

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**  
Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito (Mestrado)  
Setor de Ciências Jurídicas

RICARDO LUCAS CALDERON

**O PERCURSO CONSTRUTIVO DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE NO  
DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO:  
CONTEXTO E EFEITOS**

CURITIBA  
2011

RICARDO LUCAS CALDERON

**O PERCURSO CONSTRUTIVO DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE NO  
DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO:  
CONTEXTO E EFEITOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito (Mestrado), Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Linha de Pesquisa: Novos paradigmas do direito contemporâneo

Área de Concentração: Direito das relações sociais.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Edson Fachin

Verso da folha de rosto  
Ficha catalográfica

TERMO DE APROVAÇÃO  
RICARDO LUCAS CALDERON

**O PERCURSO CONSTRUTIVO DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE NO  
DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO:  
CONTEXTO E EFEITOS**

Dissertação aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito das Relações Sociais, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito (Mestrado), Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

COMISSÃO EXAMINADORA

---

Orientador: Prof. Dr. Luiz Edson Fachin  
Universidade Federal do Paraná

---

Profª Dra. Teresa Ancona Lopez  
Universidade de São Paulo

---

Profª Drª Ana Carla Harmatiuk Matos  
Universidade Federal do Paraná

Curitiba, 15 de dezembro de 2011.

*À Tânia Villordo Calderón e Ricardo Lucas Calderón Ramirez, mãe e pai, pelo afeto incessante e incentivo contínuo.*

*À Vanessa Christiane Villordo Calderón e Tatiana Villordo Calderón, queridas irmãs, pela compreensão e apoio constante.*

*À Aurora Ramirez de Calderón, Adão Ricardo Villordo e Antônia Hermenegilda Delvalle Villordo, avós, pelos belos exemplos de vida.*

## **AGRADECIMENTOS**

A presente pesquisa somente foi possível graças à colaboração de muitas pessoas, que de várias formas auxiliaram na sua elaboração.

Início com um agradecimento sincero ao meu orientador Prof. Dr. Luiz Edson Fachin, que muito além da orientação sempre transmitiu palavras de conforto e estímulo na busca constante pelo conhecimento.

Agradeço aos meus colegas do grupo de pesquisa “Virada de Copérnico”, especialmente aos integrantes do eixo Família e Subjetividade, pelos instigantes debates e pelas constantes sugestões.

Gostaria de agradecer de maneira especial o apoio recebido das minhas colegas de escritório: advogadas Maria de Lourdes Cardon Reinhardt, Tatiana Villordo Calderón e Nice Wendling Hernandes, pela compreensão em todos os momentos.

Agradeço ao amigo Ricardo Henrique Weber, pelo incentivo desde os primeiros passos nesta jornada.

Um agradecimento aos vários amigos que contribuíram com ideias que enriqueceram esta reflexão: Regina Tânia Bortoli, Fernanda Andreazza, Pablo Malheiros da Cunha Frota, Odilon Reinhardt, Valmir Parisi e Ricardo Alberto Escher.

Não posso também deixar de agradecer à Camile Silvello Pereira, pela paciência sem limites.

Finalmente, agradeço aos tantos amigos – não preciso nominá-los, pois eles sabem quem são – que sempre estiveram ao meu lado, mesmo às vezes distantes fisicamente.

## RESUMO

O presente trabalho tem por escopo analisar como se desenvolveu a trajetória construtiva do princípio da afetividade no direito de família brasileiro contemporâneo. A aceitação do reconhecimento jurídico da afetividade reflete, de certo modo, a forma como se compreende o Direito e pode influenciar as respostas possíveis às demandas da família na atualidade. As relações familiares vivenciaram um processo de transição paradigmática do qual resultou a prevalência da afetividade como vetor desses relacionamentos. Paralelamente, o direito de família clássico praticamente inviabilizava o seu reconhecimento, uma vez que não previa a afetividade nas suas disposições e conferia pouco espaço para elementos externos ao corpo codificado. Havia um flagrante descompasso entre a realidade que passava a se apresentar (já refletora do novo paradigma que dava sinais de aparecimento) e as categorias jurídico-familiares postas à sua disposição. Nessa ambivalência, parte da doutrina e da jurisprudência passou a tratar da afetividade com o intuito de elaborar respostas às situações existenciais afetivas que se apresentaram. Ainda assim, a cultura jurídica reinante delimitava em muito as propostas que eram formuladas no sentido de reconhecimento de uma dimensão afetiva. A partir das premissas difundidas pelo chamado *novo constitucionalismo* outras leituras jurídicas se tornaram possíveis, em um quadro delineado como pós-positivista. Tanto a doutrina do direito civil-constitucional como o movimento de repersonalização do direito civil incitavam a releituras das categorias clássicas. No cenário brasileiro, a Constituição de 1988 foi profícua em ditar princípios e valores que deveriam balizar o direito de família a partir de então. Parte da doutrina sustenta, também, que traz implícita em suas disposições o reconhecimento da afetividade. Posteriormente, o Código Civil de 2002 conferiu certo espaço para assimilação da afetividade. Mais recentemente a legislação esparsa de direito de família passou a acolher de forma expressa a afetividade em diversas disposições. Foi possível perceber que a força construtiva dos fatos acabou por impulsionar ao reconhecimento jurídico da afetividade. O tratamento doutrinário, legislativo e jurisprudencial atualmente conferido à afetividade permite concluir pela sua presença no sistema jurídico brasileiro. Em que pese não seja uma questão pacificada, parte relevante da doutrina sustenta que se trata de um princípio do direito de família. O estudo adere a esta perspectiva principiológica, tanto em atenção à sua atual prevalência fática como pela constatação da solidez que lhe é conferida juridicamente. Procura, assim, contribuir com a descrição dos elementos indicativos do seu conteúdo e do seu contorno. O reconhecimento da afetividade como princípio do direito de família viabiliza a construção de respostas mais adequadas a esta plural e instável realidade hodierna.

**Palavras-chave:** Família. Direito. Princípio. Afetividade.

## RIASSUNTO

Il presente lavoro ha per scopo analizzare come si è sviluppata la traiettoria costruttiva del principio dell'affettività nel contemporaneo diritto di famiglia brasiliano. L'accettazione del riconoscimento giuridico dell'affettività, riflette, in qualche misura, la forma come si capisce il Diritto e può influenzare le risposte possibili alle esigenze della famiglia oggi. I rapporti familiari hanno sperimentato un processo di transizione paradigmatica che ha portato la prevalenza della affettività come vettore di questi rapporti. Parallelamente, il diritto di famiglia classico praticamente precludeva il loro riconoscimento, poiché non prevedeva l'affettività nelle sue disposizioni e assegnava poco spazio agli elementi esterni al corpo codificato. Vi era un divario evidente tra la realtà che cominciava a presentarsi (già riflettendo il nuovo paradigma che stava mostrando segni di apparizione) e le categorie giuridico-familiari messe alla sua disposizione. In questa ambivalenza, parte della dottrina e della giurisprudenza ha passato a trattare dell'affettività con l'intuito di elaborare delle risposte alle situazioni esistenziali affettive che si sono presentate. Eppure, la cultura giuridica vigente delimitava molto le proposte che erano formulate nel senso di riconoscimento di una dimensione affettiva. Dalle premesse diffuse dal cosiddetto *nuovo costituzionalismo* altre letture giuridiche sono diventate possibili, in un quadro delineato come post-positivista. Sia la dottrina del diritto civile costituzionale sia il movimento di ripersonalizzazione del diritto civile incitavano a riletture delle categorie classiche. Nel contesto brasiliano, la Costituzione del 1988 è stata proficua nel dettare i principi e valori che dovrebbero guidare il diritto di famiglia da allora. Parte della dottrina sostiene, anche, che porta implicita nelle sue disposizioni il riconoscimento della affettività. Posteriormente, il Codice Civile del 2002 ha dato un po' di spazio per l'assimilazione dell'affettività. Più recentemente la legislazione sparsa di diritto di famiglia ha cominciato ad accogliere di forma più espressa l'affettività in diverse disposizioni. È stato possibile vedere che la forza costruttiva dei fatti ha stimolato il riconoscimento giuridico dell'affettività. Il trattamento dottrinale, legislativo e giurisprudenziale attualmente dato all'affettività permette concludere per la sua presenza nel sistema giuridico brasiliano. Nonostante non sia una questione pacificata, parte rilevante della dottrina sostiene che si tratta di un principio del diritto di famiglia. Lo studio si associa a questa prospettiva principiologica, sia in attenzione alla sua attuale prevalenza fattuale sia dalla constatazione della forza che le è assegnata giuridicamente. Cerca così di contribuire alla descrizione degli elementi indicativi del suo contenuto e del suo contorno. Il riconoscimento dell'affettività come principio del diritto di famiglia consente la costruzione di risposte più adeguate a questa plurale e instabile realtà odierna.

**Parole chiave:** Famiglia. Diritto. Principio. Affettività.



## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	11
PARTE I – POR UM DIREITO DAS FAMÍLIAS PARA ALÉM DOS CÓDIGOS .....	16
CAPÍTULO I – RELAÇÕES FAMILIARES NO INÍCIO DO SÉCULO XXI .....	16
Seção I. Um mosaico de relações que clama por reconhecimento .....	16
Seção II. Vicissitudes do Direito na tutela da família .....	21
Seção III. A sociedade complexa e fluida da contemporaneidade .....	28
Seção IV. Relacionamentos familiares em tempos de modernidade líquida .....	36
CAPÍTULO II – A RACIONALIDADE DA ESTRUTURA JURÍDICA BRASILEIRA .....	43
Seção I. Mentalidade orientadora do advento da modernidade .....	43
Seção II. Matrizes estruturantes do projeto jurídico moderno .....	48
Seção III. O legado da doutrina positivista do Direito .....	59
Seção IV. A busca pela superação do formalismo e reaproximação do Direito com a realidade .....	65
CAPÍTULO III – CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO .....	72
Seção I. Fim da dicotomia público-privado e o fenômeno da constitucionalização .....	72
Seção II. Da subsidiariedade dos princípios gerais do direito ao papel central conferido aos princípios jurídicos .....	87
Seção III. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas .....	104
Seção IV. Reflexos dos novos aportes teóricos no cenário brasileiro pós-Constituição de 1988 .....	116
CAPÍTULO IV – METODOLOGIA INTERPRETATIVA DO DIREITO CIVIL NA CONTEMPORANEIDADE .....	126
Seção I. Reconhecimento das diversas formas de expressão do Direito .....	126
Seção II. Hermenêutica tópico-sistemática com prevalência da Constituição .....	131
Seção III. Repersonalização do direito civil .....	145
Seção IV. A doutrina do direito civil constitucional .....	148

PARTE II – RECONHECIMENTO JURÍDICO DAS SITUAÇÕES AFETIVAS EXISTENCIAIS .....	156
CAPÍTULO V – AFETIVIDADE NAS RELAÇÕES FAMILIARES.....	156
Seção I. Reconhecimento da subjetividade e da afetividade nas relações interpessoais.....	156
Seção II. Da margem ao centro: a afetividade como vetor dos relacionamentos familiares contemporâneos .....	165
Seção III. Assimilação da afetividade pela doutrina brasileira de direito de família.....	171
CAPÍTULO VI – A FAMÍLIA E A QUESTÃO DA AFETIVIDADE NO ORDENAMENTO BRASILEIRO.....	183
Seção I. O Sistema Clássico do Código Civil brasileiro de 1916 e a subjetividade adelgada.....	183
Seção II. A novel orientação da Constituição Federal de 1988 e o reconhecimento implícito da afetividade .....	189
Seção III. A opção do Código Civil brasileiro de 2002.....	195
CAPÍTULO VII – O “STATUS” DE PRINCÍPIO: POSSIBILIDADE DE CONSTRUÇÃO DE UMA CATEGORIA JURÍDICA .....	204
Seção I. A afetividade presente nas diversas alterações recentes da legislação brasileira.....	204
Seção II. A crescente aceitação jurisprudencial e doutrinária da afetividade .....	212
Seção III. Limites e possibilidades: problematizando os contornos e o substrato do princípio jurídico da afetividade .....	238
CONCLUSÃO.....	260
REFERÊNCIAS.....	267

*“O leite alimenta o corpo;  
o afeto alimenta a alma.” (Içami Tiba)*

*“Para quem viaja ao encontro do sol,  
é sempre madrugada.” (Helena Kolody)*

## INTRODUÇÃO

A família contemporânea vivencia um processo de transição paradigmática, pelo qual se percebe um paulatino decréscimo de influências externas (da religião, do Estado, dos interesses do grupo social) e um crescente espaço destinado à realização existencial afetiva dos seus integrantes. No decorrer da modernidade<sup>1</sup> o espaço conferido à subjetividade e à afetividade alargou-se e verticalizou-se a tal ponto que, no último quarto do século XX, já era possível sustentar a afetividade como vetor das relações pessoais.

A partir da segunda metade do século passado a sociedade contemporânea apresentou características que sinalizaram o momento de uma outra e peculiar modernidade. As marcas deste período passaram a ser a complexidade, a fragmentalidade e uma constante instabilidade. Estes fatores disseminaram-se no meio social e também influenciaram os relacionamentos familiares.

Um vasto mosaico de entidades familiares foi reconhecido, uniões livres (homo e heteroafetivas) e parentescos vinculados apenas por laços afetivos passaram a ser vistos com maior dignidade. A igualdade e a liberdade foram gradativamente conferidas aos relacionamentos e alteraram o quadro de estabilidade anterior, uma vez que a qualidade dos vínculos passou a ser objeto de análise constante. Estas consequências acabaram por gerar diversas uniões, separações, novas uniões em um quadro de combinações e recombinações sem precedentes. A instabilidade alcançou os relacionamentos familiares, outrora tidos como exemplos de segurança e de estabilidade.

O Direito, permeável à realidade que lhe é subjacente, sofreu o influxo dessa mudança, sendo cada vez mais demandado por conflitos indicadores deste outro cenário que se apresentava. A cultura jurídica brasileira, entretanto, ainda está baseada em um Direito de matriz moderna, precipuamente formal, com forte relevância da lei na definição do que se entende por Direito, em vista do que o diálogo com esta pulsante realidade em movimento não foi tranquilo.

A legislação expressa não tratava de muitas situações existenciais afetivas que eram postas para análise do Direito, de modo que uma interpretação que restasse limitada à estrutura codificada trazia dificuldades na tutela destes novéis

---

<sup>1</sup> Aqui compreendida como o período do final do século XVIII até meados do século XX.

conflitos. Ainda assim, doutrina e jurisprudência não se furtaram a constatar a afetividade imanente a tais relações pessoais e passaram a conferir respostas a estas demandas mesmo sem expressa previsão legislativa.

Foi nessa dualidade entre uma alteração paradigmática nas relações familiares da sociedade e um discurso jurídico ainda muito formal e apegado à lei que se desenvolveu o reconhecimento da afetividade pelo direito brasileiro.

Os aportes advindos com a constitucionalização do direito privado e os novos ares trazidos pelos debates metodológicos sobre a forma de realização do Direito na contemporaneidade influenciaram fortemente a cultura jurídica brasileira das últimas décadas. Ao mesmo tempo o movimento de repersonalização do direito civil sustentou que a pessoa concreta deve ser o centro das suas preocupações. Na esteira disso emergiu a doutrina do direito civil-constitucional, que argumentou no sentido de que os institutos de direito civil deveriam ser vistos sempre sob o prisma da Constituição, que está no vértice do ordenamento. Com isso, houve uma perceptível aproximação do Direito com os dados de realidade, o que o levou ao encontro da afetividade quando do trato das relações interpessoais.

