a máxima “até que a morte os separe” para uma conotação mais fugaz, não vinculando mais expectativas a projetos de longo prazo, antes manifestamente inseridos no modelo precursor.

38. CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. Op. cit. p. 88.

39. Aqui é possível constatar eventual ponte de contato com parte do que prescrevia Friedrich Nietzsche em entre outros na obra: *A gaia ciência*. Trad. Antônio Carlos Braga. São Paulo: Escala, 2006, p. 45.

As normas que, em coerência com o sentido do casamento ou da relação de filiação, estabelecem os deveres dos cônjuges entre si, ou os deveres e direitos dos pais e dos filhos, *não são criadas pelo direito* [...] são, pelo contrário, *normas segregadas pela instituição familiar*, como uma ordem concreta e natural, normas realizadoras de um sentido pré-jurídico – ou pelo menos anterior ao direito legislado – do organismo familiar. O legislador reconhece essa ordenação espontânea e natural da família. É esta característica que concorrentemente se traduz dizendo que o Direito de Família é um *direito institucional*.⁴⁰

Segundo Luís Edson Fachin, a [...] “experiência do direito comparado mostra que as reformas, mesmo tomando a *verdade biológica* como ponto cardeal das mudanças que fizeram operar, souberam valorizar, ainda que em graus diferentes, a verdade sócio-afetiva, através da recuperação da noção da posse de estado de filho”.⁴¹ (Grifo do autor)

A antiga fugacidade apresenta-se hoje, na forma de relacionamentos construídos sob finos laços, que podem ser desatados descomplicadamente, cedendo seu papel de ator principal no cenário à condição de coadjuvante da liberdade e autonomia individuais, onde cada um levantará vantagens (*ou não!*) das relações baseadas no afeto, tendo em vista uma menor dificuldade processual em extingui-la comparada ao casamento.

[...] há meio século, a família passava na frente do indivíduo; agora, é o indivíduo que passa na frente da família. [...] A vida privada se confundia com a vida familiar; agora é a família que é julgada em função da contribuição que oferece à realização das vidas privadas individuais.⁴²

A cinese resultante dessas transformações passa a compor item obrigatório no Direito de Família que, agora apresenta separações, divórcios e rompimentos como frutos do cotidiano, sem aquela conotação pejorativa, de fracasso existencial atribuída no modelo anterior. Aqui, a cultura não mais nuclear irrompe numa nova forma de família, agora denominada recombinação.

40. PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. trad. Antônio Carlos Braga. São Paulo: Escala, 2006.. ed. atual. por António Pinto Monteiro e Paulo da Mota Pinto. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 159.

41. FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Fabris, 1992, p. 169.

42. PROST, Antonie; VINCENT, Gérard (Orgs.). *História da vida privada. 5: Da revolução francesa à primeira guerra mundial*. trad. Denise Bottman. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 80-81.

Embora a intenção volitiva, novos relacionamentos, guarda de filhos, pensão alimentícia entre outros, permaneçam como pressupostos da dissolução conjugal, estas novas associações, correlatas à cultura do indivíduo passam a tramitar como valor superior, onde o sacramento da instituição familiar apresenta-se numa incerteza constante de conforme as notações de Ulrich Beck:

[...] tudo torna-se repentinamente incerto: a forma de convivência, quem faz o que, onde e como, as noções de sexualidade e amor e sua desvinculação com o casamento e a família, a instituição da paternidade decai na oposição entre maternidade, os filhos, com a intensidade crescente anacrônica do vínculo que representam, convertem-se nos únicos parceiros que não partem.⁴³

Apesar da recente fase mutacional, a constante dos problemas emerge dos conflitos e divergências (inter-relacionais) de tal forma que, o conhecimento das “novas bases” familiares é de extrema importância para a resolução de pretensões resistidas.

Como o Direito de Família reflete de forma mais contundente a realidade das relações do homem, deve este dialogar com os novos paradigmas vigentes, buscando uma resolução equitativa sem que distinções e classificações, arcaicas ou classificatórias, induzam o ativismo jurídico através da banalização principiológica.

Neste íterim um novo quadro se apresenta – contribuindo para que o discurso jurídico volte à proximidade com a experiência, por meio da superação da dicotomia público-privada, decorrência do processo de constitucionalização do Direito Civil (e por extensão do Direito de Família), agora norteado pelos direitos fundamentais, inderrogáveis segundo o princípio basilar da dignidade da pessoa humana.

5. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E SEUS REFLEXOS NO DIREITO DE FAMÍLIA

Oficialmente, o sete de maio de 1945 marca a rendição do exército nazista frente aos aliados sendo ponto determinante para a resolução dos conflitos no continente, embora a guerra ainda persistisse durante algum tempo no sul do Pacífico.

43. BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*: Rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora Trinta e Quatro, 2010, p. 166.

Entretanto, tomando conhecimento de forma mais realista dos horrores do holocausto, ao ponto da barbárie não servir para expressar tamanha *aberratio*, este, sem sombra de dúvidas foi o propulsor mor para a instauração de uma nova visão quanto à dignidade da pessoa do homem. Paulatinamente, instituições e organizações do mundo moderno constantemente buscam, em várias frentes, refrear através de declarações e pactos, o lado obscuro humano ora manifesto pelos arianos na segunda grande guerra.

Com o crescente processo de reconstrução e modernização, alavancado pela industrialização maciça e fenômeno de migração do campo para a cidade, somadas às mazelas⁴⁴ que o homem enfrenta deste o início dos tempos, o Estado foi influenciado de tal modo que, o processo de constitucionalização atuasse como primaz regulador das novas situações em óbice resultantes deste cenário, coibindo “a sociedade” por meio do pacto contratual mais abrangente, de seguir num caminho antes já comprovadamente verificado, infrutífero.

Assim, o

[...] Código Civil perde, assim, definitivamente, o seu papel de Constituição de direito privado. Os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados até, mas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a *organização da família*, matérias típicas do direito privado, passam a integrar uma nova ordem pública constitucional.⁴⁵ (*grifo nosso*).

A nova fase do constitucionalismo pátrio, iniciada em 1988, faz agora do Código Civil de 2002 um subsistema, agora totalmente integrado ao novo teor, onde [...] “será transformado em sua vocação – de eminentemente patrimonial, para um ramo repersonalizado, refletindo, conseqüentemente, na família, essas transformações”⁴⁶.

A força normativa da nova Carta em nada modificou a família brasileira. Sua incisão foi mais profunda, em seu DNA onde princípios fundamentais irrompem as comportas do sedentarismo anterior e catapultam um novo impulso ao indivíduo, antes subsidiado apenas ao viés positivista biológico ou adotivo.

44. [Nota do autor] Luta pela sobrevivência, pela liberdade, por terras, por trabalho e de poder.

45. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo. (Org). *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 7.

46. LIMA, Ricardo Alves de. *Função social da família: família e relações de poder – transformação funcional familiar a partir do direito privado*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 127.