Os princípios constitucionais de liberdade, igualdade, dignidade e solidariedade incidiram no direito de família, permitindo a releitura de diversas categorias jurídicas, muitas delas mais aptas às demandas da plural e fluida sociedade do presente. A aproximação com a experiência concreta fez o Direito perceber a relevância que era socialmente conferida à afetividade, mesmo com o paralelo avanço de técnicas científicas que favoreciam a descoberta dos vínculos biológicos.

Houve um movimento crescente na defesa do reconhecimento da ligação afetiva como suficiente nas relações familiares, já que apenas os elos matrimoniais, biológicos e registrais não davam conta das variadas situações que se apresentaram. A partir da distinção entre o papel de pai/mãe das figuras dos ascendentes genéticos restou mais claramente perceptível a relevância que era conferida à afetividade, bem como se desnudaram diversas possibilidades oriundas de tal concepção. Legislação, jurisprudência e doutrina progressivamente trataram da temática, embora não sem enfrentar resistências e sobressaltos.

As alterações processadas no ordenamento brasileiro indicaram certa sensibilidade, ainda que tímida, a esta transição paradigmática. 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 (com a adoção como parentesco civil). A Constituição de 1988, na esteira das extensas alterações processadas na família, iniciou o reconhecimento legal da afetividade, uma vez que está implícita em diversas das suas disposições. O Código de 2002 tratou do tema de forma pontual. A legislação esparsa recente passou a dar sinais de crescente inclusão da afetividade de forma expressa nos textos de lei.

A jurisprudência teve papel fundamental nesta construção, pois os tribunais há muito fazem remissões à socioafetividade como suficiente vínculo parental. Atualmente, a extensão conferida à afetividade tem contribuído para outras leituras de diversos temas do direito de família (definição de entidade familiar, parentesco, guarda, adoção, alienação parental etc.). Até mesmo os Tribunais Superiores têm tratado da afetividade em várias decisões judiciais, demonstrando sua acolhida quando do acertamento de casos concretos.

Os juristas passaram a sustentar que o Direito deveria, de algum modo, valorar a afetividade, o que encontrou respaldo, não obstante persistam entendimentos em sentido contrário. O debate doutrinário que está presente, neste particular, envolve a decisão se o Direito deve ou não reconhecer a afetividade e, em sendo positiva a resposta, se esta deve ser considerada um princípio ou deve ser apenas vista como um valor relevante.

A doutrina se divide em três principais correntes: a) a primeira argumenta que a afetividade deve ser reconhecida e pode ser classificada como um princípio jurídico; b) a segunda alega que deve ser assimilada pelo Direito, mas apenas como um valor relevante; c) já a terceira corrente sustenta que a afetividade não deve ser valorada juridicamente (entende que o afeto é um sentimento, o que seria estranho ao Direito).

Em outras palavras: a problemática central atinente ao tema da afetividade envolve atualmente o seu reconhecimento (ou não) pelo Direito e a possibilidade de sua inclusão na categoria de princípio. Esta discussão traz subjacente a própria visão de Direito que se adota, as formas de expressão que se lhe reconhece, o conceito e o papel de princípio no sistema e, ainda, a escolha de alguns posicionamentos hermenêuticos que refletem na análise. Todas estas opções influenciam a maneira como se apreende a relação entre a família (como manifestação social) e o Direito que pretende regulá-la. Com o intuito de aprofundar o assunto será apreciado cada um desses temas.

O entendimento da questão acima posta sinaliza, de algum modo, uma forma de ver o direito de família na atualidade, cuja resposta pode ser relevante para diversas outras construções teórico-práticas. Isso porque, a família do presente está tão imbricada com a noção de afetividade que o seu reconhecimento (ou não) pelo Direito pode trazer consequências de diversas ordens (como se viu no recente caso do reconhecimento judicial das uniões homoafetivas).

Esse é o fio condutor da presente dissertação: a trajetória da afetividade nas relações familiares e no direito de família brasileiro, perpassando pelos embates doutrinários referentes ao seu reconhecimento jurídico e possível perfil principiológico.

Para proceder à análise proposta se optou por dividir o trabalho em duas partes: na primeira se argumentará *por um direito das famílias<sup>2</sup> para além dos códigos*, de modo a ressaltar a total dimensão do Direito, que não se restringe à lei posta, especialmente no direito de família. A percepção da importância e da utilidade das demais formas que o expressam, bem como a adoção de uma metodologia condizente com as exigências que se apresentam no momento da sua realização, evidenciam a complexidade do “mundo jurídico”. Essa perspectiva será relevante na confrontação dos mutantes conflitos hodiernos com a racionalidade do discurso jurídico brasileiro (precipualemente formal), que traz à tona, em última *ratio*, a relação entre o Direito e a família.

Na segunda parte se discorrerá sobre o *reconhecimento jurídico das situações afetivas existenciais*, na qual o objeto central é percurso da própria afetividade. O aspecto inicial desta análise percorre desde sua percepção nas relações familiares até sua posterior centralidade nesses relacionamentos; subsequentemente, aprecia seu gradual reconhecimento jurídico. A relevância conferida a esta dimensão afetiva das relações pessoais acabou por fazer o Direito assimilar a afetividade quando do trato destas situações existenciais.

A primeira parte (intitulada *Por um direito das famílias para além dos códigos*) restou seccionada em quatro capítulos: no Capítulo I o leitor encontra uma análise das características centrais da sociedade contemporânea e os reflexos que ocasionaram nas relações familiares. Como pano de fundo desvela-se a forma como

---

<sup>2</sup> Opta-se neste título pelo significante *direito das famílias*, no plural, com o intuito de ressaltar a necessidade de reconhecimento da atual pluralidade de entidades e de relacionamentos familiares.

se dá a relação entre as manifestações sociais existenciais e o seu reconhecimento jurídico.

O Capítulo II procura destacar a origem da mentalidade jurídica brasileira, sua base moderna de estatuto jurídico, os resquícios remanescentes da sua leitura pela doutrina positivista e os efeitos decorrentes do seu afastamento dos dados da realidade.

Por sua vez o Capítulo III descreve as principais alterações processadas na teoria do Direito e seus reflexos no direito de família, com destaque para a constitucionalização do direito privado, para a teoria dos princípios, para a temática dos direitos fundamentais e para os reflexos das diretrizes decorrentes da Constituição brasileira de 1988.

Encerrando esta primeira parte o Capítulo IV expõe a compreensão contemporânea sobre as formas de expressão do Direito e informa a concepção hermenêutica adotada. Ao final, retrata o movimento de *repersonalização* do direito civil e a doutrina do direito civil-constitucional, com suas repercussões na cultura jurídica brasileira.

A segunda parte (intitulada *Reconhecimento jurídico das situações afetivas existenciais*) restou tripartida. O Capítulo V traça o percurso da afetividade no seio das relações familiares: de um início tímido até o papel central que lhe foi conferido socialmente.

O Capítulo VI se dedica a examinar como a questão da afetividade foi tratada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Parte do silêncio do sistema clássico do Código de 1916, averigua sua recepção pela Constituição de 1988 e expõe como o Código de 2002 regulou o tema.

Finaliza o trabalho o derradeiro Capítulo VII que pormenoriza como legislação, doutrina e jurisprudência se referem à afetividade no cenário atual. Com as contribuições do debate doutrinário sobre a possibilidade do reconhecimento da afetividade pelo Direito traçam-se algumas linhas sobre a viabilidade da sua leitura jurídica, seu perfil principiológico e quais seriam seus contornos possíveis.

A conclusão não tem a pretensão de qualquer definição ou finitude sobre o tema objeto de análise, apenas procura contribuir de algum modo para a superação das barreiras que são atualmente postas ao reconhecimento jurídico da afetividade e coadjuvar algumas propostas.



## PARTE I

### POR UM DIREITO DAS FAMÍLIAS PARA ALÉM DOS CÓDIGOS

#### CAPÍTULO I – RELAÇÕES FAMILIARES NO INÍCIO DO SÉCULO XXI

##### Seção I. Um mosaico de relações que clama por reconhecimento

As extensas e profundas transformações ocorridas no decorrer do século XX viabilizaram a explicitação social de diversas formas de relacionamentos interpessoais. Na proximidade da virada do milênio, esta diversidade avultou e passou a refletir o estágio social no qual estava inserida<sup>3</sup>.

A pedra de toque desses relacionamentos certamente foi o novo papel conferido à *subjetividade*, pelo qual se permitiu à pessoa amplas possibilidades de busca pela sua realização, valor que passou a prevalecer sobre outros interesses<sup>4</sup>. Reduziram-se as funções econômicas, políticas, religiosas e sociais e, paralelamente, emergiu o respeito pela busca da realização individual de cada um, em que assume relevo a função eudemonista<sup>5</sup>.

A liberdade no exercício das opções pessoais passou a ser exercida concretamente (e não mais apenas a constar como categoria formal), sendo percebida nas mais variadas formas de relacionamento<sup>6</sup>. O mesmo caminho percorreu a igualdade (entre os parceiros, cônjuges, filhos, homem e mulher) que galgou importante espaço e se apresentou como outra característica central deste

<sup>3</sup> “O quadro de intensas modificações ocorridas nas últimas décadas no âmbito do direito de família revela, do ponto de vista fenomenológico, inegável transformação da estrutura familiar, identificada amplamente pela doutrina e, especialmente, pelos cientistas sociais.” (TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: COMAILLE, Jacques et al. **A Nova Família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 47)

<sup>4</sup> “A desfuncionalização da família reforçou, porém, a sua intimidade, e permitiu que se revelassem, por assim dizer, as funções essenciais e irredutíveis do grupo familiar: na relação entre os cônjuges, a sua mútua gratificação afectiva, e, por outro lado, a socialização dos filhos, ou seja, a transmissão da cultura, como conjunto de normas, valores, ‘papéis’, e modelos de comportamento dos indivíduos.” (OLIVEIRA, Guilherme de; PEREIRA COELHO, Francisco. **Curso de direito de família**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2008. v. 1, p. 101)

<sup>5</sup> “Assim, a concepção eudemonista da família progride à medida que ela regride ao seu aspecto instrumental. E, precisamente por isso, a família e o casamento passam a existir para o desenvolvimento da pessoa – para realização dos seus interesses afetivos e existenciais.” (OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de direito de família**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 1998. p. 13)

<sup>6</sup> GIDDENS, Anthony. **A Transformação da Intimidade: Sexualidade, Amor & Erotismo nas Sociedades Modernas**. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1993. p. 200.

momento, pois, além de figurar no ordenamento jurídico, passou a ser vista como conquista pelos próprios integrantes da sociedade<sup>7</sup>.

Em decorrência dessas características, é singular a alteração do enfoque que se exige do direito de família: que sua centralidade vá da família, como instituição, para o sujeito, como pessoa.

Houve também o paulatino reconhecimento de outras entidades familiares – que possuem uma feição diversa da família tradicional de outrora. As relações entre seus membros no seio familiar também sofreram alterações e não se apresentam mais da mesma maneira que quando imperava a família como instituição (que revelava um viés hierárquico e por vezes autoritário). Esse novo contexto acabou por evidenciar a presença de uma pluralidade de formações familiares (monoparentais, anaparentais, reconstituídas, simultâneas, multiparentalidade, procriações assistidas, inseminações pós-morte, uniões homoafetivas, entre outros) que passaram a ser vistas com normalidade e a exigir atenção do direito<sup>8</sup>.

Paralelamente se reconheceu que as relações familiares podem se configurar com diversos liames e não apenas com base em um ou outro modelo: laços biológicos, afetivos, registrais, jurídicos e matrimoniais desfilam lado a lado na multicolorida sociedade do novo milênio.

A afetividade passa a ser elemento presente em diversas relações familiares contemporâneas, sendo cada vez mais percebida tanto pelo direito como pelas outras ciências humanas<sup>9</sup>. Mesmo sem regulação expressa, a sociedade adotou o vínculo afetivo como relevante no trato relativo aos relacionamentos familiares.

---

<sup>7</sup> “Esse processo foi acompanhado de perto pela legislação e pela jurisprudência brasileiras que tiveram nas duas últimas décadas, inegavelmente, um papel promocional na construção do novo modelo de familiar. Tal modelo vem sendo chamado, por alguns especialistas em sociologia, de ‘democrático’, correspondente, em termos históricos, a uma significativa novidade, em decorrência da inserção, no ambiente familiar, de princípios como igualdade e liberdade.” (MORAES, Maria Celina Bodin de. A Família Democrática. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Anais do V Congresso Brasileiro do Direito de Família**. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 615)

<sup>8</sup> “Os tipos de entidades familiares explicitamente referidos na Constituição brasileira não encerram *numerus clausus*. As entidades familiares, assim entendidas as que preenchem os requisitos da afetividade, estabilidade e ostensibilidade, estão constitucionalmente protegidas, como tipos próprios, tutelando-se os efeitos jurídicos pelo direito de família e jamais pelo direito das obrigações, cuja incidência degrada sua dignidade e das pessoas que a integram.” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, Síntese/IBDFAM, v. 3, n. 12, p. 55, jan./fev./mar. 2002)

<sup>9</sup> VENCELAU, 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.

Como nas relações familiares, na medida em que se alteram suas características centrais se alteram também seus desafios haverá novos percalços a enfrentar. A ampla liberdade, igualdade e diversidade<sup>10</sup>, além dos seus aspectos positivos, vêm acompanhadas de uma constante instabilidade nos relacionamentos.

Separações, desuniões, novos compromissos, combinações e recombinações das mais diversas ordens passam a se disseminar com naturalidade ímpar, apresentando desafios para os quais o direito nem sempre possui previsão legislada. Os litígios acompanham o meio social no qual estão inseridos e se sofisticam proporcionalmente à complexificação da própria sociedade, de modo que os embates passam a envolver novas questões.

Por outro lado, as estruturas jurídico-familiares do nosso ordenamento codificado ainda restam vinculadas à matriz moderna de estatuto jurídico, de viés categorial hermético, modelar, com pouquíssimas aberturas<sup>11</sup>. Para além disso, ainda são sentidos os resquícios da leitura positivista do direito.

Os princípios e as regras previstos na Constituição Federal exercerão importante papel neste desafiante contexto, eis que refletem outra diretriz no regramento das relações pessoais, laborando sobre premissas democráticas e plurais.

Esse complexo cenário não permite que se promova uma análise insular dos institutos codificados de direito de família sem que se apreciem as diversas formas de expressão do direito, se realize o necessário diálogo de fontes e se averigue sua adequação histórico-social. A hermenêutica merece revisão e adaptação para que possa perceber a afetividade que passa a identificar diversos vínculos familiares.

O direito deve necessariamente se adequar às mutações da sociedade na qual está inserido, sob pena de perder sua correção histórico-social, o que é destacado por Pietro Perlingieri:

*Ogni trasformazione della realtà sociale deve essere tenuta in considerazione dalla scienza del diritto, poiché reagisce sulla realtà*

---

<sup>10</sup> “Por essa razão o direito requer, cada vez mais, juristas que, ainda quando tenham suas próprias concepções, sejam capazes de compreender a diversidade, transcendendo sua própria formação para contribuir em favor de uma sociedade mais integrada.” (LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial**: fundamentos de direito. Trad. Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 38)

<sup>11</sup> “*Il diritto della famiglia si è rilevato altamente propizio alla riflessione filosofica – non soltanto a causa della famiglia, ma anche a causa del diritto.*” (CARBONNIER, Jean. **Flessibile Diritto**: per una sociologia del diritto senza rigore. Milano: Giuffrè, 1997. p. 240) Em tradução livre: “O direito de família se mostrou altamente propício à reflexão filosófica – não somente por causa da família, mas também por causa do direito.”