Esta nova transcrição abarca não somente uma interpretação mais abrangente no que tange a direitos e obrigações, mas igualmente influencia toda uma mudança de rumo do Direito de Família, agora amparada na [...] “eficácia dos direitos fundamentais” o qual apresenta [...] “além do sentido vertical – entre o Estado e os particulares –, também entre os particulares, ou seja, horizontalmente”.⁴⁷

Dessa feita, no esvair de instituições antes pragmáticas, incontestáveis, nasce a afetividade, conduzida pela hermenêutica jurídica ao caso concreto em face das novas uniões familiares, agora detentoras de reconhecimento, dada a abertura constitucional.

Face à falta de *vontade de Constituição*⁴⁸ que persiste em fazer-se presente no Legislativo nacional, a Sociedade Civil, sedenta por respostas aos anseios (até então inexistentes no universo jurídico) busca no Judiciário sua contextualização e conseqüente amparo legal, merecendo “[...] relevo a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, no sentido de reconhecer a união estável de casais compostos por pessoas do mesmo sexo.”⁴⁹

Vale ainda destacar que, com o reconhecimento, a ratificação da entidade familiar muda de um sentido literal, para [...] “um espaço, apto a promover a dignidade de cada um dos seus componentes”.⁵⁰

Foram necessários mais de 30 anos para que, a cerne da construção de novos modelos familiares, fosse para além do *numerusclausus*. Entre a publicação do artigo “Desbiologização da Paternidade”, de autoria do ilustre

47. LIMA, Ricardo Alves de. Op. cit. p. 135.

48. [...] “essa vontade não é uma vontade qualquer. Não é apenas uma vontade no sentido léxico, conforme colocado no início deste texto. Não pode ser uma aspiração, um anseio, um desejo. Também não é uma vontade de dominação, de potência, conforme compreendido por Nietzsche na Filosofia. Esta vontade tem de ser mais. Tem de ser uma vontade consciente. Uma vontade que vincule os membros de nossa sociedade, independentemente do setor a que pertençam se do setor público ou privado. Todos estamos permanentemente convocados a dar conformação à vida do Estado. A consciência de que todos estamos envolvidos e somos responsáveis solidários pela efetivação de nossa Constituição e pela consecução dos objetivos por ela traçados. Portanto, o processo de conscientização do papel da Constituição no desenvolvimento nacional é fundamental para a própria sobrevivência de nossa Constituição. Por conseguinte, essa consciência é indispensável para a vida do próprio Estado. Sobremodo para o Estado Democrático. Essa consciência é a consciência da Vontade de Constituição”. In: D'AQUINO, Dante. *Vontade de Constituição*. Disponível em: <<http://www.dantedaquino.com.br/artigos/Artigo20.pdf>> Acesso em: 21/04/2014.

49. LIMA, Ricardo Alves de. Op. cit. p. 136.

50. _____. Op. cit. p. 137.

Professor João Baptista Vilela até as decisões supracitadas, para que suas palavras tivessem o devido respaldo, (*juridicamente falando*). [...] “A filiação, não é apenas o nascimento, a família não é apenas o sangue, mas crescer, viver, envelhecer juntos”.⁵¹

Verificamos então que a Constituição Federal de 1988 é *dirigente*⁵² e, portanto, Estado e particulares devem respeitar direitos fundamentais por ela emanados. Uma nova acepção íntegra, agora e por adiante, a nua do direito familiar, percebendo elo na construção de argumentos e fundamentações, das quais emanam toda uma doutrina e jurisprudência de vanguarda, quando analisada pela ótica do Direito Comparado.

Complementa Paulo Luiz Neto Lôbo, discorrendo sobre a intensidade do acolhimento da afetividade na nova ordem onde este, embora não positivado, tem seus valores embasados na própria Carta, no que tange ao Direito de Família:

[...] “Encontram-se na Constituição os fundamentos essenciais do princípio da afetividade, constitutivos dessa aguda evolução social da família brasileira, além dos [...] referidos: a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade da família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º); d) a convivência familiar (e não a origem biológica) é **prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente (art. 227)**. (Grifo nosso).⁵³

51. VILELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. Separata da *Revista da Faculdade de Direito* [da] Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, ano XXVII, nº 21 (nova fase), maio 1979. p.412. Arquivo em pdf fornecido pelo Orientador conveniado FDSM/FAPEMIG, Prof. José Francisco de Oliveira. E-mail: Kiko@fds.edu.br.

52. Sobre a pertinência de adotar o *dirigismo* da Constituição mesmo com alguns recentes posicionamentos que sustentam o contrário, fazemos remissão a posição de Gilberto Bercovici: “Desta forma, posso afirmar que, enquanto pretensão de constitucionalizar tudo, portando, constitucionalizando na prática, o nada, a constituição dirigente não faz sentido. Acaba se tornando uma teoria constitucional esvaziada da política e do Estado, portanto, estéril. No entanto, ela faz sentido enquanto projeto emancipatório, que inclui expressamente no texto constitucional as tarefas que o povo brasileiro entende como absolutamente necessárias para superação do subdesenvolvimento e conclusão da construção da Nação, e que não foram concluídas. Enquanto projeto nacional e como denúncia desta não realização dos anseios da soberania popular no Brasil, ainda faz sentido falar em constituição dirigente”. In: BERCOVICI, Gilberto. A constituição dirigente e a constitucionalização de tudo (ou do nada). *Apud*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.) *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 175.

53. NETTO LÔBO, Paulo Luiz. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 48.

O afeto, conjugal ou parental faz-se hoje, item necessário na nova caracterização familiar embora nem sempre este esteja presente. Apesar da novação, onde Doutrina e Jurisprudência caminham no sentido de reconhecer a afetividade como importante equação da nova(?) fórmula, não nos cabe afirmar que, se num convívio considerado família o afeto não impera, que esta perde tal característica.

O código civil, antecessor à Constituição vigente, exigiu alguns cuidados de ordem reflexiva, no que tange à sua adequação de agora subsistema, onde princípios basilares como dignidade e isonomia alçam vôos em escalas cada vez mais próximas da realidade humana onde, [...] “com efeito, não faz mais sentido a prevalência da filiação biológica, pois a Constituição não tutela apenas a família matrimonializada e não estabelece mais distinção entre filhos biológicos e adotivos”.⁵⁴

É chegado o momento de os operadores jurídicos, de um modo geral, perceberem que não há como pensar o afeto somente no “*numerus clausus*” legal-positivado. Se a sociedade evolui, se as formas relacionais assumem novas feições, cabe ao Direito, enquanto ciência abrigá-las em prol da dignidade humana. Os parágrafos do mencionado artigo 226 da atual Constituição Federal devem ser vistos como exemplificativos de modelos familiares; mas nem todas as famílias, neles, exaurem-se. Mais acertado é perceber que o caput do referido dispositivo ampliou a proteção constitucional à família, qualquer que seja o tipo de convivência, [...] na perspectiva de uma vida em comum, com estabilidade e respeito mútuo. No momento em que os tribunais, os legisladores e os juristas puderem considerar “*justa toda forma de amor*”, haverá, [...] justiça, onde, em muitos aspectos, tem-se oferecido meia.⁵⁵

Apesar de não expressa na legislação nacional, por estar implícita constitucionalmente, podemos afirmar que a afetividade faz-se presente no texto codificado em vigor. Atrelada à *dignidade da pessoa humana*, a recolocação dos valores nas relações familiares assume nova roupagem, sustentadas pela quase nenhuma intervenção governamental que assume, daqui por diante, uma postura mais assistencial sem que esta resulte numa

54. NETTO LÔBO, Paulo Luiz. *Filiação e princípio da afetividade*. Disponível em: http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_22_2_4.php. Acesso em: 20 jan. 2014.