*normativa. Credere che il diritto sia immodificabile, eterno, astorico, insensibile a qualsiasi ideologia è atteggiamento formalista, ignaro della connessione tra comportamenti e regole*<sup>12</sup>.

No quadro brasileiro, inicialmente a doutrina e a jurisprudência sentiram tais carências legislativas e passaram a tratar de temas que ainda não figuravam no rol dos direitos expressamente positivados, mas que já eram correntes na sociedade. Diante de demandas que clamavam por uma solução que ou não eram agasalhadas ou sequer foram pensadas pela legislação, o direito civil passou a construir respostas com base na unidade do ordenamento, partindo de uma visão aberta das fontes do direito.

Uma delas certamente foi a que envolveu a presente questão da *afetividade* nos relacionamentos familiares<sup>13</sup>, que passou a ser objeto da doutrina e jurisprudência pátrias de modo crescente, mesmo sem sua positivação expressa. Conforme sustenta Paulo Lôbo:

A socioafetividade como categoria do 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 segunda 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.<sup>14</sup>

A temática da socioafetividade passa a ser citada pela doutrina, como nos precusores estudos de Guilherme de Oliveira<sup>15</sup> (em Portugal) e João Baptista Villela<sup>16</sup>

<sup>12</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile**. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2004. p. 5. Em tradução livre: “Toda transformação da realidade social deve ser tomada em consideração pela ciência do direito, uma vez que ela reage sobre a realidade normativa. Acreditar que o direito seja imodificável, eterno, a-histórico, insensível a qualquer ideologia é atitude formalista, que desconhece a conexão entre comportamentos e regras”.

<sup>13</sup> “O sangue e o afeto são razões autônomas de justificação para o momento constitutivo da família, mas o perfil consensual e a *affectio* constante e espontânea exercem cada vez mais o papel de denominador comum de qualquer núcleo familiar. O merecimento de tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas que se traduzem em comunhão espiritual e de vida.” (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil-constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 244)

<sup>14</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. 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.

<sup>15</sup> “Em vez de um índice da filiação biológica ela serviria para consolidar um vínculo meramente afectivo, sociológico, para exprimir a criação de uma família cuja estabilidade a lei resolveria proteger no interesse do filho e no interesse social.” (OLIVEIRA, Guilherme de. **Crítério Jurídico da Paternidade**. Reimp. Coimbra: Almedina, 2003. p. 445)

(no Brasil), e a seguir é reconhecida pelos tribunais pátrios em diversas decisões judiciais<sup>17</sup>.

O que merece destaque é que toda essa construção foi edificada sem que tenha havido uma positivação expressa da afetividade na legislação brasileira<sup>18</sup>, o que chama a atenção para o novo momento vivido na metodologia interpretativa do direito civil brasileiro<sup>19</sup>. Ante a flagrante insuficiência das categorias jurídicas positivadas, doutrina e jurisprudência passaram a construir respostas para as novas perguntas que eram apresentadas e simplesmente não podiam aguardar uma alteração legislativa. A força construtiva dos fatos sociais fez a socioafetividade<sup>20</sup> ser reconhecida juridicamente.

Foi na ambivalência entre uma legislação insuficiente e demandas complexas típicas desta realidade do novo milênio que passou a se delinear a construção da categoria jurídica da afetividade.

---

<sup>16</sup> “A paternidade em si mesma não é um fato da natureza, mas um fato cultural. [...] As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, imprimiram considerável reforço ao esvaziamento biológico da paternidade.” (VILLELA, João Baptista. A Desbiologização da Paternidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, UFMG, ano XXVII, n. 21, p. 401, maio 1979)

<sup>17</sup> Acórdão paradigmático sobre o tema foi proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em dezembro de 2001, no qual, ao decidir controvérsia sobre o reconhecimento ou não de uma paternidade, na qual se dava o confronto entre uma verdade biológica (que não estava presente) e uma verdade afetiva (há muito consagrada naquela situação fática) reconhece a paternidade “socioafetiva” no caso, consagrando o que vinha sendo defendido pela doutrina. (TJ/PR, Apelação Cível 108.417-9, Curitiba, origem: 2ª Vara de Família, Apelante: G. S. / Apelado: A. F. S. / Relator: Des. Accácio Cambi. Curitiba, 12.12.2001 / Título da Ementa: “Negatória de Paternidade. ‘Adoção à brasileira’. CONFRONTO ENTRE A VERDADE BIOLÓGICA E A SÓCIO-AFETIVA. TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PROCEDÊNCIA. DECISÃO REFORMADA.)

<sup>18</sup> Até a aprovação do vigente Código Civil, o tema não era tratado expressamente pela legislação, seja de forma codificada, seja de forma esparsa; após a edição do CC/2002, a expressão passa a surgir pontualmente em algumas leis específicas, como se verá adiante.

<sup>19</sup> “Dúvida aí não pode haver: a tarefa hermenêutica é construtiva, e por isso mesmo crítica. Nesse patamar da interpretação prospectiva soa relevante eleger premissas que obstem qualquer possibilidade de retrocesso em relação ao nível de conquistas alcançado pela nova cultura jurídica do Direito Civil. Horizonte de especial atenção será edificado pela jurisprudência, apresentando-se ímpar oportunidade de beneplacitar nos tribunais a construção doutrinária que abriu as portas do século XXI.” (FACHIN, Luiz Edson. Do Direito de Família. Do Direito Pessoal. Das Relações de Parentesco. Arts. 1.591 a 1.638. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. XVIII, p. 7)

<sup>20</sup> “Se o liame que liga um pai a seu filho é um dado, a paternidade pode exigir mais que apenas laços de sangue. Afirma-se aí a paternidade socioafetiva que se capta juridicamente na expressão da posse de estado de filho. Embora não seja imprescindível o chamamento de filho, os cuidados na alimentação e na instrução, o carinho no tratamento, quer em público, quer na intimidade do lar, revelam no comportamento a base da paternidade. A verdade sociológica da filiação se constrói.” (FACHIN, Luiz Edson. **Da Paternidade – Relação Biológica e Afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 36-37)

A sociedade perfila na frente do Direito, o que não será diferente no quadro hodierno, de modo que, para muitos dos problemas já postos, as ferramentas jurídicas vigentes simplesmente não trazem respostas prontas<sup>21</sup>. Ou seja, o ordenamento não trata de modo expresso de diversos dos litígios da contemporaneidade.

Os novéis conflitos que se apresentam levam à percepção de um possível descompasso entre a realidade social – em constante alteração – e uma hermenêutica que reste limitada à estrutura codificada estanque<sup>22</sup>. A busca deve ser pela maior congruência possível entre o que se entende por Direito e o que demanda a realidade que este pretende tutelar.

Para que se possa melhor analisar como se comunicam tais elementos, prudente é a análise de como se dá a relação entre o Direito e a *família*.

## Seção II. Vicissitudes do Direito na tutela da família

O termo *família* vem sendo utilizado para designar distintos agrupamentos humanos em diversos momentos espaço-temporais, mas isso não significa qualquer estabilidade no que efetivamente representa. O significativo é o mesmo no decorrer dos tempos, entretanto seus significados variaram de diversas maneiras, assumindo feições totalmente diferentes em cada momento histórico. Esta compreensão foi percebida por Friedrich Engels, em sua obra “*A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*”, publicada em 1884:

Em sua origem, a palavra *família* não significa o ideal – mistura de sentimentalismo e dissensões domésticas – do filisteu de nossa época; - a princípio, entre os romanos, não se aplicava sequer ao par de cônjuges e

---

<sup>21</sup> “*Più direttamente e nettamente che nel diritto, è nel costume che dovrebbe riflettersi l'evoluzione da un modello matrimoniale ad un altro.*” (CARBONNIER, Jean. **Flessibile Diritto**: per una sociologia del diritto senza rigore. *Op. cit.*, p. 197) Em tradução livre: “Mais direta e nitidamente que no direito, é no costume que deveria se refletir a evolução de um modelo matrimonial a um outro.”

<sup>22</sup> “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 fundamento 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. (Coord.). **Direito Civil**: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 63)

aos seus filhos, mas somente aos escravos. *Famulus* quer dizer escravo doméstico e a *família* é o conjunto dos escravos pertencentes a um mesmo homem. Nos tempos de Gaio, a *família* ‘*id est patrimonium*’ (isto é, herança) era transmitida por testamento. A expressão foi inventada pelos romanos para designar um novo organismo social, cujo chefe mantinha sob seu poder sua mulher, os filhos e certo número de escravos, com o pátrio poder romano. E o direito de vida e morte sobre todos eles. ‘A palavra não é, pois, mais antiga que o férreo sistema familiar das tribos latinas, que nasceu ao introduzirem-se a agricultura e a escravidão legal, depois da cisão entre gregos e latino-arianos’. E Marx acrescenta: ‘A família moderna contém em germe não apenas a escravidão (*servitus*) como também a servidão, pois, desde o começo, está relacionada com os serviços da agricultura. Encerra em *miniatura* todos os antagonismos que se desenvolvem, mais adiante, na sociedade e em seu Estado’.<sup>23</sup>

Ou seja, ainda que as alterações nas formações familiares não se dessem com tanto intensidade e celeridade como ocorre contemporaneamente, tais mutações são constantes nos mais diversos momentos históricos, sendo esta possibilidade de alteração inerente aos próprios agrupamentos humanos<sup>24</sup>.

A esse respeito, José Reinaldo de Lima Lopes afirma: “do uso continuado da palavra família podemos pensar muita coisa, mas temos de estar atentos para o fato de que a continuidade do uso da palavra pode esconder a descontinuidade de suas práticas”<sup>25</sup>.

O entendimento de determinada coletividade do que considera família retrata, de algum modo, sua forma de ver o mundo, e evidencia quais são as características centrais daquela sociedade<sup>26</sup>. Na sociedade romana, refletia as necessidades e os

<sup>23</sup> ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. Trad. Ruth M. Klaus. São Paulo: Centauro, 2002. p. 58.

<sup>24</sup> LEVI-STRAUSS, Claude. **As Estruturas Elementares do Parentesco**. Trad. Mariano Ferreira. Petrópolis: Vozes, 1982. p. 521.

<sup>25</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 6. Esta breve passagem resume o alerta que pretende o autor: “O que não falar da história da família? Nada mais natural, dizem alguns, do que a união de homem e mulher. Sim, mas em termos. Que os homens sejam atraídos pelas mulheres e vice-versa e que desta atração mútua surjam amores e filhos, pode-se dizer que é uma regularidade da natureza. Mas que o ‘casamento’ ou o ‘matrimônio’ sejam por isto mesmo sempre a mesma coisa em toda parte e em todo o tempo é uma afirmação que um historiador não pode fazer. O casamento em Roma, por exemplo, não criava *família*. A família romana é uma unidade produtiva, os pais de família comandavam os outros membros e tornam-se os *gerentes* de um fundo patrimonial. O modelo de família que conhecemos é outro, a família é uma unidade de consumo, não de produção, sobretudo na família operária, um subsistema previdenciário.” (*Idem*, p. 6-7)

<sup>26</sup> “Il rilievo può trasportarsi dallo spazio nel tempo: fra due periodi storici collegati da qualche comunanza di civiltà, la differenza tecnica delle leggi sulla famiglia rischia di mascherare una continuità di atteggiamenti e di sentimenti.” (CARBONNIER, Jean. **Flessibile Diritto**: per una sociologia del diritto senza rigore. *Op. cit.*, p. 219-220) Em tradução livre: “A ênfase pode se transportar do espaço no tempo: entre dois períodos históricos relacionados por alguma comunhão de civilidade, a diferença técnica das leis sobre a família arrisca mascarar uma continuidade de atitudes e de sentimentos.”

interesses daquele momento histórico<sup>27</sup>, no período medieval, retrata as características daquela sociedade de classes<sup>28</sup>, com o advento da modernidade, se opta por um outro modelo de família<sup>29</sup> e assim sucessivamente. Nesses períodos, o pouco espaço conferido à subjetividade impedia a percepção da afetividade como valor relevante.

Os relacionamentos humanos em geral sofrem influxos das condições econômicas, políticas e sociais da localidade na qual estão inseridos, eis que resultam de imbricada relação dialética a partir desses fatores<sup>30</sup>.

As relações familiares tornam clara a característica por vezes esquecida de que o Direito é sempre uma redução da realidade, ou seja, um recorte deliberado de parcela do que se desenvolve no corpo social (que inevitavelmente terá maior amplitude)<sup>31</sup>. A família precede o Direito; isto é constante e inafastável. Em decorrência direta, é o discurso jurídico que deve captar as alterações ocorridas nas

<sup>27</sup> “A família romana e grega, por semelhança, traduzia o tipo de uma organização política cujo princípio básico era a autoridade, e esta abrangia todos quantos a ela estavam submetidos. O *pater familias* era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz, constituindo-se, assim, a família como unidade da sociedade antiga, em contraposição à posição do indivíduo na sociedade moderna.” (NOGUEIRA, Jenny Magnani. A Instituição da Família em A Cidade Antiga. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 96)

<sup>28</sup> “‘Família’ era, no entanto, uma palavra de contornos muitos vastos, nela se incluindo agnados e cognados, mas ainda criados, escravos e, até, os bens. *‘La gente que vive en una casa debaxo del manto del señor della’* eis como define família o **Dicionário de lengua castellana**, da Real Academia de História (1732). [...]” (HESPANHA, António Manuel. “Carne de uma só Carne” – Para uma Compreensão dos Fundamentos Histórico Antropológicos da Família na Época Moderna. In: \_\_\_\_\_. **A Política Perdida: Ordem e Governo Antes da Modernidade**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 162)

<sup>29</sup> “É o que deflui do famoso discurso de apresentação do *Code*, em parte de sua conclusão, antes citada: o Código visava a unir os costumes à lei a propagar o ‘espírito de família’, que seria favorável ao espírito de cidadania, uma vez que, assim, os ‘sentimentos se tornam mais afáveis e se generalizam’. [...] Chega Portalis a afirmar que é a partir da ‘pequena pátria, a família’, que alguém pode se integrar à grande pátria. Trata-se, quiçá, do que se poderia denominar, no consciente emprego de um anacronismo, de uma dada ‘função social’ da família, que estaria vinculada à preservação da moral de um modelo definido da sociedade”. (RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos Fundamentais de Direito Civil e Liberdade(s): Repensando a Dimensão Funcional do Contrato, da Propriedade e da Família**. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p. 314-315)

<sup>30</sup> “Quem, no entanto, associa as relações entre os sexos apenas àquilo que elas parecem ser (algo associado com os temas sexualidade, ternura, casamento, paternidade etc.), deixa de considerar que elas, ao mesmo tempo em que são isto tudo, são também tudo o mais: trabalho, profissão, desigualdade, política, economia. É essa implicação desequilibrada de tudo aquilo que é mais contraditório que complica as questões. Quem fala de família, tem de falar também de trabalho e dinheiro, quem fala de casamento, tem de falar também de educação, profissão e mobilidade, e especialmente de repartição desigual, mesmo que entrementes os pré-requisitos educacionais se tenham nivelado (consideravelmente).” (BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010. p. 149)

<sup>31</sup> “Direito é processo, dentro do processo histórico; não é uma coisa perfeita e acabada.” (LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito**. São Paulo: Brasiliense, 2006. p. 99)



formas de relacionamentos, e não os relacionamentos que devem se adaptar às categorias jurídicas.

Carlos Alberto da Mota Pinto explicita a anterioridade da *família* como manifestação concreta ao que se entende por Direito:

A família é uma *realidade natural e social*, cuja existência material, psicológica e moral se manifesta, antes de mais nada, em planos ou domínios da vida estranhos – íamos escrever anteriores – ao plano jurídico. O surgimento e a vida da família realizam-se e assentam numa série de comportamentos pessoais e realidades psicológicas e morais, que o direito considera relevantes, isto é, que reconhece, aceita e considera, ao formular a sua regulamentação da instituição familiar.<sup>32</sup>

É inegável que a família é antes de tudo uma manifestação sociológica, cultural e social, preexistindo a qualquer categoria jurídica. Estas expressões sociais em dada coletividade são as que são captadas pelo Direito para definir seus conceitos. Tanto é verdade que outras ciências constroem suas definições relacionadas aos agrupamentos familiares diretamente a partir desta realidade fática, o que se dará com a sociologia, antropologia, psicologia, psiquiatria etc. A leitura jurídica retrata apenas um recorte específico desta realidade pelo Direito, em um dado momento-local, para procurar atender à sua finalidade<sup>33</sup>.

Essa relação entre *família* e *Direito* é descrita por Luiz Edson Fachin:

Família: os signos da linguagem e em especial o discurso jurídico cooptam o conceito de família, exposto nos laços dos paradoxos sociais permeados pela cultura e pela economia, e o traduz, no transcurso histórico, em variadas interpretações que, no campo do Direito, tomam assento na Doutrina, na jurisprudência e na legislação. [...] O vínculo jurídico que dela surge não é elemento constituinte necessário, pois a família ocupa posição anterior ao Direito, a que lhe dá a forma e o conteúdo jurídico. [...] Portanto, a família – e sua leitura contemporânea – é baldrame social, derivada do afeto e não apenas da ordem jurídica constituída. A família, como *fato* cultural, está antes (e acima) do Direito e nas entrelinhas do *fato jurídico*. Trata de uma situação jurídica subjetiva, individual ou coletiva, e vislumbrá-la

<sup>32</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4. ed. Atual. por António Pinto Monteiro e Paulo da Mota Pinto. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 158.

<sup>33</sup> “O Estado põe o direito – direito que dele emana – que até então era uma relação jurídica interior à sociedade civil. Mas essa relação jurídica que preexistia como *direito pressuposto*, quando o Estado põe a lei torna-se *direito posto* (*direito positivo*). Assim, o direito pressuposto brota da (na) sociedade, à margem da vontade individual dos homens, mas a prática jurídica modifica as condições que o geram. Em outros termos: o legislador não é livre para criar qualquer direito posto (direito positivo), mas este mesmo direito transforma sua (dele) própria base. O *direito pressuposto* condiciona a elaboração do *direito posto*, mas este modifica o *direito pressuposto*.” (GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 5. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 147-148)

por meio do ordenamento é apenas enxergá-la sem vê-la em sua totalidade [...].<sup>34</sup>

O que ressalta na análise da *família* é a percepção de que está em movimento constante, amoldando-se de acordo com o contínuo caminhar social. Muito mais do que instituto jurídico, família é realidade em movimento<sup>35</sup>. Exemplo disso se dá com a presença da afetividade nos relacionamentos familiares, que, de anteriormente irrelevante, cada vez mais se evidencia, e com intensidade de tal ordem que não permite mais que seja ignorada pelo Direito.

Cabe ao Direito (e conseqüentemente aos juristas) elaborar propostas jurídicas que possam conferir respostas adequadas ao corpo social que pretenda regular<sup>36</sup>. O formato adotado nas diversas relações pessoais não será estanque, pois a sociedade comprovadamente não é estática, aspecto que deve ser observado quando da estipulação do direito de família<sup>37</sup>.

Outro obstáculo é que os relacionamentos pessoais envolvem aspectos que nem sempre são explicitados, que restam resguardados na intimidade dos seus integrantes, de modo que um Direito para as famílias que se pretenda adequado, não pode ignorar tal peculiaridade.

Na percepção de Michelle Perrot:

[...] resta, contudo, a dificuldade de conhecer algo além da face externa e pública da vida privada; a impossibilidade de chegar ao outro lado do espelho. Nesse âmbito, o dizível fabrica o indizível, a luz cria a sombra. O não dito, o desconhecido, o incognoscível – e a consciência trágica que

<sup>34</sup> FACHIN, Luiz Edson. Família. In: \_\_\_\_\_. **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar/Unisinos, 2006. p. 314-316.

<sup>35</sup> “A família traduz, na história do casamento, um elo entre o conceito jurídico e a sociedade. Tal, pois, o assento histórico: não se pode olvidar de que a construção dos laços familiares tem imersão no contexto histórico; tal percepção traduz diversidade de significados a um mesmo significante (família); assim, a família tradicional fundada na estabilidade formal cede espaço para certa instabilidade de laços afetivos abertos.” (FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direito de Família. Casamento: arts. 1.511 a 1.590. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). **Código Civil Comentado**. São Paulo: Atlas, 2003. v. XV, p. 16)

<sup>36</sup> A mesma advertência se aplica às demais estruturas sociais, conforme alerta Ulrich Beck: “Isto equivale à tentativa de consumir *na* família uma mudança social com a continuidade das estruturas sociais. [...] Crucial é esta ideia: *a equiparação entre homens e mulheres não será obtida nas estruturas institucionais que pressupõem a desigualdade entre homens e mulheres*. Não podemos forçar as pessoas novas, ‘redondas’, a caberem nos caixotes antigos, ‘quadrados’, das noções de mercado de trabalho, sistema empregatício, habitação urbana, seguridade social etc.” (BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**: rumo a uma outra modernidade. *Op. cit.*, p. 167)

<sup>37</sup> “No Direito de Família, hoje, constatamos que a família, além de plural, está em movimento, desenvolvendo-se para superação de valores e impasses antigos.” (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores para o Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 5)

temos disso – avançam no ritmo do saber que cava sob nossos pés mistérios insondáveis.<sup>38</sup>

O reconhecimento da mutação constante (e cada vez mais acelerada) nas relações pessoais, bem como a consciência de que apenas a face externa da família é que pode ser assimilada, são mais do que suficientes a indicar que as categorias jurídico-familiares não devem ter a pretensão de finitude, não podem ser herméticas, estritamente formais, e nem mesmo devem evitar o saudável contato do Direito com a realidade<sup>39</sup>.

Para além dessas questões, é inarredável o reconhecimento de que o Direito (e particularmente o direito de família) assimila interferências de diversos outros campos do saber<sup>40</sup>, que sempre respingarão de algum modo na leitura jurídica que se pretenda realizar em determinado momento<sup>41</sup>. Corolário disso é a necessária

<sup>38</sup> PERROT, Michelle (Org.). **História da Vida Privada**. 4: Da Revolução Francesa à Primeira Guerra Mundial. Trad. Denise Bottman, Bernardo Joffily. São Paulo: Companhia da Letras, 2009. p. 12.

<sup>39</sup> Importa registrar que tais percepções não são lineares e muito menos consensuais. Como exemplo, ainda impera contemporaneamente em parte da doutrina uma visão restrita do significado de *família*. Confira-se o constante na atualização da obra de Oscar Joseph de Plácido e Silva que, na edição de 2003, traz uma definição reduzida e conceitual: “Família: Derivado do latim *família*, de *famel* (escravo, doméstico), é geralmente tido, sem sentido restrito, como a *sociedade conjugal*. Nesse sentido então, *família* compreende simplesmente os *cônjuges* e sua *progênie*. E se constitui, desde logo, pelo *casamento*. Mas, em sentido lato, família quer significar todo ‘conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consangüinidade’ (Clóvis Beviláqua). Representa-se, pois, pela totalidade de pessoas que descendem de um tronco ancestral comum, ou seja, providas do mesmo sangue, correspondendo a *gens* dos romanos e aos *genos* dos gregos. No sentido constitucional mais amplo, confunde-se com a expressão ‘entidade familiar’. É a *comunhão familiar*, onde se computam todos os membros de uma mesma família, mesmo daquelas que se estabeleçam pelos filhos, após morte dos pais. Na tecnologia do direito civil, no entanto, exprime simplesmente a *sociedade conjugal*, atendida no seu caráter de *legitimidade*, que a distingue de todas as relações jurídicas desse gênero. E, assim, compreende somente a reunião de pessoas ligadas entre si pelo vínculo de consanguinidade, de afinidade ou de parentesco, até os limites prefixados em lei. *Família*. Entre os romanos, além do sentido de conjunto de pessoas submetidas ao poder de um cidadão independente (*homo sui juris*), no qual se compreendiam todos os bens que às mesmas pertencem, era sinônimo de *patrimônio*, propriamente aplicado aos bens deixados pelo *de cuius*. E, nesta razão, dava-se o nome de *actio familiae erciscundae* à ação de divisão de uma herança.” (DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 567)

<sup>40</sup> “É um ramo do direito civil *muito permeável às modificações das estruturas políticas, económicas e sociais, designadamente religiosas.*” (PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. *Op. cit.*, p. 160)

<sup>41</sup> O que era sustentado, entre outros, por Ronald Dworkin “[...] uma teoria geral do direito terá muitas ligações com outras áreas da filosofia. A teoria normativa irá assentar-se em uma teoria moral e política mais geral, que poderá, por sua vez, depender de teorias filosóficas sobre a natureza humana ou a objetividade da moral. [...] Por essa razão, uma teoria geral do direito deve constantemente adotar uma ou outra das posições em disputa a respeito de problemas de filosofia que não são especificamente jurídicos.” (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. X-XI)

percepção da relatividade dos institutos jurídicos<sup>42</sup>, mesmo diante de uma alardeada robustez histórica e sedutora continuidade discursiva, conforme anota Maria Celina Bodin de Moraes: “o imprescindível reconhecimento da relatividade e historicidade dos institutos jurídicos demonstra que sob a sua aparente continuidade terminológica se ocultam radicais transformações semânticas”<sup>43</sup>.

O Direito não possui um significado ontológico, perene, estável, mas é resultado de um processo contínuo de construção e reconstrução, sempre influenciado pelos influxos sociais. Metaforicamente, é possível sustentar que “o direito é um organismo vivo, peculiar, porém, porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo”<sup>44</sup>.

Tais peculiaridades são algumas das que deverão ser atentadas pelo Direito que pretenda corresponder aos desafios e reclamos das relações familiares de determinado agrupamento social<sup>45</sup>. A especificidade do tratamento que deve ser conferido pelo Direito no trato das relações familiares é sintetizada por Mota Pinto:

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 «ex nihilo»*; 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 correntemente se traduz dizendo que o Direito de Família é um *direito institucional*.<sup>46</sup>

<sup>42</sup> “Queremos dizer, com isso, que as coisas não obedecem a essências ideais, criadas por certos filósofos, como espécie de modelo fixo, um cabide metafísico, em que penduram a realidade dos fenômenos naturais e sociais. As coisas, ao contrário, formam-se nestas próprias condições de existência que prevalecem na Natureza e na Sociedade, onde ademais se mantêm num movimento de constante e contínua transformação.” (LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito**. *Op. cit.*, p. 12)

<sup>43</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. A Constitucionalização do Direito Civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **A Constitucionalização do Direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 436.

<sup>44</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. *Op. cit.*, p. 59.

<sup>45</sup> Cabe anotar um alerta direcionado para a psicologia que pode, *mutatis mutandis*, bem ser aplicado ao direito: “Essa historicização e revisão sócio-histórica de suas formas de pensamento é algo que ainda precisa ser feito pela psicologia, caso não queira continuar arvorando-se na individualização aparente da qual, na medida em que transfere aos homens que sofrem as causas de seu próprio sofrimento, ela mesma se beneficia.” (BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**: rumo a uma outra modernidade. *Op. cit.*, p. 179)

<sup>46</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. *Op. cit.*, p. 159.

A consciência da mobilidade social e da possibilidade de redefinição constante dos significados jurídicos exige que os juristas restem atentos tanto para a realidade que se manifesta como para as categorias jurídicas formais adotadas, com o fito principal de apurar a sua necessária correspondência.

A percepção da preexistência de uma ordenação social familiar, que se manifesta concretamente, precedendo o Direito, é vital para assimilação dos limites e possibilidades que lhes são inerentes. Diversas manifestações estão a indicar que a afetividade é adotada como relevante liame familiar na atualidade, seja em concomitância com outro elo biológico ou registral, seja isoladamente<sup>47</sup>.

Em vista disso, é prudente a verificação das características centrais da família contemporânea e a posterior comparação com a matriz jurídica que atualmente lhe é posta à disposição, com o objetivo de verificar a sua aconselhável correspondência. Para tanto, anteriormente se faz necessária a descrição de algumas características relevantes da própria sociedade que se apresenta nos dias de hoje, eis que certamente influenciarão os respectivos desenhos familiares.

### **Seção III. A sociedade complexa e fluida da contemporaneidade**

As relações pessoais acompanham o contínuo caminhar das sociedades nas quais estão inseridas, sendo inevitavelmente influenciadas pelo espectro cultural que as envolve<sup>48</sup>. Essas mutações nas características centrais dos relacionamentos sempre foram sentidas<sup>49</sup>, mas não com a velocidade que ora apresentam.

---

<sup>47</sup> “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.” (FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 169)

<sup>48</sup> “Uma relação não pode ser isolada arbitrariamente de todas as outras e também não é possível que o indivíduo se mantenha aquém ou além do mundo das relações. O meio social não deve ser concebido como um quadro vazio no interior do qual os seres e as coisas podem ser ligados, ou simplesmente justapostos. O meio é inseparável das coisas que nele habitam. Em conjunto constituem um campo de gravitação onde as cargas e as distâncias formam um conjunto coordenado, e onde cada elemento, ao se modificar, provoca a alteração do equilíbrio total do sistema.” (LEVI-STRAUSS, Claude. **As Estruturas Elementares do Parentesco**. *Op. cit.*, p. 523)

<sup>49</sup> ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. *Op. cit.*, p. 30 e ss.

O quadro atual é peculiar na rapidez com que se alteram tais dados de realidade, sendo que uma das suas principais características é justamente esta instabilidade sempre presente<sup>50</sup>. A hodierna mobilidade que se apresenta é muito mais intensa se comparada a períodos anteriores<sup>51</sup>, nos quais a aparente estabilidade transmitia a sensação de segurança e tranquilidade.

A sociedade que adentra no século XXI expõe uma faceta diversa da que possuía nos séculos anteriores, sendo resultado – entre outros – da obsessiva busca pela consagração dos valores ofertados pelo próprio projeto da modernidade. Sinais característicos da expressão de uma outra e peculiar modernidade já eram percebidos no início do século XX, na leitura de Michelle Perrot:

O alvorecer do século XX esboça, sob certo ponto de vista, uma outra modernidade. A expansão do mercado, o aumento da produção, a explosão das técnicas impulsionam uma redobrada intensidade do consumo e do intercâmbio. Os cartazes publicitários excitam o desejo. As comunicações instigam a mobilidade. Trem, bicicleta, automóvel estimulam a circulação de pessoas e coisas. Cartões-postais e telefonemas personalizam a informação. A capilaridade das modas diversifica as aparências. A foto multiplica a imagem de si. Um fogo de artifício de símbolos que, às vezes, dissimula a imobilidade do cenário.<sup>52</sup>

Observando-se o quadro que passa a se delinear após a Segunda Guerra Mundial, é possível perceber mais nitidamente que as características sociais externadas se diferenciaram do período moderno clássico (que pressupunha a existência de um modelo ideal de família e de sociedade, de modo que sua adoção levaria a uma evolução rumo à almejada perfeição)<sup>53</sup>.