55. DEUS, Enézio de. *Família: para além do numerusclausus*. Disponível em: http://espacojuridico.blogspot.com.br/2005/05/familia-para-alm-do-numerus-clausus_19.html. Acesso em: 15 dez. 2013.

ingerência percebendo numa [...] “proteção especial do Estado”⁵⁶ disposto no artigo 226 da Constituição Federal.

A analogia ao ninho, exposta com maestria pelo Prof. Ricardo Alves da Cunha, explicita de forma contundente a maneira como o Direito Brasileiro vê a família em suas novas acepções. Para ele, [...] “a imagem do ninho demonstra um espaço em que os integrantes se juntam para a satisfação pessoal que a união proporciona em que prevalece o laço afetivo – cujo pressuposto é a liberdade”.

Verifica-se aqui a existência de um conjunto de subsídios que culminam no reconhecimento da afetividade em nosso sistema jurídico, cuja necessidade está na indicação de dispositivos legais que visem tutelar sobre situações afetivas existenciais, compelindo à janela kelsiana a uma abertura antes defesa. Em igual termo, jurisprudência e doutrina seguem a mesma vertente. O precedente negro se forma quando na falta de uma legislação mais diretiva, derivada da orientação axiológica do “princípio” resulta em abstrações que acabam por fazer do ninho, um ambiente de rugas e mágoas impostas por decisões *extra petitas*, sem qualquer embasamento legal.

6. A CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL SOBRE A AFETIVIDADE E A INCURSÃO PROBLEMÁTICA DO ATIVISMO.

Segundo a teoria geral do direito, a hermenêutica jurídica tem por função primária:

[...] dever de interpretar normas, buscando seu sentido e alcancem tendo em vista uma finalidade prática, criando condições para uma decisão possível, ou melhor, condições de aplicabilidade da norma com um mínimo de perturbação social, empregando para tanto, técnicas interpretativas.⁵⁷

Com base nesta podemos verificar contextualmente que, a afetividade foi construída dentro do ordenamento infra normativo pátrio paulatinamente, mesmo não sendo efetivamente positivada – talvez pela cautela com que o Direito trata o “sentimento” em seu contexto jurídico visto este ser “um corpo estranho” – precedente pelo qual, outras normas que incorreram anteriormente à temática central (afeto), incorreram num propósito à confirmar sua preeminência constitucional, dado ao fato da evolução das

56. BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Colab. Antonio Luís de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt, Lívia Fernandes. 41 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 162.

57. DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. 2. ed. ver. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 836.

relações interpessoais fazerem deste, referência permanente em diversos momentos da história humana, quer para justificar ações coerentes, quer não.

Nesse ínterim, a legislação esparsa trouxe referências (sinapses) à afetividade no que tange à sensibilidade do legislador ao disposto, face aos problemas enfrentados pela sociedade. Tal Sensibilidade, antes vedada pela teoria geral supracitada, agora é manifesta numa forte tendência de busca a uma isonomia mais congruente com a diretiva da Carta de 1988.

Desse modo, leis como da Guarda Compartilhada⁵⁸ (2008), ou a nova Lei de Adoção⁵⁹ (2009) somadas à da Alienação Parental⁶⁰ (2010), entre outras, manifestamente buscam ora coibir, ora impulsionar o âmbito da família, agora [...] “formada por indivíduos que são ou que se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa”⁶¹ (*grifo nosso*), irrompendo num novo conceito, elástico pela vontade expressa de uma convivência familiar, onde filiação e consanguinidade deixam de ser os únicos ingredientes da receita.

Neste sentido, tanto doutrina e jurisprudência (mais particularmente a segunda), merecem referência ao seu papel contundente, promovendo a consolidação deste fundamento, avesso à parca introdução desta (afetividade propriamente dita) pelo viés legislativo.

58. BRASIL. Lei Federal, nº 11.698/2008. Estipula novos requisitos para a definição do regime de guarda, sendo um deles o afeto. Esta lei alterou expressamente os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil Brasileiro. Incluiu o parágrafo II do artigo 1.583, com a seguinte redação:

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

II – saúde e segurança;

III – educação.

59. BRASIL. Lei Federal, nº 12.010/2009. Cita expressamente a afetividade como critério de identificação da família *extensa* ou *ampliada* (art. 25, parágrafo único) e também como fator relevante da definição de *família substituta* (art. 28, parágrafo 3º).

60 BRASIL. Lei Federal, nº 12.318/2010. Regula e traz punições aos casos de Síndrome da Alienação Parental. Dentre os fatores que a caracterizam inclui atos que prejudiquem a relação de afeto dos filhos com um dos genitores (artigo 3º).

61. Lei nº 11.340/2006, artigo 5º, inciso II. [...] “Assim, a lei [...] ampliou o conceito de família, alcançando as uniões homoafetivas. Pela primeira vez foi consagrado, no âmbito infraconstitucional, a ideia de que a família não é constituída por imposição da lei, mas sim por vontade de seus próprios membros”. *In*: DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito & justiça*. 4 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 141.

Um dos primeiros manifestos jurisprudenciais sobre o tema da afetividade, decidindo pela manutenção da relação paterno-filial, reiterado no vínculo afetivo em detrimento ao biológico, declarando [...] que reconhecia *in casu* “uma paternidade sócioafetiva”⁶² abrem as portas do conservadorismo reconhecendo tal possibilidade amparado no positivado melhor interesse do menor.

NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. “ADOÇÃO À BRASILEIRA”. CONFRONTO ENTRE A VERDADE BIOLÓGICA E A SÓCIO-AFETIVA. TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PROCEDÊNCIA DECISÃO REFORMADA. A ação denegatória de paternidade é imprescritível, na esteira do entendimento consagrado pela Súmula 149/STF, já que a demanda versa sobre o estado da pessoa, que é emanção do direito da personalidade. 2. No confronto entre a verdade biológica, atestada em exame da DNA, e a verdade sócio afetiva, decorrente da denominada “adoção à brasileira”(isto é, da situação de um casal ter registrado com outro nome, menor, como se filho deles fosse) e que perdura por quase quarenta anos, há de prevalecer a solução que melhor tutele a dignidade da pessoa humana. 3. *A paternidade sócioafetiva, estando baseada na tendência de personificação do direito civil, vê a família como instrumento de realização do ser humano; aniquilar a pessoa do apelante, apagando-lhe todo o histórico de vida e condição social, em razão de aspectos formais, inerentes à irregular “adoção à brasileira”, não tutelaria a dignidade da pessoa humana, nem faria justiça ao caso concreto, mas, ao contrário, por critérios meramente formais, proteger-se-iam as artimanhas, os ilícitos e as negligências utilizadas em benefício do próprio apelado*. (grifo nosso).

(TJ-PR - AC: 1084179 PR Apelação Cível - 0108417-9, Relator: Accácio Cambi, Data de Julgamento: 12/12/2001, 2ª Câmara Cível).⁶³

Reitera-se no julgado acima, a disposição de Michelle Perrot, repetitivamente evocada pela doutrina onde “a história da família é longa, não linear, feita de rupturas sucessivas”⁶⁴. Aqui, a reformulação familiar dá-se num molde reconstruído, onde [...] “pelo menos um dos adultos é padrasto ou madrasta”⁶⁵,

62. TJ/PR. Apelação Cível 108.417-9, 2ª Vara de Família, Curitiba. Apelante: G.S. / Apelado: A.F.S. / Relator: Desembargador Accácio Cambi, julgado em 12.12.2001.

63. TJ/PR. Apelação Cível 108.417-9, 2ª Vara de Família, Curitiba. Apelante: G.S. / Apelado: A.F.S. / Relator: Desembargador Accácio Cambi, julgado em 12.12.2001.

64. PERROT, Michelle. O nó e o ninho. *In: Reflexões para o futuro*. São Paulo: Abril, 1993, p. 75.

65. GROENILDA, Giselle Câmara; CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. *Direito de família e psicanálise – Rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2013, p. 257.

onde o elo consanguinidade ou hereditariedade alçam voos para além da padronização ora vigente.

Consoante ao entendimento apresentado seguiu-se que, diversas outras decisões foram prolatadas no sentido de reconhecimento de vínculos sócioafetivos. Numa linguagem mais propriamente jurídica, nas relações consubstanciadas exclusivamente pelo viés do sentimento sem, entretanto deixar de desconsiderar o vínculo biológico/genético, quando pertinente ao caso.

REGISTRO CIVIL. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE VIA ESCRITURA PÚBLICA. INTENÇÃO LIVRE E CONSCIENTE. ASSENTO DE NASCIMENTO DE FILHO NÃO BIOLÓGICO RETIFICAÇÃO PRETENDIDA POR FILHA DO DE CUJUS. ART. 1.064 DO CÓDIGO CIVIL. 1. Estabelecendo o art. 1.064 do Código Civil que “ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade de registro”, a tipificação das exceções previstas no citado dispositivo verificar-se-ia somente se perfeitamente demonstrado qualquer dos vícios de consentimento, que, porventura, teria incorrido a pessoa na declaração do assento de nascimento, em especial quando induzido a engano ao proceder ao registro da criança. 2. Não há que se falara em erro ou falsidade se o registro de nascimento de filho não biológico efetivou-se em decorrência do reconhecimento de paternidade, via escritura pública, de forma espontânea, quando inteirado o pretense pai de que o menor não era seu filho; porém, materializa-se sua vontade, em condições normais de discernimento, movido pelo vínculo sócioafetivo e sentimento de nobreza. 3. “O reconhecimento de paternidade é válido se reflète a existência duradoura do vínculo sócioafetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento de lançado em registro civil”. 4. *O termo de nascimento fundado numa paternidade socioafetiva, sob autêntica posse de estado de filho, com proteção em recentes reformas do direito contemporâneo, por denotar uma verdadeira filiação registral – portanto, jurídica – , conquanto respaldada pela livre e consciente intenção do reconhecimento voluntário, não se mostra capaz de afetar o ato de registro da filiação, dar ensejo a sua revogação, por força do que dispõem os arts. 1.609 e 1.610 do Código Civil. (grifo nosso).* 5. Recurso Especial Provido.

(REsp. 878.941/DF, Terceira turma, Relatora Ministra Nancy Andriahi, DJ de 17.09.2007).⁶⁶

Em suma, os vínculos não mais se restringem no mundo jurídico, ao elo supracitado, restando de forma clarividente, posição jurídica quanto à manifestação que perdura em sociedade por um tempo relativamente anterior a atual posição. Tanto que, já há algum tempo, em [...] “reiteradas decisões, o Superior Tribunal de Justiça vem conferindo importância crescente a afetividade nas relações familiares, nos mais diversos aspectos, demonstrando que ela não se restringe a questões de parentesco”.⁶⁷

Entre tantas decisões, destacamos a manifestação do ilustre Ministro Celso de Mello, no que tange à importância dada à afetividade cujo voto se intitulou “VIII. O Afeto como valor jurídico, impregnado de natureza constitucional: a valorização deste novo paradigma como núcleo conformador do conceito de família”.

Com efeito, *torna-se indiscutível*, reconhecer que o novo paradigma, no plano das relações familiares, após o advento da Constituição Federal de 1988, para fins de esclarecimento de direitos/deveres *decorrentes* do vínculo familiar, consolidou-se na existência e no reconhecimento do afeto. [...] Cabe aferir, por necessário, que esse entendimento no sentido de que o afeto representa um dos fundamentos *mais significativos* da família moderna, *qualificando-se*, para além de sua dimensão ética, como valor jurídico *impregnado* de perfil constitucional [...].⁶⁸ (Grifos no original)

Vale ainda ressaltar que, [...] “não houve vozes em sentido contrário neste particular, ou seja, não se registrou qualquer manifestação de voto na Suprema Corte no sentido de que a afetividade seria estranha ao Direito”.⁶⁹ (*grifo nosso*)

66. STJ. Recurso Especial 709.608/MS (2004/0174616-7), Rel. Min. João Otávio de Noronha, 4ª T., unânime, j. em 05.11.2009. Trecho do voto do relator torna cristalino o reconhecimento da paternidade socioafetiva no caso em testilha: “Em casos como o presente, o termo de nascimento fundado numa paternidade socioafetiva, sob autêntica posse de estado de filho, com proteção em recentes reformas do direito contemporâneo, por denotar – portanto, jurídica – , conquanto respaldada pela livre e consciente intenção do reconhecimento voluntário, não se mostra capaz de afetar o ato de registro da filiação, dar ensejo a sua revogação, por força do que dispõem os arts. 1.609 e 1.610 do Código Civil de 2002”.

67. CALDERÓN, Ricardo Lucas. Op. cit. p. 274.

68. Trecho do voto do Min. Celso de Mello p. 40-41). Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade – ADIN 4.277/DF e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 132/RJ, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. em 05.05.2011, unânime. Trechos extraídos do voto do Ministro Marco Aurélio (p. 255.256 do Acórdão). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277MA.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2014.

69. CALDERÓN, Ricardo Lucas. Op. cit. p. 285.

Entendeu-se neste instante, que a posição dos Tribunais Superiores, de ali por diante, incidiriam sobre a possibilidade de – esta afetividade estar “incutida” no ordenamento, contrariando a postura anterior, até então dominante que, por ser um sentimento, não prestaria qualquer influência ao universo jurídico.

Atualmente, o debate doutrinário ainda é travado no sentido de determinar se a afetividade pode ser tratada como um princípio (atinente ao Direito de Família), ou não. Enquanto boa parte dos autores atesta este ser uma construção jurídica brasileira, atrelada ao Direito de Família pátrio (e, portanto, vinculado diretamente à Constituição Cidadã) outra, minoritária, classifica-o como um valor relevante (a ser observado), porém sem estar incluso no rol de princípios que regem o direito familiar, por carecerem de força coercitiva.

Embora as correntes substancialistas e procedimentalistas tenham alusões contrárias sobre a atuação judicial quanto à hermenêutica constitucional⁷⁰, é comum seu reconhecimento no que tange à função relevante do Judiciário para a resolução de conflitos.

Uma interpretação (constitucional) [...] “tem por escopo a produção de uma unidade [...] que afirma e reitera o postulado da unidade da Constituição”⁷¹,

Assim sendo, independentemente do embate – razão de ser na jornada do Direito, uma vasta construção jurisprudencial favorável à afetividade cominada ao ativismo instaurou-se ao cenário jurídico nacional e, de forma arrojada – contrariando parte dos doutrinadores – passou a ofertar respostas mais incisivas aos anseios pleiteados em lide.

70. HABERMANS Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997) é um exemplo doutrinário dos procedimentalistas, enquanto Mauro Capelletti (CAPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores? [GiudiciLegislatori?]*. Trad. Carlos Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993) é um exemplo dos substancialistas. O ativismo judicial tem sido adotado por alguns órgãos judiciários, sobretudo quando visam expandir o escopo de questões que, em um primeiro instante, seriam de competência privativa da função legislativa ou da função executiva. Com efeito, o STF adotou [...] a tese do ativismo judicial, quando reconheceu a fidelidade partidária em 4 de outubro de 2007 [...]. In: *MAGISTER, Revista de Direito Civil e Processual Civil*.v.1 (jul./ago. 2004) Porto Alegre: Magister, 2004, p. 102. Nota de rodapé.

71. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da constituição – Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris ed. 2002, p. 29.

O rompimento com o paradigma anterior apresentou-se na manifestação de sentenças com cunho mais voltado à amplitude social das decisões, buscando um maior respaldo em princípios amplamente reconhecidos no Direito de Família, como o do melhor interesse do menor que, (agora agregado à efetividade) indica uma forma de racionalização voltada para seu peso na análise do caso.

[...] Apontando as causas do superamento de determinada tese jurídica, Patrícia Perrone Campos Mello, [...] destaca que o precedente judicial perde normalmente seu *status* quando: (a) desponta contraditório; (b) torna-se ultrapassado; (c) é colhido pela obsolescência em virtude de mutações jurídicas; ou, ainda, (d) encontra-se equivocado.⁷²

Associados a estes, tanto a *incongruência social*, (manifesta pela colisão entre as normas jurídicas e os *standards* sociais expostos por meio de um vínculo negativo entre a decisão prolatada e a expectativa social), bem como a *inconsistência sistêmica*, indica uma [...] “desarmonia entre as diversas regras que compõem determinado ordenamento jurídico”⁷³, agem como base para a mudança de rumo da jurisprudência nacional.

A doutrina classifica o ativismo judicial como “[...] uma postura a ser adotada pelo magistrado que o leve ao reconhecimento da sua atividade como elemento fundamental para o eficaz e efeito exercício da atividade jurisdicional.”⁷⁴

Então, seria incongruente deixar de perceber que, tal postura conduz o juiz a impor uma racionalização do direito quando estiverem no tabuleiro jurídico peças como dignidade humana e cidadania.

Não obstante, incorre aos tribunais e, em particular às varas de família, a postura da magistratura igualmente disforme, quanto à aplicabilidade do tema (princípio, norma ou valor), decidindo o caso concreto numa tendência que por vezes, foge ao [...] “comportamento normativo (não ideológico e muito menos estratégico) que se deve apresentar nos provimentos judiciais”.⁷⁵

72. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Parâmetros da eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, coord. Direito jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 108.

73. MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 273 ss.

74. DELGADO, José Augusto. *Ativismo Judicial. O papel político do Poder Judiciário na sociedade contemporânea*. In: JAYMEM Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (coord.). *Processo civil – novas tendências: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 319.

75. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. 1. ed. (ano 2008), 3 reimp. Curitiba: Juruá, 2001, p. 191.

Assim, [...] “dependendo da forma como seja praticada, a interpretação constitucional poderá “dissolver-se” num grande número de interpretações e intérpretes”,⁷⁶ permitindo que decisões díspares a temática gerem rompimentos irreparáveis intra familiares.

Tal incursão levanta questionamentos igualmente amparados na Carta Maior, mais especificamente do artigo 93, inciso IX onde uma fundamentação quanto à aplicabilidade da expressão na sentença carece totalmente de amparo positivado e, pela ausência destes indicadores, permite uma sucessão de invasões que incidem além do esperado em lide.

A visão de um protagonismo judicial somente se adapta a uma concepção teórico-pragmática, que entrega ao juiz a capacidade sobre-humana de proferir a decisão que ele repute mais justa de acordo com sua convicção e preferência (solipsismo metódico) segundo uma ordem concreta de valores, desprezando, mesmo em determinadas situações (*hard cases*), possíveis contribuições das partes, dos advogados, da doutrina, da jurisprudência e, mesmo, da história institucional do direito a ser aplicado”.⁷⁷

Com fulcro no doutrinador italiano Mauro Capelletti, Fredie Didier Junior afirma não ser possível uma confusão entre neutralidade e parcialidade.⁷⁸ Assim, dizer que um juiz deve ser imparcial na instrução do processo e na decisão está embasado em princípios constitucionais como o do contraditório e da ampla defesa, voltados numa apresentação ampla e extensa de oportunidades quer de sustentação, quer de contradição dos fatos e provas suscitados em igual peso por ambas as partes.