O decorrer dos anos fez com que se abandonasse essa pretensão moderna de modelos ideais, e a ilusão de um porto seguro a se alcançar também não se mostrou mais sustentável. Não sem motivo, já se chegou a denominar o final do

<sup>50</sup> “Num mundo em que as coisas deliberadamente instáveis são a matéria-prima das identidades, que são necessariamente instáveis, é preciso estar constantemente em alerta; mas acima de tudo é preciso manter a própria flexibilidade e velocidade de reajuste em relação aos padrões cambiantes do mundo ‘lá fora’.” (BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 100)

<sup>51</sup> “A rapidez da transformação contemporânea exalta, em todas as suas manifestações, um primado da práxis. Quantos institutos, sobretudo no direito dos negócios, são intuídos, inventados, modelados na prática cotidiana, enquanto o legislador nacional ou comunitário limita-se a intervir tardiamente, apropriando-se do que o uso já tinha consolidado!” (GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. 2. ed. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 83)

<sup>52</sup> PERROT, Michelle (Org.). **História da Vida Privada**. *Op. cit.*, p. 569-570.

<sup>53</sup> Neste trabalho considerado como o período a partir do final do século XVIII até o início do século XX.

século passado *era da incerteza*<sup>54</sup>. No desenrolar desse cenário intensificaram os fatores geradores de tais alterações, o que fez desaguar em uma sociedade diversa na virada do milênio<sup>55</sup>.

Essa realidade contemporânea demonstra-se altamente plural, rejeitando modelos únicos que sejam aceitos por todos (ou pela grande maioria), de modo que inexistem padrões balizadores de condutas universais<sup>56</sup>. Gilles Lipovetsky percebe que “nossa época tem isso de novidade: é que, ao longo do percurso, não dispomos mais de um modelo geral que tenha credibilidade”<sup>57</sup>. Um vasto rol de opções pessoais é livremente ofertado, o que acaba por formar um mosaico de formas de relacionamentos complexos, multiformes, multifacetados. A fragmentalidade será uma das principais características deste período e, também, um dos principais desafios à sua assimilação e teorização<sup>58</sup>. Paralelo a isso, não resta mais possível perceber um objetivo a ser alcançado por todos, não há um lugar comum superior a se chegar, abandonou-se qualquer pretensão de busca coletiva por um *telos* superior<sup>59</sup>. A liberdade conquistada passa a ser efetivamente exercida com esmero e dedicação, fazendo com que paulatinamente caíam as barreiras morais, religiosas ou sociais que represavam a livre manifestação do pensamento e o exercício da opção pessoal pela forma de vida.

Consequência direta disso é que diversas escolhas que anteriormente eram de algum modo realizadas pela coletividade (seja pela via do Estado, ou da religião ou do grupo social) foram deixadas a livre encargo de cada um. Ofertou-se, então,

<sup>54</sup> GALBRAITH, John Kenneth (1977). **A Era da Incerteza**. 8. ed. São Paulo: Pioneira, 1988. Ainda que sob o viés da análise econômica.

<sup>55</sup> “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, contínua, irrefreável e sempre incompleta *modernização*, a opressiva, e inerradicável, insaciável sede de ‘limpar o lugar’ em nome de um ‘novo e aperfeiçoado’ projeto; de ‘desmantelar’, ‘cortar’, ‘defasar’, ‘reunir’ ou ‘reduzir’, tudo isso em nome da maior capacidade de fazer o mesmo no futuro – em nome da produtividade ou competitividade.” (BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. *Op. cit.*, p. 36)

<sup>56</sup> “Hoje, os padrões e configurações não são mais ‘dados’, e menos ainda ‘auto-evidentes’; eles são muitos, chocando-se entre si e contradizendo-se em seus comandos conflitantes, de tal forma que todos e cada um foram desprovidos de boa parte de seus poderes de coercitivamente compelir e restringir.” (BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. *Op. cit.*, p. 14)

<sup>57</sup> LIPOVETSKY, Gilles. **A Sociedade Pós-Moralista**: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos. Trad. Armando Braio Ara. Barueri: Manole, 2005. p. xxxiii)

<sup>58</sup> MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4 ed. rev. atual. amp. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 5.

<sup>59</sup> Aqui é possível constatar eventual ponte de contato com parte do que prescrevia Friedrich Nietzsche, entre outros, na obra **A Gaia Ciência**. Trad. Antonio Carlos Braga. São Paulo: Escala, 2006.

um vasto cardápio com infinitas possibilidades<sup>60</sup>. Nos relacionamentos pessoais, muitos deles passaram a ser caracterizados apenas por uma afetividade que lhes é peculiar. Tais concessões farão com que uma das principais particularidades deste momento seja certo individualismo<sup>61</sup>, que se manifesta das mais variadas formas. Há redução do espaço deixado para preocupações comuns ou coletivas, o que terá consequências de diversas ordens, dentre elas o aumento da competitividade<sup>62</sup> e alguma demonstração de intolerância com o outro<sup>63</sup>.

Por outro lado, sustenta-se de forma crescente a consciência da nossa coexistência (só existimos no convívio com os demais)<sup>64</sup> e a busca pelo respeito ao *outro* (seja como “diferente”, seja como “gerações futuras”). Não sem motivo afloram

---

<sup>60</sup> “Como as Supremas Repartições que cuidavam da regularidade do mundo e guardavam os limites entre o certo e o errado não estão mais à vista, o mundo se torna uma coleção infinita de possibilidades: um container cheio até a boca com uma quantidade incontável de oportunidades a serem exploradas ou já perdidas. Há mais – muitíssimo mais – possibilidades do que qualquer vida individual – por mais longa, aventureira e industriosa que seja, pode tentar explorar, e muito menos adotar. É a infinidade das oportunidades que preenche o espaço deixado vazio pelo desaparecimento da Suprema Repartição.” (BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. *Op. cit.*, p. 73)

<sup>61</sup> Gilles Lipovestky fala em um neoindividualismo, com o intuito a salientar as características deste novo individualismo, que seria diverso do de outrora (ainda muito ligado a uma ideia de ausência de moralidade). (LIPOVETSKY, Gilles. **A Sociedade Pós-Moralista**: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos. *Op. cit.*, p. xxvii)

<sup>62</sup> “Como a tarefa compartilhada por todos tem que ser realizada por cada um sob condições inteiramente diferentes, divide as situações humanas e induz à competição mais ríspida, em vez de unificar uma condição humana inclinada a gerar cooperação e solidariedade.” (BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. *Op. cit.*, p. 106)

<sup>63</sup> “Esforços para manter à distância o ‘outro’, o diferente, o estranho o estrangeiro, e a decisão de evitar a necessidade de comunicação, negociação e compromisso mútuo, não são a única resposta concebível à incerteza existencial enraizada na nova fragilidade ou fluidez dos laços sociais. Essa decisão certamente se adapta à nossa preocupação contemporânea obsessiva com poluição e purificação, à nossa tendência de identificar o perigo para a segurança corporal com a invasão de ‘corpos estranhos’ e de identificar a segurança não ameaçada com a pureza. A atenção agudamente apreensiva às substâncias que entram no corpo pela boca e pelas narinas, e aos estranhos que se esgueiram sub-repticiamente pelas vizinhanças do corpo, acomodam-se lado a lado no mesmo quadro cognitivo. Ambas ativam um desejo de ‘expeli-los do sistema’.” (BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. *Op. cit.*, p. 126)

<sup>64</sup> SESSAREGO, Carlos Fernándes. **Derecho y Persona**. Trujillo-Peru: Normas Legales, 1995. p. 94.



estudos que se debruçam sobre temas como ética<sup>65</sup>, solidariedade<sup>66</sup>, vida<sup>67</sup> e responsabilidade<sup>68</sup>.

Nem mesmo o tempo restou imune às alterações que se processaram<sup>69</sup>, sendo que os projetos de longo prazo da modernidade cedem lugar, inicialmente, aos de curto prazo. Mais recentemente é possível dizer que há espaços nos quais o parâmetro chega a ser até mesmo o da instantaneidade<sup>70</sup>.

A satisfação se realiza com a busca incessante pelo novo, obtida quase exclusivamente pelos padrões de aquisição impostos pelo mercado<sup>71</sup>. A sociedade de consumo assume tal preponderância que até mesmo as relações pessoais como

---

<sup>65</sup> “A ética da libertação é uma ética da responsabilidade *a priori* pelo outro, mas responsabilidade também *a posteriori* (à la H. Jonas) dos efeitos não intencionais das estruturas dos sistemas que se manifestam à mera consciência cotidiana do senso comum: as vítimas.” (DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação**: Na Idade da Globalização e da Exclusão. Trad. Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 571)

<sup>66</sup> DENNINGER, Erhard. “Segurança, diversidade e solidariedade” ao invés de “liberdade, igualdade e fraternidade”. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 88, p. 36, dez. 2003.

<sup>67</sup> JONAS, Hans. **O Princípio Vida**: fundamentos para uma biologia filosófica. Trad. Carlos Almeida Pereira. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 272.

<sup>68</sup> JONAS, Hans. **O Princípio Responsabilidade**: Ensaio de uma Ética para a Civilização Tecnológica. Trad. Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto/Ed. PUC-Rio, 2006. p. 23.

<sup>69</sup> “Maravilhas das técnicas do nosso tempo, todos os lugares se unem porque os momentos afinal convergiram. A história do homem é, durante milênios, a história dos momentos divergentes, a soma de acontecimentos dispersos, disparatados, desconexos. Já a história do homem da nossa geração é aquela onde os momentos convergiram, o acontecer de qualquer lugar podendo ser imediatamente comunicado a qualquer outro.” (SANTOS, Milton. **Técnica, Espaço, Tempo**. Globalização e Meio Técnico-científico-informacional. 5. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo. 2008. p. 40)

<sup>70</sup> “O ‘longo prazo’, ainda que continue a ser mencionado, por hábito, é uma concha vazia e sem significado; se o infinito, como o tempo, é instantâneo, para ser usado no ato e descartado imediatamente, então ‘mais tempo’ adiciona pouco ao que o momento já ofereceu. Não se ganha muito com considerações de ‘longo prazo’. Se a modernidade sólida punha duração eterna como principal motivo e princípio da ação, a modernidade ‘fluida’ não tem função para a duração eterna. O ‘curto prazo’ substituiu o ‘longo prazo’ e fez da instantaneidade seu tempo ideal. Ao mesmo tempo em que promove o tempo ao posto de contêiner de capacidade infinita, a modernidade fluida dissolve – obscurece e desvaloriza – sua duração.” (BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. *Op. cit.*, p. 145)

<sup>71</sup> “O ideal moderno de subordinação do indivíduo a regras racionais coletivas foi pulverizado, o processo de personalização promoveu e encarnou maciçamente um valor fundamental: o da realização pessoal, do respeito à singularidade subjetiva, da personalidade incomparável, quaisquer que sejam as novas formas de controle e homogeneização realizadas simultaneamente. O direito de ser absolutamente se mesmo, de aproveitar ao máximo a vida, é certamente inseparável de uma sociedade que instituiu o indivíduo livre como valor principal e não é mais do que a manifestação definitiva da ideologia individualista; mas foi a transformação dos estilos de vida ligados à revolução do consumo que permitiu esse desenvolvimento dos direitos e desejos do indivíduo, essa mutação na ordem de valores individualistas. Salto adiante da lógica individualista: o direito à liberdade – teoricamente ilimitado, mas até então circunscrito à economia, à política, à cultura – ganha os costumes e o cotidiano” (LIPOVETSKY, Gilles. **A Era do Vazio**. Barueri: Manole, 2005. p. XVIII)

casamento, uniões e filhos passam a ser influenciadas pelos parâmetros consumeristas<sup>72</sup>.

O desejo da contemporaneidade é satisfeito e renovado constantemente por critérios de consumo, que passam a ser a medida de todas as coisas, inclusive para relevantes questões pessoais<sup>73</sup>. Uma das consequências mais perceptíveis será a sensação constante de insegurança<sup>74</sup>, eis que o preço de tal liberdade, pluralidade e ampla instabilidade é a ausência de um corrimão que permita a cada um caminhar com aparente segurança<sup>75</sup>.

Os relacionamentos humanos não restarão inertes a tais concepções<sup>76</sup>, sendo que a vida com o outro também passará a ser vista como um laço que deve ser frágil, eis que pode ser desfeito a qualquer momento sem que existam obstáculos para tanto. A seguir, outra relação poderá se iniciar, e assim sucessivamente, sem grandes mágoas, sem grandes traumas<sup>77</sup>. Também esta característica pode justificar a crescente importância conferida à afetividade em muitos relacionamentos, com certo decréscimo da relevância que já foi concedida aos elos biológicos ou registrais, pois o vínculo afetivo tem como peculiaridade sua possibilidade de estabelecimento e restabelecimento constantes.

<sup>72</sup> “Em outras palavras, precisamente numa época em que ninguém quer renunciar a tudo quanto proporcione conforto e bem-estar, também o nascimento do filho precisa ser interpretado à luz do conceito de aproveitamento geral da existência.” (LIPOVETSKY, Gilles. **A Sociedade Pós-Moralista**: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos. *Op. cit.*, p. 141)

<sup>73</sup> “A precariedade da existência social inspira uma percepção do mundo em volta como um agregado de produtos para consumo imediato. Mas a percepção do mundo, com seus habitantes, como um conjunto de itens de consumo faz da negociação de laços humanos duradouros algo excessivamente difícil. Pessoas inseguras tendem a ser irritáveis; são também intolerantes com qualquer coisa que funcione como obstáculo a seus desejos; e, como muitos desses desejos serão de qualquer forma frustrados, não há escassez de coisas ou pessoas que sirvam de objeto a essa intolerância.” (BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. *Op. cit.*, p. 188-189)

<sup>74</sup> “A liberdade individual, outrora uma responsabilidade e um (talvez o) problema para todos os edificadores da ordem, tornou-se o maior dos predicados e recursos na perpétua autocriação do universo humano. Você ganha uma coisa e, em troca, perde alguma outra coisa: a antiga norma mantém-se hoje tão verdadeira quanto o era então. Só que os ganhos e as perdas mudaram de lugar: *os homens e as mulheres pós-modernos trocaram um quinhão de suas possibilidades de segurança por um quinhão de felicidade*”. (BAUMAN, Zygmunt. **O Mal-estar da Pós-modernidade**. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998. p. 9-10)

<sup>75</sup> “Viver entre uma multidão de valores, normas e estilos de vida em competição, sem uma garantia firme e confiável de estarmos certos, é perigoso e cobra um alto preço psicológico.” (BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. *Op. cit.*, p. 243)

<sup>76</sup> Conforme já alertava Norbert Elias na sua obra clássica “O processo civilizador”, na qual admite que o indivíduo será influenciado pelo meio cultural em que está inserido. (ELIAS, Norbert. **O Processo Civilizador**. Trad. da versão inglesa Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993. v. 2, p. 193-197)

<sup>77</sup> “A família, os colegas de trabalho, a classe e os vizinhos são fluidos demais para que imaginemos sua permanência e os creditemos com a capacidade de quadros de referência confiáveis.” (BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. *Op. cit.*, p. 209)

Todo este cenário permite perceber a complexidade que lhe é inerente, eis que a simplicidade pretendida pela modernidade com a adoção de modelos ideais certamente não foi alcançada e já foi – há muito – abandonada<sup>78</sup>.

Tais transformações trazem consigo certa inquietude, o que é inevitável. Porém, mesmo que algumas dessas características possam indicar um futuro negativo ou até mesmo niilista, nada autoriza tal conclusão. O que parece, ainda que de forma incipiente, é que apenas serão outros os referenciais, mas persistirão vigorando alguns valores (ainda que pulverizados e atenuados) e um sentimento ainda que tênue de organização<sup>79</sup>.