O início dos problemas ocorre quando

[...] a interferência do juiz em seara que não lhe é própria tem de ser analisada com cautela, pois existem duas questões a serem observadas: ela pode ser bem aceita, em função da necessidade de resguardar os direitos fundamentais do cidadãos, e pode ser, igualmente, temerária, na eventualidade de o Judiciário extrapolar seus poderes, ao exercer o ativismo judicial atuando como verdadeiro legislador ou administrador público.⁷⁹

76. HÄBERLE, Peter. Op. cit. p. 29.

77. NUNES, Dierle José Coelho. Op. cit., p. 191-192.

78. DIDIER JR. Fredie. Curso de direito processual civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 10. ed. vol. 1 Salvador: Juspodivm, 2008. In: ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. Proposta de um formalismo-valorativo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 131-132.

79. NEVES, Isabela Dias. Ativismo judicial frente ao processo civil democrático. In: *MAGISTER, Revista de Direito Civil e Processual Civil*. v.1 (jul./ago. 2004) Porto Alegre: Magister, 2004, p. 107.

Então, afirmar que o julgador será neutro no que tange às suas influências pessoais frente ao mesmo caso concreto seria igual a sonhar com uma utopia social onde o direito certamente não é participante.

Nesta premissa, seguindo na busca

[...] “de uma *teoria da decisão judicial*, elaborada a partir de uma imbricação, [...] fazendo nascer a tese do direito fundamental a respostas constitucionalmente adequadas, [...] a partir do dever de fundamentar decisões, que, por sua vez, apresenta-se como uma exigência dos pressupostos democráticos do constitucionalismo.”⁸⁰
(grifo do autor)

Para entendermos melhor o ativismo judicial no Brasil, devemos vislumbrá-lo como algo inserido no universo jurídico pátrio oriundo de outra veia do direito, baseada na *common law* e no constitucionalismo alemão, miscelânea esta marcada como “ativismo judicial à brasileira”⁸¹ a qual Streck classifica como [...] “perigosa, porque vinculada a um ato de vontade do julgador”.⁸² “[...] o direito brasileiro revelou-se como um campo fértil para a proliferação de posicionamentos derivados de outras culturas jurídicas. Para além disso, esta recepção ocorreu de modo acrílico e equivocado, provocando, inclusive, mixagens entre as teorias.”⁸³

Esta influência, segundo ainda Streck, é exposta [...] em critérios que vão para além dos parâmetros legais, o que significa que, quando não consegue resolver o caso através da legislação, “o juiz terá que preencher o caso concreto, mediante valorações adicionais”⁸⁴. Dessa feita, o juiz passa a exercer uma função praticamente sobre-humana, [...] “uma espécie de sucessor do Poder Moderador”.⁸⁵

Tal acepção é manifesta por uma postura contraditória a doutrina e até mesmo à norma (por inexistência de parâmetros congruente ao modelo existente), gerando o que poderíamos classificar como “limbo” no que tange à fundamentação, a qual deve (ao menos em tese) sempre estar amparada na pirâmide normativa.

80. TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 109.

81. _____. Op. cit. p. 107.

82. _____. Op. cit. p. 108.

83. _____. Op. cit. p. 113.

84. _____. Op. cit. p. 113.

85. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito, política e filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo nacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 122.

Maria Helena Diniz em seu dicionário jurídico trata da temática da seguinte forma:

FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA. *Direito processual.* Motivação do magistrado no que concerne às questões de fato ou de direito, em relação ao caso *sub judice*. Constitui, portanto, a base da parte decisória da sentença.⁸⁶

Se a definição é clara quando manifesta de forma restritiva às questões de fato e direito, questionamos o julgado abaixo, no que tange ao amparo normativo para definir tal posição do julgador.

APELAÇÃO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. ALIMENTOS CONTRA TIOS. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. FIXAÇÃO DE PENSIONAMENTO. ADEQUAÇÃO. VALOR. MAJORAÇÃO. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. REDISTRIBUIÇÃO. Não houve negativa de prestação jurisdicional pelasentença. A questão relativa ao cabimento da ação buscando obrigação complementar ou subsidiária foiexpressamente enfrentada. A interpretação mais adequada do artigo 1.697 do CCB, tanto do ponto-de-vista gramatical quanto jurídico, é aquela que permite a postulação de alimentos aos parentes colaterais até o 4º grau. Ademais, no caso concreto, as necessidades dos alimentados e a impossibilidade do pai deles de prover o sustento dos filhos foi reconhecida e admitida de forma expressa pela tia. A admissão, feita por escrito em documento encaminhado aos autores, consubstancia verdadeira confissão extrajudicial(CPC, artigos 348 e 353, caput). E isso torna de rigor a procedência da demanda. As tias/alimentantes têm condições de alcançar aossobrinhos valores maiores do que aqueles fixados pela sentença recorrida. A condenação das rés ao pagamento de alimentos, mesmo em valor ligeiramente inferior ao postulado na petição inicial, as torna perdedoras da ação eintegralmente sucumbentes. Com isso, são elas que devem arcar com a integralidade dos ônus sucumbenciais. REJEITARAM AS PRELIMINARES. NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO APELO DAS RÉS E DERAM PROVIMENTO AO APELO DOS AUTORES. (SEGREDO DE JUSTIÇA). [Grifo nosso]

Apelação Cível Nº 70016425944, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Porta Nova, Julgado em 16/11/2006.⁸⁷

86. DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. 2 ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 716.

87. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. AC: 70042676312 RS , Relator: Alzir Felipe Schmitz, Data de Julgamento: 09/06/2011, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 29/06/2011. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19985945/apelacao-civel-ac-70042676312-rs>. Acesso em 20/01/2014.

Inicialmente, o grifo inicial nos surpreende pela interpretação dada pelo relator no que tange ao artigo 1.697 do Código Civil, pelo qual, os doutrinadores José Costa Loures e Taís Maria Loures Dolabela Guimarães dirimem:

1. Código anterior – **artigo 398**
2. Complementando o dispositivo do artigo antecedente, aqui se torna explícito que o direito à prestação de alimentos passa aos descendentes, quando faltem os ascendentes ou não tenham condições estes de acudir aos ramos do postulante, guardada a ordem vocacional hereditária (art. 1.929). A sucessividade aí prevista, na linha colateral descendente, só se estende até os irmãos de qualquer natureza, ou até o segundo grau, não atingindo os afins.⁸⁸ (grifo nosso)

Igualmente a própria Maria Helena Diniz reitera o exposto, colocando que a obrigação de prestar alimentos cabe [...] “somente a pessoas que procedem do mesmo tronco ancestral [...] excluindo-se os afins, [...] por mais próximos que seja o grau de afinidade (RT, 703:193).⁸⁹ (grifo nosso)

É neste sentido que a arbitrariedade (leia-se ativismo) gera situações que inicialmente manifesta-se de forma sutil, pouco observada, se levada em conta que a doutrina considera o segundo grau, enquanto o relator determina este até o quarto, dando uma “elasticidade” maior ao disposto legal.