É prudente atentar aos riscos que podem decorrer de alguns dos aspectos descritos, aparentemente negativos; entretanto, não se pode subestimar os aspectos positivos alcançados nos relacionamentos pessoais até este momento histórico (ampla e efetiva liberdade, democratização concreta das relações, crescente igualdade, reconhecimento da subjetividade e presença da afetividade). Embora com novos elementos, é possível vislumbrar a construção de uma sociedade promissora, não obstante esta ainda ser uma questão em aberto<sup>80</sup>.

<sup>78</sup> “A complexidade não é receita que trago, mas chamada à civilização das ideias. A barbárie das ideias significa também que os sistemas de ideias são bárbaros uns em relação aos outros. As teorias não sabem conviver umas com as outras. Não sabemos, no plano das ideias, ser verdadeiramente conviviais. [...] Devemos compreender estes fenômenos e não nos espantarmos com eles. Creio que esta tomada de consciência é ainda mais importante pelo fato de que, até uma época bem recente, estivemos tomados pela ideia de que a história ia acabar, que nossa ciência tinha conquistado o essencial de seus princípios e de seus resultados, que nossa razão estava enfim no ponto, que a sociedade industrial se punha nos trilhos, que os subdesenvolvidos iam se desenvolver, que os desenvolvidos não eram subdesenvolvidos; teve-se a ilusão eufórica de quase-fim dos tempos. Hoje, não se trata de mergulhar no apocalipse e no milenarismo; trata-se de ver que talvez estejamos no fim de um certo tempo e, nós o esperamos, no começo de novos tempos.” (MORIN, Edgar. **Introdução ao Pensamento Complexo**. Trad. Eliane Lisboa. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2011. p. 119-120)

<sup>79</sup> “Cultura pós-moralista não equivale a dizer pós-moral. Precisamente quando o sacerdócio do dever e as restrições da era vitoriana ficaram para trás, novas regulamentações sociais surgem, proibições são renovadas, readmitem-se novos valores, manifestando-se aspectos bem diversos dos que foram narrados pelos contemporâneos da ‘permissividade generalizada’. Na verdade, o ritual do dever perdeu o direito da cidadania visível na sociedade, muito embora os costumes não tenham mergulhado na anarquia. Na verdade, o ritual o dever perdeu o direito de cidadania visível na sociedade, muito embora os costumes não tenham mergulhado na anarquia. O bem-estar e os prazeres são exaltados, mas a sociedade civil anseia por ordem e moderação: os direitos subjetivos dominam nossa cultura, mas ‘nem tudo é permitido’. [...] O neo-individualista é simultaneamente hedonista e regulamentado, sedento de autonomia e avesso aos excessos, hostil aos mandamentos sublimes e também ao caos ou às transgressões da libertinagem pura e simples. Representar a cultura individualista atual como catastrófica constitui uma caricatura.” (LIPOVETSKY, Gilles. **A Sociedade Pós-Moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos**. *Op. cit.*, p. 28)

<sup>80</sup> “A era presentista está tudo menos fechada, encerrada em si mesma, dedicada a um niilismo exponencial. Dado que a depreciação dos valores supremos não é sem limites, o futuro continua em aberto. A hipermodernidade democrática e mercantil ainda não deu o seu canto do cisne –

Em tal contexto, a condição humana inevitavelmente se altera, sendo outras as suas características e diversos os seus pressupostos. Consequentemente, as teorias terão que rever seus conceitos, eis que os anteriores não mais abrigarão a nova realidade que se manifesta<sup>81</sup>. Assim, as áreas do conhecimento que cuidam dos relacionamentos humanos têm necessariamente que rever suas categorias, com o fito de procurarem assimilar esses novos ares que passam a se disseminar. Uma das exigências que deverão atender será a de ser flexíveis, de modo a permitir que não percam rapidamente a adequação e a correspondência nesse instável quadro social. No campo do direito de família, isto é marcante e já se mostra presente tanto na doutrina como na jurisprudência, com indicativos de reconhecimento crescente da subjetividade e da afetividade.

Um dos sociólogos que procurou descrever tal instigante realidade foi o polonês Zygmunt Bauman, o qual denominou o período como *modernidade líquida*, que seria leve, fluida, em contraposição ao período anterior, por ele denominado *modernidade pesada*, fixa, estanque<sup>82</sup>. Já Gilles Lipovetsky prefere nominar o contexto corrente como *hipermodernidade*<sup>83</sup>, termo que seria mais fiel ao acirramento dos valores modernos constatado na atualidade.

Bauman procura descrever algumas peculiaridades do que denomina como modernidade leve, líquida, fluida:

---

ela está apenas no começo da sua aventura histórica.” (LIPOVETSKY, Gilles. **Tempos Hipermodernos**. Trad. Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004. p. 100)

<sup>81</sup> “Seria imprudente negar, ou mesmo subestimar, a profunda mudança que o advento da ‘modernidade fluida’ produziu na condição humana. O fato de que a estrutura sistêmica seja remota e inalcançável, aliado ao estado fluido e não-estruturado do cenário imediato da política-vida, muda aquela condição de um modo radical e requer que repensemos os velhos conceitos que costumavam cerrar suas narrativas. Como zumbis, esses conceitos são hoje mortos-vivos. A questão prática consiste em saber se sua ressurreição, ainda que em nova forma ou encarnação, é possível; ou – se não for – como fazer com que eles tenham um enterro decente e eficaz.” (BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. *Op. cit.*, p. 15)

<sup>82</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. *Op. cit.*, p. 132-140.

<sup>83</sup> “Hipercapitalismo, hiperclasse, hiperpotência, hiperterrorismo, hiperindividualismo, hipermercado, hipertexto – o que não é mais *hiper*? O que mais não expõe uma modernidade elevada à potência superlativa? Ao clima de epílogo segue-se uma sensação de fuga para adiante, de modernização desenfreada, feita de mercantilização proliferativa, de desregulamentação econômica, de ímpeto técnico-científico, cujos efeitos são tão carregados de perigos quanto de promessas. Tudo foi muito rápido: a coruja de Minerva anunciava o nascimento do pós-moderno no momento mesmo em que se esboçava a hipermodernização do mundo.” (LIPOVETSKY, Gilles. **Tempos Hipermodernos**. *Op. cit.*, p. 53). Nessa mesma obra o autor critica o termo *pós-modernidade*, pois a palavra *pós* indicaria uma superação que, na sua visão, não teria ocorrido. No seu entender, ela foi apenas uma parte do processo “do pós ou hiper: a pós-modernidade não terá sido mais que um estágio de transição, um momento de curta duração. E este já não é mais o nosso.” (p. 58)

Duas características, no entanto, fazem nossa situação – nossa forma de modernidade – nova e diferente. A primeira é o colapso gradual e rígido da antiga ilusão moderna: da crença que há um fim do caminho em que andamos, um *telos* alcançável da mudança histórica, um Estado de perfeição a ser atingido amanhã, no próximo ano ou no próximo milênio, algum tipo de sociedade boa, de sociedade justa e sem conflitos em todos ou alguns de seus postulados [...] A segunda é a desregulamentação e privatização das tarefas e deveres modernizantes. O que costumava ser considerado uma tarefa para a razão humana, vista como dotação e propriedade coletiva da espécie humana, foi fragmentado (“individualizado”), atribuído às vísceras e energia individuais e deixado à administração dos indivíduos e de seus recursos.<sup>84</sup>

Sinteticamente, essas seriam as principais características percebidas nas sociedades do presente, sendo prudente notar a relevância das alterações processadas para que seja possível vislumbrar os novos desafios que poderão surgir<sup>85</sup>. Como os relacionamentos familiares são sempre influenciados pelo quadro cultural em que estão inseridos<sup>86</sup>, as relações travadas na contemporaneidade certamente sofrerão alterações e reflexos<sup>87</sup>.

#### Seção IV. Relacionamentos familiares em tempos de modernidade líquida

As pessoas influenciam e são influenciadas pelo meio em que estão inseridas, de modo que os paradigmas<sup>88</sup> sociais vigentes se refletem também na forma de convivência. As características da modernidade líquida inevitavelmente trarão consequências para os relacionamentos humanos, que já podem ser percebidas na realidade que ora se apresenta.

<sup>84</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. *Op. cit.*, p. 37-38.

<sup>85</sup> Conforme destaca Edgar Morin, estamos apenas no começo do conhecimento: “Pré-história do espírito humano significa dizer que, no plano do pensamento consciente, estamos apenas no começo. Ainda estamos submissos a modas mutiladoras e disjuntivas de pensamento e ainda é muito difícil pensar de modo complexo.” (MORIN, Edgar. **Introdução ao Pensamento Complexo**. *Op. cit.*, p. 119)

<sup>86</sup> “Norbert Elias não quer explicar por que de as coisas acontecerem como aconteceram (entendimento kantiano), mas trabalha no campo da sensibilidade [...] Para Elias, o indivíduo passa a representar todas as características do grupo, tornando-se uma espécie de síntese do modelo social que representa [...]” (PEREIRA, Luís Fernando Lopes. Autoconsciência e processo civilizacional em Norbert Elias. **Revista Relações Internacionais no Mundo Atual**, Periódico das Faculdades Integradas Curitiba, Curitiba, ano 2, v. 2, p. 20-21, 2002)

<sup>87</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Amor Líquido**: Sobre a Fragilidade dos Laços Humanos. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004. p. 12-13.

<sup>88</sup> KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2009. p. 22. Adotar-se-á aqui o conceito de paradigma desenvolvido por Thomas Kuhn nesta obra sem que isso signifique, porém, filiação a qualquer corrente estruturalista.

Uma das principais delas é que esses relacionamentos também serão fugazes, efêmeros, abandonando o primado anterior do “até que a morte nos separe”. Este é um reflexo dos novos valores temporais vigentes e também atende à demanda por uma liberdade sempre presente, que atinge diversos aspectos (o trabalho, a família, as amizades etc.). As pessoas passam a ver a satisfação com o parceiro como um objetivo a ser constantemente alcançado, não se vinculando profundamente a projetos de muito longo prazo<sup>89</sup>.

Para corresponder a tal intenção, os relacionamentos terão de estar unidos por laços leves, tênues, que possam ser desfeitos sem muita dificuldade<sup>90</sup>. Isto porque, no exercício de sua liberdade e autonomia, cada indivíduo passará a verificar constantemente as vantagens que auferir em cada relação pessoal travada e, não a encontrando satisfatoriamente, passará a buscá-la em outra relação. Neste ponto é possível vislumbrar um dos prováveis motivos pelo crescimento de relações vincadas apenas pela afetividade, pois, se comparada ao casamento, pode ser considerada um “manto mais leve” do que a “caixa de aço” do matrimônio (*vide* o aumento de uniões estáveis que se registrou nos últimos anos).

Outra característica que se mostra presente nas diversas relações é a democratização da vida privada, descrita por Anthony Giddens:

A democratização da vida pessoal como um potencial estende-se de um modo fundamental às relações de amizade e, crucialmente, às relações entre pais, filhos e outros parentes. [...] A democratização da esfera privada está atualmente não apenas na ordem do dia, mas é uma qualidade tácita de toda vida pessoal que está sob a égide do relacionamento puro.<sup>91</sup>

Há também uma forte preocupação com maior igualdade nos relacionamentos, seja entre os gêneros, seja entre pais e filhos ou outros parentes e parceiros. A autoridade forte e a hierarquia rígida de outrora passam a não mais subsistir.

---

<sup>89</sup> “Pode-se supor (mas será uma suposição fundamentada) que em nossa época cresce rapidamente o número de pessoas que tendem a chamar de amor mais de uma de suas experiências de vida, que não garantiriam que o amor que atualmente vivenciam é o último, que têm expectativa de viver outras experiências como essa no futuro. Não devemos nos surpreender se essa suposição se mostrar correta. Afinal, a definição romântica do amor como ‘até que a morte nos separe’ está decididamente fora de moda, tendo deixado para trás seu tempo de vida útil em função da radical alteração das estruturas de parentesco às quais costumavam servir e de onde extraía seu vigor e sua valorização.” (BAUMAN, Zygmunt. **Amor Líquido: Sobre a Fragilidade dos Laços Humanos**. *Op. cit.*, p. 19)

<sup>90</sup> “A líquida racionalidade moderna recomenda mantos leves e condena as caixas de aço.” (BAUMAN, Zygmunt. **Amor Líquido: Sobre a Fragilidade dos Laços Humanos**. *Op. cit.*, p. 65)

<sup>91</sup> GIDDENS, Anthony. **A Transformação da Intimidade: Sexualidade, Amor & Erotismo nas Sociedades Modernas**. *Op. cit.*, p. 200-201.

Reflexo direto dessas características será uma diversidade de opções pessoais que desabrochará paulatinamente. Como anota Giddens, “expressa de outra maneira, a diversidade sexual, embora ainda encarada como perversão por muitos grupos hostis, saiu dos cadernos de anotações dos registros de casos de Freud para o mundo social cotidiano”<sup>92</sup>.

Nesse quadro de relacionamentos democráticos<sup>93</sup> aflora a livre opção pessoal como critério preponderante para decidir sobre o início e a continuidade de uma relação, baseada em critérios subjetivos, de interesse do indivíduo, não mais atrelada a questões econômicas ou patrimoniais<sup>94</sup>. Tal ordem de ideias envolve a transferência para a esfera privada de tarefas que anteriormente eram deixadas a cargo da esfera pública<sup>95</sup> (embora tais distinções não sejam mais tão nítidas<sup>96</sup>).

Essas mutações afetarão a família, que é sempre refletora das condições sociais inerentes a cada agrupamento humano<sup>97</sup>. As funções dessa família da modernidade líquida certamente são outras, e as mudanças não serão de pouca relevância<sup>98</sup>, tal como sintetizada por Antoine Prost na seguinte passagem:

À primeira vista, a evolução da família é simples: ela perdeu suas funções ‘públicas’ e passou apenas a ter funções ‘privadas’. Uma parte das tarefas antes confiadas a ela foi gradualmente assumida por instâncias coletivas; com essa socialização de certas funções, restou-lhe apenas a realização da vida privada. Nesse sentido, podemos falar de uma ‘privatização família’. Essa análise não está errada, mas é insuficiente. A família que se consagra exclusivamente a suas funções privadas já não é, de fato, exatamente a mesma que também possuía funções públicas. A mudança de funções

<sup>92</sup> GIDDENS, Anthony. **A Transformação da Intimidade: Sexualidade, Amor & Erotismo nas Sociedades Modernas.** *Op. cit.*, p. 44.

<sup>93</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *A Família Democrática.* *Op. cit.*, p. 614.