Este anteparo entre doutrina e jurisprudência tem o condão de gerar inúmeros reflexos às relações familiares levantando indagações como:

- a) Se a afetividade não estiver caracterizada num ambiente familiar esta perde o caráter jurídico de família?
- b) Quais as resultantes que, uma sentença pode gerar (boas ou ruins) em decisões cabíveis geralmente ao senso comum dos membros constituintes deste laço (biológico ou afetivo), se levados em conta a imposição coerciva que estas detêm?
- c) Se os juristas hoje (em sua maioria) falam de uma afetividade jurídica e, por extensão este sentimento está agora atrelado ao universo normativo, não seria mais interessante definir parâmetros no intuito de vedar o julgador a interpretações nada ortodoxas quanto ao disposto?

⁸⁸. LOURES, José Costa; GUIMARÃES, Taís Maria Loures Dolabela. *Novo código civil comentado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 738-739.

⁸⁹. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Direito de família. V. 5. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 611.

Tais questionamentos de antemão são de difícil resposta para o Direito, entretanto, não devem ser deixados à parte pelo julgador. Se, dentre uma série de interpretações permitidas, [...] “a argumentação seleciona apenas aquelas que apresentam possibilidades de uso [...] no âmbito dos sistemas da sociedade”⁹⁰, verificamos porque [...] “esta não pode dizer qualquer coisa”⁹¹.

Se a argumentação pode ser tida como base do convencimento para a fundamentação judicial – estar restringida pela comunicação jurídica e vedar o julgador a proferir discrepâncias entre suas impressões sobre o caso concreto e o lastro de “liberdade” que lhe é dado para manifestar uma posição sobre o assunto nada mais é do que limitar a possibilidade do ativismo adentrar na sentença, no que tange às impressões pessoais do aplicador.

Porém, em nenhum instante tal “elasticidade” tem o condão de [...] “negar a existência fática da argumentação em um texto jurídico”⁹², reiterando o ordenamento constitucional, o qual determina a fundamentação de todas as sentenças sob pena de nulidade, parâmetro este que, segundo a ótica jurídica, está intimamente ligado a realidade dos fatos para uma melhor percepção e entendimento do caso concreto.

7. A POSIÇÃO DO IBDFAM QUANTO À AFETIVIDADE

De longe, o IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família) tem apresentado uma posição majoritariamente favorável quanto à aplicação da afetividade (para este, definitivamente um princípio), no direito de família.

Independentemente das sequelas geradas por decisões que ora “agrega”, ora “separa” a aplicabilidade da norma, o instituto tem feito presença constante no Congresso Nacional buscando por meio de projeto de lei (nº 674/2007) aprovado em dezembro de 2010 com apenas três votos contrários “reescrever” por meio deste microssistema [...] “todo o Livro de Direito de Família do Código Civil”.⁹³

Embora munido de uma série de modificações, sendo boa parte procedimental, seguir por um caminho pautado por uma visão única, sem que demais fatores estejam colocados sob a lamínula para uma melhor

90. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá. 2014, p. 703.

91. _____. Op. cit. p. 703.

92. _____. Op. cit. p. 704.

93. DIAS, Maria Berenice. O estatuto da ética. Artigo *IBDFAM* n. 66. Ano 11. Jan/fev. 2011, p. 06.

averiguação, abrem caminhos para que a consistência do Direito seja colocada em posição preocupante, face à extensão numerosa de sistemas que envolvem as relações familiares.

É necessário encontrar o difícil ponto de equilíbrio aqui. O equilíbrio entre a autonomia do direito enquanto um sistema ainda capaz de oferecer respostas adequadas aos problemas sociais concretos e a sensibilidade jurídica às exigências prático-materiais da sociedade e do homem. De modo a se poder conceber o direito e a decisão jurídica como uma prática social autônoma em seus critérios especificamente jurídicos, mas ao mesmo tempo sensíveis às exigências sociais.⁹⁴

Desprender-se de uma destas facetas, sustentando-se apenas noutra pode trazer consequências ao Direito como um todo. Ao optar por soluções mais fáceis que oscilam entre a ponderação das colisões e a orientação agregada às consequências sociais ao restante, trás consigo uma pesada carga onde princípios basilares caem no esquecimento, resultados de uma embarcação que mais navega conformada com as marés do que baseada em correntes melhor navegáveis a se perseguir.

6. CONCLUSÃO

As transformações sociais atinentes ao Direito de Família, quase sempre, se apresentam mais sensíveis aos ajustes necessários às demandas sociais em relação aos demais braços do Direito. Certamente possuidor do maior conjunto de sistemas e subsistemas jurídico (se levada em conta à complexidade que envolve relações familiares), este leque foi reconhecidamente ampliado pela promulgação da Constituição Federal de 1988.

Num processo conhecido como Constitucionalização do Código Civil, todos os temas e, preferencialmente o aqui abordado são definidos por uma premissa constitucional, onde princípios como liberdade, igualdade e isonomia têm peso relevante na decisão do caso concreto.

Este processo, somados às decisões (então históricas) dos Tribunais Superiores ampliaram tanto na extensão como em profundidade as relações familiares, permitindo a construção de novos caminhos “*para além do numerus clausus*”.

Neste sentido a afetividade atualmente é parte determinante para boa

94. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Op. cit. p. 776.

parcela das sentenças judiciais, sendo critério “fundamental” para a construção do novo DNA familiar pátrio.

Já reconhecido e largamente aplicado pelos tribunais, a afetividade, deverá sempre ser apurada na análise do caso concreto – tal como se dá com demais institutos de acepção subjetiva sem, entretanto, induzir/permitir ao julgador o prolatar de decisões cuja fundamentação peque quer pela ausência desta, quer por principiologia exacerbada, afunilando a diretiva constitucional num calhamaço de páginas que transitam para aquém das deliberações do Judiciário.

O princípio, de substrato não exaustivo permite a jurisprudência (principalmente) tatear por caminhos sinuosos que, pela história jurídica pátria tende somente a permanecer em águas rasas, visando uma solução rápida para as demandas, muitas vezes em detrimento às necessidades levadas sob *judice*.

Por tratar-se de um campo mais propedêutico, a ressalva doutrinária em aceitar o “sentimento” no universo jurídico faz-se pertinente, não por falha doutrinária, mas, sim pela dificuldade que o Direito ainda encontra em basilar limites os quais, podem auxiliar na experimentação por maiores contornos jurídicos quanto ao assunto.

Esta certamente permitiria uma blindagem maior do uso principiológico mantendo sob as rédeas da diretiva constitucional, a fundamentação das decisões sobre o tema, de forma a garantir uma menor projeção ativista por parte do(s) juiz(es).

Tão certo como as transformações são a única constante no Direito, a aplicação do princípio não positivado da afetividade ainda é e será objeto de análise, pesquisa, debates e discussões acaloradas – quer nas academias, quer nos tribunais – donde espera-se uma maior contribuição futura ao Direito de Família – agora como parte de um conjunto de subsistemas, sempre pronto a oferecer soluções, desde que interligado aos demais, constitucionalmente reconhecidos.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 2001.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora Trinta e Quatro, 2010.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a Constitucionalização de Tudo (ou do Nada). *Apud*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.) A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BOUCAULT, C. E.; RODRIGUEZ, J. R. *Hermenêutica Plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BRASIL, Constituição da República Federativa do. Colab. Antonio Luis de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt, Livia Fernandes. 41. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Lei Federal, nº 11.698/2008. De 13 de junho de 2008. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada.

_____. Lei Federal, nº 12.010/2009. De 3 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências.

_____. Lei Federal, nº 12.318/2010. De 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 709.608/MS (2004/0174616-7). Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade – ADIN 4.277/DF e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 132/RJ, Rel. Min. Carlos Ayres Britto. j. em 05.05.2011, unânime. Trechos extraídos do voto do Ministro Marco Aurélio (p . 2 5 5 . 2 5 6 d o A c ó r d ã o) . Disponível em : <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277MA.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2014.

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

CARDONE, Marly A. *Aspectos histórico-sociais do direito do trabalho da mulher*. *Revista de direito do trabalho*, n. 3, n. 14, p. 23-45, 1978.

CARVALHO, Dimas Messias. *Direito de família: direito civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito, política e filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo nacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. abr. 2013

A AFETIVIDADE NO ELEMENTO JURÍDICO: PRINCÍPIO, REGRA OU VALOR A DESENCADear RELAÇÕES JURÍDICAS DE DIREITO | 214

CONCÍLIO ECUMÊNICO DE TRENTO (1545-1563). Sessão XXIV, Cânones 971 a 982, p. 38-39. Disponível em: <http://tottustusmaria.com/maria/downloads/trento.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2013

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

D'AQUINO, Dante. *Vontade de constituição*. Disponível em: <<http://www.dantedaquino.com.br/artigos/Artigo20.pdf>> Acesso em: 21 jan. 2014.

ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. Proposta de um formalismo-valorativo. São Paulo: Saraiva, 2009.

DELGADO, José Augusto. Ativismo Judicial. O papel político do poder judiciário na sociedade contemporânea. In: JAYMEM Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maíra Terra (coord.). *Processo civil – novas tendências: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

DIAS, Maria Berenice. O estatuto da ética. *IBDFAM* n. 66. Ano 11. Jan/fev. 2011.

_____. *União Homoafetiva: o preconceito & justiça*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Vol5. Direito de Família. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Dicionário Jurídico*. 2. ed. ver. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2005.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. Trad. Antônio José Brandão. Coimbra: Arménio Amado, 1959.

DEUS, Enézio de. *Família: para além do numerusclausus*. Disponível em: http://espacojuridico.blogspot.com.br/2005/05/familia-para-alm-do-numerus-clausus_19.html. Acesso em: 15/12/2013.

FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Fabris, 1992.

LEMON FILHO, Arnaldo [et al.], org. 5. ed. Campinas, SP: Alínea, 2012.

FREDOUILLE, Jean-Claude. *Dictionnaire de la civilisation romaine*. Larousse, Parigi, 1986.

GIDDENS, Antony. *A transformação da intimidade: sexualidade, amor & erotismo nas sociedades modernas*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1993.

GONÇALVES, Andréa Lisly. *História & gênero*. Belo Horizonte: Autêntica, 2006.

GRAU, Eros Roberto. Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito. 5. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2009.

GROENILDA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família e psicanálise – rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2013.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy ed. 2004.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição – Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris ed. 2002.

HABERMANS Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997) In: *MAGISTER, Revista de Direito Civil e Processual Civil*. v.1 (jul./ago. 2004) Porto Alegre: Magister, 2004.

NEVES, Isabela Dias. *Ativismo judicial frente ao processo civil democrático*. In: *MAGISTER, Revista de Direito Civil e Processual Civil*. V.1 (jul./ago. 2004) Porto Alegre: Magister, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Arménio Amado, 1974.

LIMA, Ricardo Alves de. *Função social da família: família e relações de poder – transformação funcional familiar a partir do direito privado*. Curitiba: Juruá, 2013.

NETTOLÔBO, Paulo Luiz. *Socioafetividade em família e a orientação do Superior Tribunal de Justiça*. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo (Coords.). *O Superior Tribunal de Justiça e a Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LOURES, José Costa; GUIMARÃES, Taís Maria Loures Dolabela. *Novo código civil comentado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. *Direito civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Filiação e princípio da afetividade*. Disponível em: http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_22_2_4.php. Acesso em: 20 jan. 2014.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira et al. (Coords.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

Nietzsche, Friedrich. *A gaia ciência*. trad. Antônio Carlos Braga. São Paulo: Escala, 2006.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. 1. ed. (ano 2008), 3 reimp. Curitiba: Juruá, 2001.

OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. *Emocionando a razão: Aspectos Socioafetivos no Direito de Família (União Conjugal e Entidades Familiares)*. Belo Horizonte: Inédita, 1999.

PERROT, Michelle. *O nó e o ninho*. In: *Reflexões para o futuro*. São Paulo: Abril, 1993.

A AFETIVIDADE NO ELEMENTO JURÍDICO: PRINCÍPIO, REGRA OU VALOR A DESENCADear RELações JURÍDICAS DE DIREITO | 216

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. Trad. Antônio Carlos Braga. São Paulo: Escala, 2006.. ed. atual. por Antônio Pinto Monteiro e Paulo da Mota Pinto. Coimbra: Coimbra, 2005.

PROST, Antonie; VINCENT, Gèrad (Orgs.). *História da vida privada*. 5: Da revolução francesa à primeira guerra mundial. Trad. Denise Bottman. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá. 2014.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. (Org). *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. AC: 1084179 PR Apelação Cível - 0108417-9, Relator: Accácio Cambi, Data de Julgamento: 12/12/2001, 2ª Câmara Cível. Disponível em: <http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4374066/apelacao-civel-ac-1084179> Acesso em 20/01/2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. AC: 70042676312 RS , Relator: Alzir Felipe Schmitz, Data de Julgamento: 09/06/2011, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 29/06/2011. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19985945/apelacao-civel-ac-70042676312-rs>. Acesso em 20/01/2014.

(TJ-RS - AC: 70042676312 RS , Relator: Alzir Felipe Schmitz, Data de Julgamento: 09/06/2011, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 29/06/2011)

TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros da eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, coord. *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

VILELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. Separata da *Revista da Faculdade de Direito* [da] Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, ano XXVII, nº 21 (nova fase), maio 1979. p. 412. Arquivo em pdf fornecido pelo Orientador conveniado FDSM/FAPEMIG, Prof. José Francisco de Oliveira. E-mail: Kiko@fds.edu.br.

VENCESLAU, Rose Melo. *O elo perdido da filiação: Entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. Rio de Janeiro: renovar, 2004.

GROENILDA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família e psicanálise – rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2013.