<sup>94</sup> “Na Europa pré-moderna, a maior parte dos casamentos eram contraídos não sobre 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.” (GIDDENS, Anthony. **A Transformação da Intimidade: Sexualidade, Amor & Erotismo nas Sociedades Modernas.** *Op. cit.*, p. 49)

<sup>95</sup> “O Estado recua, a religião e a família se privatizam, a sociedade de mercado se impõe: para disputa, resta apenas o culto à concorrência econômica e democrática, a ambição técnica, os direitos do indivíduo.” (LIPOVETSKY, Gilles. **Tempos Hipermodernos.** *Op. cit.*, p. 54)

<sup>96</sup> “[...] o público e o privado se complementam. Desse modo, é correto pretender que no jardim exista algo de praça, e que a praça tenha algo de jardim.” (SALDANHA, Nelson. **O Jardim e a Praça: o Privado e o Público na Vida Social e Histórica.** 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Atlântica, 2005. p. 154)

<sup>97</sup> “A família muda sua estrutura e sua função tanto de acordo com períodos isolados quanto também segundo os grupos sociais. Em especial, ela se transforma de maneira decidida, sob as influências do desenvolvimento industrial.” (HORKHEIMER, Max. *Autoridade e Família.* In: \_\_\_\_\_ **Teoria Crítica: Uma Documentação.** Trad. Hilde Cohn. São Paulo: Perspectiva/Editora da Universidade de São Paulo, 1990. Tomo I, p. 235)

<sup>98</sup> OLIVEIRA, Guilherme de; PEREIRA COELHO, Francisco. **Curso de direito de família.** *Op. cit.*, p. 101.

acarreta uma mudança de natureza: na verdade a família deixa de ser uma instituição forte; sua privatização é uma desinstitucionalização. Nossa sociedade se encaminha para famílias 'informais'. Mas foi também dentro da família que os indivíduos conquistaram o direito de ter uma vida privada autônoma. De certa forma, a vida privada se desdobra: no interior da vida privada da família surge agora uma vida privada individual. No horizonte dessa evolução, estão os lares compostos por uma única pessoa, onde a vida privada doméstica foi inteiramente absorvida pela vida privada individual.<sup>99</sup>

A percepção da família como espaço para a livre realização pessoal dos seus integrantes é de importância singular<sup>100</sup>, passando a ser descrita como precípua sua função eudemonista<sup>101</sup>. A família passa a ser reconhecida como relevante esfera privada, vindo a se configurar como espaço para o livre desenvolvimento da personalidade individual<sup>102</sup>. As pessoas buscam uma realização efetiva em cada uma das relações que travam socialmente, e a satisfação é o que justifica a sua permanência, ainda que por um curto período<sup>103</sup>.

Essa alteração – que parece simples – trará reflexos de diversas ordens, eis que evidencia um momento que pode se afirmar novo, e que concebe novos espaços de expressão.

[...] 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 vida familiar; agora é a família que é julgada em função da contribuição que oferece à realização das vidas privadas individuais.<sup>104</sup>

<sup>99</sup> PROST, Antoine; VINCENT, Gérard (Orgs.). **História da Vida Privada**. 5: Da Primeira Guerra a nossos dias. Trad. Denise Bottman, Dorothee de Bruchard. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 53.

<sup>100</sup> “A ordem moral proclamava o primado do direito da família em face do indivíduo; agora, o que a ordem pós-moralista determina é justamente o contrário. [...] Já não se respeita a família em si, mas só enquanto instrumento de realização pessoal das pessoas. Aquilo que antes era uma instituição obrigatória metamorfoseou-se agora em instituição de gênero emotivo e elástico.” (LIPOVETSKY, Gilles. **A Sociedade Pós-Moralista**: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos. *Op. cit.*, p. 139)

<sup>101</sup> MICHEL, Andrée. Modèles sociologiques de la famille dans les sociétés contemporaines. **Archives de Philosophie du Droit**: réforme du droit de la famille. Paris: Sirey, 1975.

<sup>102</sup> OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de direito de família**. *Op. cit.*, p. 13.

<sup>103</sup> “Em outras palavras, o individualismo qualitativo toma o lugar do individualismo quantitativo, do ‘fantasioso devaneio’ anterior, pois o que almejamos agora não é tanto a liberdade – esta, já temos! – e sim a *máxima qualidade nas relações íntimas*. Ora, hoje a excelência no relacional se mede pela autenticidade nos afetos, pelo respeito à pessoa, pela doação inteira dos seres, mesmo que não seja para sempre. Em última análise, *tudo, mas não para sempre*.” (LIPOVETSKY, Gilles. **A Sociedade Pós-Moralista**: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos. *Op. cit.*, p. 47)

<sup>104</sup> PROST, Antoine; VINCENT, Gérard (Orgs.). **História da Vida Privada**. 5: Da Primeira Guerra a nossos dias. *Op. cit.*, p. 80-81.



A mobilidade será a marca de tais relacionamentos familiares, eis que estará presente não apenas nos relacionamentos conjugais, mas também nas relações de parentesco. Separações, divórcios, novas uniões e desuniões são vistos como corriqueiros e comuns no decorrer da existência, não possuindo mais o aspecto negativo que lhes chegou a ser conferido<sup>105</sup>. Essas combinações e recombinações trarão novas formas de convivência entre os familiares, e resultarão em novos desafios. Famílias reconstituídas, monoparentais, multiparentalidade, uniões livres, procriações assistidas, famílias simultâneas, vínculos precipuamente afetivos serão marcas indelévels do processo que está a se desenrolar. Para Gilles Lipovestky, “tão flexíveis são as características da família pós-moralista hodierna, que já é possível fazer a montagem ou desmontagem da mesma segundo a preferência de cada um”<sup>106</sup>.

Enquanto para alguns tais características representariam uma ameaça à já reduzida família nuclear, para outros se trata apenas de perceber as novas formas de relacionamento e parentesco que passam a se expressar.

Assim como o gênero, o parentesco foi um dia considerado como naturalmente outorgado, uma série de direito e deveres criados por laços biológicos e de casamento. Tem sido amplamente declarado que as relações de parentesco foram se destruindo com o desenvolvimento de instituições modernas, que deixaram a família nuclear num enorme isolamento. Sem pormenorizar a questão, pode-se perceber que essa visão é errada, ou, pelo menos, enganosa. Na sociedade da separação e do divórcio, a família nuclear gera uma diversidade de novos laços de parentesco associada, por exemplo, as famílias recombinações. Entretanto, a natureza desses laços modifica-se à medida que estão sujeitos a uma negociação maior que a anterior. As relações de parentesco costumavam ser, com frequência, uma base de confiança tacitamente aceita; hoje em dia, a confiança tem que ser negociada e barganhada e o compromisso é uma questão tão problemática quanto os relacionamentos sexuais.<sup>107</sup>

O que se repara é que a família do novo milênio possui outras características e outras funções, mas segue persistindo como relevante agrupamento de pessoas

<sup>105</sup> “Isto pode ser compreendido como *desacoplamento e diferenciação* dos elementos da vida e do comportamento (anteriormente) congregados na família e no casamento. Conseqüentemente, torna-se cada vez mais difícil integrar conceito e realidade. A unidade e a constância dos conceitos – família, casamento, paternidade, mãe, pai etc. – mascaram e ocultam a *crescente diversidade* das posições e situações que se encontram por trás deles (por exemplo, pais divorciados, pais de filhos únicos, pais solteiros, pais que nunca se casaram, pais estrangeiros, padrastos, pais desempregados, donos de casa, pais que vivem em moradias comunitárias, pais de fim de semana, pais casados com mulheres que trabalham etc.,” (BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade**. *Op. cit.*, p. 151-152)

<sup>106</sup> LIPOVETSKY, Gilles. **A Sociedade Pós-Moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos**. *Op. cit.*, p. 139.

<sup>107</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Amor Líquido: Sobre a Fragilidade dos Laços Humanos**. *Op. cit.*, p. 109.

unidas por laços afetivos, biológicos, culturais, registrais ou matrimoniais<sup>108</sup>. Daí porque não há risco de extinção da família (como se chegou a alardear), mas apenas novos paradigmas estão a balizar a forma de expressão também dos relacionamentos familiares<sup>109</sup>.

É importante perceber que, mesmo com as diversas alterações processadas pela sociedade da modernidade líquida e ante um quadro no qual espraia o *hiperconsumo*, resta preservada esta relevante dimensão pessoal.

Um eixo importante da vida permanece fundamentalmente heterogêneo às forças do mercado: nem tudo, é evidente, foi colonizado pelo valor de troca. É essa própria dimensão que constitui o que para nós é a maior riqueza, o relevo mais intenso da vida privada. Essa parte fora do mercado não é nem residual nem arcaica. É bem o contrário: quanto mais se amplia a comercialização dos modos de vida, mais se afirma o valor do pólo afetivo na esfera privada. O universo do consumo-mundo não põe fim ao princípio da afetividade sentimental, consagra-se como valor superior, correlativo à cultura do indivíduo que, aspirando à autonomia pessoal, recusa as regulações institucionais do tempo privado.<sup>110</sup>

Certamente tais vínculos não estão mais calcados em elos fortes, perenes, públicos, estáveis, vistos como sacros. A incerteza será uma companheira constante, conforme destaca 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 vinculação com o casamento e a família, a instituição da paternidade decaem na oposição entre maternidade e paternidade; os filhos, com a intensidade crescente anacrônica do vínculo que representam, convertem-se nos únicos parceiros que não partem.<sup>111</sup>

Entretanto, uma análise aguçada permitirá perceber que, embora sobre novas bases (líquidas, fluidas, frágeis, privadas, instáveis e laicas), é possível notar que as pessoas seguem se relacionando com as demais – quiçá até mesmo com

<sup>108</sup> No Brasil a *família* aparece na primeira posição nas pesquisas que avaliam a confiança das pessoas nas diversas instituições, resultado que se repete no Índice de Confiança Social do IBOPE dos anos de 2009, 2010 e 2011. Disponível em: <[http://www.ibope.com.br/download/relatorio\\_ics\\_set.pdf](http://www.ibope.com.br/download/relatorio_ics_set.pdf)>. Acesso em: 05 out. 2011.

<sup>109</sup> Nesse sentido, Gilles Lipovetsky afirma que “A família é a única instituição pela qual a grande maioria dos europeus afirma estar disposta a sacrificar, se for necessário, a própria vida”, em vista disso, seria necessário assimilar apenas que o “O culto à família esvaziou-se de suas antigas prescrições obrigatórias em benefício de sua realização pessoal íntima e dos desejos de sua liberdade individual.” (LIPOVETSKY, Gilles. **A Sociedade Pós-Moralista**: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos. *Op. cit.*, p. 137)

<sup>110</sup> LIPOVETSKY, Gilles. **A Felicidade Paradoxal**: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. Trad. Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 148.

<sup>111</sup> BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**: rumo a uma outra modernidade. *Op. cit.*, p. 166.

maior intensidade e quantidade que no período anterior<sup>112</sup>. Esse cenário pode ser um dos fatores que permitiram a percepção da afetividade como marca relevante deste processo, eis que ela atende a muitas destas características.

Obviamente, a família da modernidade líquida também terá conflitos e demandas para serem solucionadas<sup>113</sup>, de modo que os institutos que se pretendam a tal devem estar cientes das novas bases em que deverão laborar.

Em que pese muitos sociólogos e filósofos afirmarem que se está no momento da pós-modernidade (Lyotard)<sup>114</sup>, na hipermodernidade (Lipovetsky<sup>115</sup>), na transmodernidade (Dussel)<sup>116</sup> ou em uma modernidade líquida (Bauman<sup>117</sup>), a estrutura jurídica herdada (mesmo com as diversas alterações processadas) ainda labora sob a mentalidade que orientou a modernidade.

<sup>112</sup> “A verdade é que não há nenhuma depreciação dos ‘eu te amo’: quando muito, eles são anunciados depois e não mais antes da troca sexual. A ‘morte das afetividades’ nada mais é que um lugar-comum da época hiperindividualista: assiste-se menos a um processo de dessentimentalização do que à afetivação crescente das relações entre os seres.” (LIPOVETSKY, Gilles. **A Felicidade Paradoxal**: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. *Op. cit.*, p. 295)

<sup>113</sup> “Quanto às diversas mazelas que a expansão da família ‘consumível’ traz consigo, não é necessário repetir o que já foi amplamente acentuado. Basta lembrar o drama do divórcio, o desaparecimento da figura do pai, a crise de referências no tocante à identificação do filho.” (LIPOVETSKY, Gilles. **A Sociedade Pós-Moralista**: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos. *Op. cit.*, p. 139-140)

<sup>114</sup> LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. Trad. Ricardo Corrêa Barbosa. 7. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2002.

<sup>115</sup> LIPOVETSKY, Gilles. **Tempos Hipermodernos**. *Op. cit.*, p. 100.

<sup>116</sup> “Se trata de una ‘Trans-Modernidad’ como proyecto mundial de liberación donde la Alteridad, que era co-esencial de la Modernidad, se realice igualmente. La ‘realización’ de la Modernidad no se efectúa en un pasaje de la potencia de la Modernidad a la actualidad de dicha Modernidad europea. La ‘realización’ sería ahora el pasaje trascendente, donde la Modernidad y su Alteridad negada (las víctimas), se co-realizarán por mutua fecundidad creadora. El proyecto trans-moderno es una co-realización de lo imposible para la sola Modernidad; es decir, es co-realización de solidaridad, que hemos llamado analéctica, del Centro/Periferia, Mujer/Varón, diversa razas, diversas etnias, diversas clases, Humanidad/Tierra, Cultura occidental/Culturas del Mundo Periférico ex-colonial, etcétera; no por pura negación, sino por incorporación desde la Alteridad.” (DUSSEL, Enrique. Europa, Modernidad y Eurocentrismo. In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber**. Eurocentrismo e Ciências Sociais. Perspectivas Latino-americanas. São Paulo: Clacso, 2005. p. 50) Em tradução livre: “Trata-se de uma Transmodernidade como projeto mundial de liberação no qual a Alteridade, que era coessencial da Modernidade, se realiza igualmente. A ‘realização’ da Modernidade não se efetua em uma passagem da potência da Modernidade à atualidade da referida Modernidade europeia. A ‘realização’ seria agora a passagem transcendente, na qual a Modernidade e sua negada Alteridade (as vítimas), se correalizarão por mútua fecundidade criadora. O projeto transmoderno é uma correalização do impossível para a Modernidade sozinha; vale dizer, é correalização da solidariedade, que temos chamado analéctica, do Centro-Periferia, Mulher/Homem, diversas raças, diversas etnias, diversas classes, Humanidade/Terra, Cultura Ocidental/Culturas do Mundo Periférico ex-colonial, etc.; não por pura negação, senão por incorporação a partir da Alteridade.”

<sup>117</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. *Op. cit.*, p. 36.

## CAPÍTULO II – A RACIONALIDADE DA ESTRUTURA JURÍDICA BRASILEIRA

### Seção I. Mentalidade orientadora do advento da modernidade

A intensidade e a celeridade das mudanças processadas nas últimas décadas foram de tal ordem que os teóricos que buscam estudá-las ainda não são afirmativos e categóricos na descrição das categorias que refletiriam este novo cenário. Entretanto, algumas premissas já podem ser obtidas, sendo que estas, desde logo, se refletirão no Direito.

Uma das análises que pode contribuir para a seara jurídica é a sustentada por Zygmunt Bauman<sup>118</sup>, na qual compara o que denomina como *visões de mundo da modernidade e da pós-modernidade*<sup>119</sup> a partir da análise das características que denotam a forma de pensamento dos intelectuais de cada um desses períodos<sup>120</sup>.

Bauman sustenta que a visão moderna de mundo era de uma totalidade ordenada, que buscava a previsão dos eventos com o objetivo de controle. Para obter isso, privilegiava práticas universais (objetivas), totais, conseqüentemente, repelia aspectos tradicionais, locais, paroquiais. Exemplo da estratégia intelectual moderna seria a do legislador: seleciona opções que são tomadas como justas, a partir do que serão obrigatórias; dotado de um conhecimento superior; cria regras de procedimento; está acima das tradições locais; com isso, valida ou invalida as práticas local-tradicionais<sup>121</sup>.

<sup>118</sup> Análise exposta originariamente na obra: BAUMAN, Zygmunt. **Legislators and interpreters. On Modernity, Postmodernity and Intellectuals**. Cambridge: Polity Press, 1987. Traduzida para o português apenas em 2010: **Legisladores e Intérpretes: Sobre Modernidade, Pós-Modernidade e Intelectuais**. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

<sup>119</sup> No prefácio da edição brasileira o autor esclarece que emprega nessa obra o termo pós-modernidade, eis que sua elaboração é anterior ao desenvolvimento do conceito de “modernidade líquida”, posteriormente adotado por ele em todos os seus estudos subsequentes.

<sup>120</sup> “No sentido em que são empregados neste livro, os conceitos de modernidade e pós-modernidade representam dois contextos nitidamente distintos, nos quais se desempenha o ‘papel do intelectual’; e duas estratégias que se desenvolvem em resposta a eles. A oposição entre modernidade e pós-modernidade foi empregada aqui a serviço da teorização dos três últimos séculos da história europeia ocidental (ou da história dominada pela Europa Ocidental), vistas da perspectiva da práxis intelectual. Esta prática é que pode ser moderna ou pós-moderna; a dominância de um ou outro dos dois modos (sem exclusividade) distingue modernidade e pós-modernidade como períodos da história intelectual.” (BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e Intérpretes: Sobre Modernidade, Pós-Modernidade e Intelectuais**. *Op. cit.*, p. 17-18)

<sup>121</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e Intérpretes: Sobre Modernidade, Pós-Modernidade e Intelectuais**. *Op. cit.*, p. 18.

Já a visão pós-moderna de mundo seria dotada de um número ilimitado de modelos, relativamente autônomos, cuja ordem não os validaria. Reconheceria que cada caso tem uma tradição particular, vinculada a uma *comunidade de significados*. Exemplo dessa visão pós-moderna de mundo seria o intérprete: visa à tradução de uma afirmação comunitária para certa localidade; intenta facilitar a comunicação entre entes autônomos; procura evitar distorções entre a afirmação comunitária geral e o recebimento dela em determinada comunidade local<sup>122</sup>.

Para demonstrar essa distinção entre as duas visões de mundo (moderna e pós-moderna), Bauman lança mão de algumas metáforas: a primeira delas seria a comparação do papel dos *guarda-caças* (couteiros) com o papel dos *jardineiros*. Para estes últimos haveria uma artificialidade na obra criada, decorrente de sua intervenção (eis que naturalmente não se desenvolveria de tal modo o *jardim*): exige planejamento, demanda intervenção constante, prevê um estado ideal, necessita supervisão e vigilância e almeja evitar “ervas daninhas”. A figura do *jardineiro* bem representaria o papel do intelectual da modernidade. Já o *guarda-caças* (couteiro) sustenta uma naturalidade no estado das coisas: deixa livre seu desenvolvimento, atua apenas pontualmente quando necessário, mantém o desenvolvimento natural das coisas e apenas protege contra impostores. A figura do *guarda-caças* bem representaria o papel do intelectual do período anterior à modernidade. Outra metáfora utilizada seria decorrente desta primeira: a de uma “*cultura selvagem*”, representada pelo período em que era tratada pelo intelectual estilo “*guarda-caças*”, e a de uma “*cultura jardim*”, representada pelo período em que já é direcionado pelo intelectual estilo “*jardineiro*”, típico da era moderna<sup>123</sup>.

---

<sup>122</sup> Para evitar uma possível confusão com as denominações adotadas, Bauman alerta ainda que “É de vital importância observar a estratégia pós-moderna não implica a eliminação da moderna; ao contrário, ela não pode ser concebida sem a continuação da última. Ao mesmo tempo que a estratégia pós-moderna envolve o abandono das ambições universalistas da própria tradição dos intelectuais quanto à sua própria tradição; eles mantêm aqui sua autoridade metaprofissional, legislando sobre as regras de procedimento que possibilitam arbitrar controvérsias de opinião e fazer afirmações de vocação vinculante.” (BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e Intérpretes: Sobre Modernidade, Pós-Modernidade e Intelectuais**. *Op. cit.*, p. 21)

<sup>123</sup> Para ilustrar sua comparação o autor descreve a passagem na Europa Ocidental do fim do período medieval para o início do moderno, no qual teria ocorrido uma transição do intelectual medieval, que seria do estilo *guarda-caças* (*couteiro*), para o intelectual moderno, que seria do estilo *jardineiro*. Com o intuito de exemplificar sua tese, descreve que, quando dessa passagem da mentalidade do medievo para a moderna, teria se processado a transição de uma “*cultura selvagem*” para uma “*cultura jardim*” (o que envolveria a transição ocorrida na passagem do século XVII para o século XIX). (BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e Intérpretes: Sobre Modernidade, Pós-Modernidade e Intelectuais**. *Op. cit.*, p. 78)

Nessa perspectiva, o intelectual ideal da Idade Moderna se assemelha ao *legislador*, pois ele representaria essa intelectualidade rígida: autoconfiante e autoritário; proprietário exclusivo do conhecimento (verdadeiro e geral); cego a acordos preexistentes ou abordagens alternativas; com capacidade de impor a ordem das coisas; pretensão de decidir controvérsias com padrões monótonos; superação de aporias com arranjos intrassistêmicos<sup>124</sup>.

Já o intelectual ideal da pós-modernidade se assemelha ao *intérprete*, que retrataria um pluralismo irreversível: cauteloso e observador; supõe que a autoridade está em outro lugar (no autor ou no texto); visa traduzir diversas manifestações tradicionais locais, extraindo seu significado; objetiva facilitar a comunicação entre os diversos participantes; procura evitar distorções nos processos de comunicação; almeja conciliar as diversas correntes representadas, respeitando cada uma delas; assume as limitações do seu papel<sup>125</sup>.

A alteração central na passagem de mentalidade moderna para a mentalidade pós-moderna envolveria, portanto, a passagem à prevalência do papel do intelectual como *legislador* para a assunção progressiva do seu papel de *intérprete*<sup>126</sup>.

---

<sup>124</sup> Por outro lado, os juristas medievais não se apresentariam como legisladores, mas como prudentes (intérpretes): - peritos no escrutínio de ordens diferentes; - derivavam as ordens de arranjos naturais existentes; - assumiam a natureza derivada, local e limitada de suas arbitragens; - reivindicavam o papel de mediadores que permitiam o diálogo. (BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e Intérpretes: Sobre Modernidade, Pós-Modernidade e Intelectuais**. *Op. cit.*, p. 79-80). Frise-se que não se está – nem de longe – a defender um retorno a um direito de bases medievais, nem mesmo se ignoram as diversas mazelas que acompanhavam tal sistema, entretanto, a simples percepção que o direito já teve outro fundamento pode ser útil na tarefa que é posta na ordem do dia. Sustenta-se, apenas, que não parece ser a acertada uma visão meramente negativa da estrutura jurídica e social do *Ancièn Régime*, e nem mesmo se pretende relativizar suas deficiências: eis que era efetivamente expressiva em dados da realidade, mas cuja presença deles fundava uma ordem que negava a igualdade, produzia a exclusão e impedia o escape das gaiolas de *status* que definiam as condições das pessoas. Como bem resume Stefano Rodotà, “*Il realismo del diritto, in quella fase, altro non era che la riproduzione e la sanzione della stratificazione sociale.*” (RODOTÀ, Stefano. **Dal soggetto alla persona**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007. p. 15). Em tradução livre: “O realismo do direito, naquela fase, outro não era senão a reprodução e a sanção da estratificação social.”

<sup>125</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e Intérpretes: Sobre Modernidade, Pós-Modernidade e Intelectuais**. *Op. cit.*, p. 20, 175, 196, 240, 174-175, 266-267.

<sup>126</sup> “É uma estratégia que abandona de todo as ambições legislativas, e com elas o duradouro vínculo com os discursos legitimadores e fundamentais. [...] A estratégia de interpretação, porém, difere de todas as estratégias de legislação de um modo fundamental: ela abandona abertamente, ou deixa de lado como irrelevante para a tarefa em questão, a hipótese da universalidade da verdade, do juízo e do gosto; [...] O que resta para os intelectuais é interpretar tais significados em benefício daqueles que não são da comunidade que está por trás dos significados; mediar a comunicação entre ‘províncias finitas ou ‘comunidades de significado’.” (BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e Intérpretes: Sobre Modernidade, Pós-Modernidade e Intelectuais**. *Op. cit.*, p. 266-267)

Embora Zygmunt Bauman utilize as expressões *intérprete* e *legislador*, não o faz no sentido eminentemente jurídico, visto que sua obra trata do papel do intelectual e não do Direito em si, a análise da temática na órbita jurídica a partir do papel desses atores pode ser esclarecedora<sup>127</sup> na tarefa que se apresenta ao jurista da atualidade, eis que terá que buscar um Direito que possa fazer frente a este desafiante quadro contemporâneo. As mentalidades acima descritas (da modernidade e da pós-modernidade) certamente se refletem na formação dos projetos jurídicos de cada período<sup>128</sup>.

O jurista não pode ignorar o contexto sociocultural no qual está inserido, sendo de vital relevância no seu *myster* a compreensão de alterações centrais que possam influenciar suas tarefas. Como o Direito está inevitavelmente envolto na realidade, deve dialogar com os demais paradigmas vigentes<sup>129</sup>.

Ousa-se afirmar que também na seara do Direito o advento da mentalidade pós-moderna pode exigir o reforço do papel de intérprete em detrimento da centralidade que foi conferida ao papel do legislador, eis que, como visto, não se tem mais a pretensão totalizante de direcionar o *dever ser* da sociedade, mas sim de procurar compreender suas relações e intervir de maneira adequada quando necessário.

---

<sup>127</sup> Curiosamente o que se percebe em muitas sociedades (como no Brasil) é um paulatino decréscimo da relevância e do espaço tradicionalmente tidos como do Poder Legislativo e um crescente aumento do papel da jurisprudência, com um avultamento do Poder Judiciário, fenômeno denominado *judicialização* (da política, das relações sociais, entre outros): “No cenário brasileiro, o neoconstitucionalismo é também impulsionado por outro fenômeno: a descrença geral da população em relação à política majoritária, e, em especial ao descrédito no Poder Legislativo e nos partidos políticos. A percepção geral, alimentada por sucessivos escândalos e pelo discurso de alguns meios de comunicação social, de que a política parlamento e partidária são esferas essencialmente corrompidas, que se movem exclusivamente em torno de interesses e não de valores, gera em alguns setores a expectativa de que a solução para os problemas nacionais possa vir do Judiciário.” (SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: \_\_\_\_\_. (Coord.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 131-132)

<sup>128</sup> “Contudo, o direito em sociedade não consiste apenas em considerar o papel do direito no seio de processos sociais (como o da instauração da disciplina social), mas também em considerar que a própria produção do direito (dos valores jurídicos, dos textos jurídicos) é, ela mesma, um processo social. Ou seja, algo que não depende apenas da capacidade de cada jurista para pensar, imaginar e inventar, mas de um complexo que envolve, no limite, toda a sociedade, desde a organização da escola, aos sistemas de comunicação intelectual, à organização da justiça, à sensibilidade jurídica dominante e muito mais.” (HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Européia**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 38)

<sup>129</sup> “O pós-modernismo conhece alguns sinais comuns que permitem ser aplicados também para uma melhor compreensão do direito, instância que faz parte da cultura geral. [...] Este modo de configurar questões jurídicas entrou também nas disciplinas jurídicas específicas.” (JAYME, Erik. Pós-Modernismo e Direito de Família. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, v. LXXVIII. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2002. p. 208)

As premissas que justificaram a construção teórica do projeto da modernidade certamente não estão mais presentes – em face das relevantes alterações paradigmáticas acima descritas – daí o desafio de se revisitar as linhas centrais do pensamento moderno na busca de lhes conferir uma roupagem contemporânea.

A compreensão das características centrais da mentalidade do presente é de importância ímpar para o jurista que pretenda bem corresponder aos desafios do seu tempo. Há que se procurar compreender as premissas básicas da atualidade para se poder construir um Direito que seja adequado ao momento social que é vivido, de modo que uma comparação histórica<sup>130</sup> – ainda que superficial, pontual e singela – como a acima descrita, pode acrescentar algo ao debate.

Exemplo disso pode ser visto no direito de família que, ao invés de privilegiar apenas a união matrimonial formal (traço característico da família que era tutelada pelo direito moderno), passa a reconhecer diversas outras entidades familiares, muitas delas marcadas pela afetividade (traço que passa a ser característico em diversos relacionamentos contemporâneos).

Essa fragmentada e instável realidade do presente exigirá um Direito diverso daquele estruturado pela modernidade, que não foi projetado para um quadro como o que acabou por se apresentar<sup>131</sup>. Uma análise das principais características das soluções jurídicas modernas desde logo denota que não são hábeis a corresponder às demandas que decorrem de um quadro como o atual<sup>132</sup>.

---

<sup>130</sup> Desde logo registra-se que não é objeto deste trabalho uma análise histórica evolutiva ou exauriente, longe disso, daí as meras citações pontuais a alguns determinados fatos ou períodos históricos que serão realizadas no decorrer desta dissertação. Ciente do risco que se incorre com tal proceder (ante a possibilidade de uma reprovável relativização e descontextualização), com esta advertência e cautela serão feitas algumas remissões a fatos históricos específicos apenas quando entendidos como relevantes para a exposição que se pretende.

<sup>131</sup> “Desta forma, estamos num mundo que nos aparece simultaneamente em evolução, em revolução, em progressão, em regressão, em crise, em perigo. Precisamos, pois, associar estas noções de crise, evolução, revolução, regressão, ao invés de escolher uma delas e eliminar as outras. Vivemos tudo isso ao mesmo tempo. Nossa incerteza consiste em saber qual destes termos sairá finalmente decisivo.” (MORIN, Edgar. **Para Onde Vai o Mundo?** Trad. Francisco Morás. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 35)

<sup>132</sup> Conforme ressalta Paolo Grossi “O Direito para os juristas pós-modernos quer dizer crise do Estado e crise da lei. A sociedade descobre a sua complexidade jurídica, multiplicam-se as fontes do Direito e temos uma situação de incerteza. Mas também de busca de novas certezas. As velhas certezas da modernidade, Estado e Lei, não bastam mais.” (GROSSI, Paolo. Entrevista concedida em Curitiba ao jornal Gazeta do Povo, edição do dia 02 de setembro de 2011, na oportunidade em que veio receber o título de *Doutor Honoris Causa* da Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?tl=1&id=1164935&tit=O-Direito-e-uma-dimensao-insubstituivel-da-sociedade>>. Acesso em: 03 set. 2011)



Como, de modo geral, foram as premissas desta mentalidade moderna que orientaram o direito de estrutura clássica (que é o que chega até a segunda metade do século XX), torna-se necessária uma análise mais detida sobre seus fundamentos<sup>133</sup> para que seja possível sua releitura e eventual ressignificação<sup>134</sup>.

## Seção II. Matrizes estruturantes do projeto jurídico moderno

O projeto da modernidade<sup>135</sup> impôs sua nova visão de mundo nas diversas searas do conhecimento, alterando-as profundamente, processo que foi marcante e intenso também no aspecto jurídico<sup>136</sup> (exemplo disso é que se passou a designar Antigo Regime (*Ancién Regime*) o período sob o regime absolutista).

Com o sucesso da Revolução Burguesa houve forte interesse em sepultar a forma de acerto de litígios até então existente<sup>137</sup>. Como a complexidade e

<sup>133</sup> Aqui se concorda com a metáfora de Michel Villey ao sustentar como seria possível sanar os equívocos do projeto jurídico da modernidade: “Qualquer um que construa sobre esses princípios está fadado ao fracasso [...]. Pode-se sempre tentar salvar o edifício acrescentando andares suplementares ou refazendo as pinturas. Duvido que tenha sucesso sem mexer nas *fundações*.” (VILLEY, Michel. **A Formação do Pensamento Jurídico Moderno**. Trad. Claudia Berliner. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 754)

<sup>134</sup> Conforme ensina Paolo Grossi, a importância de compreender o passado é vital, pois “a visão histórica consola porque retira o caráter absoluto das certezas de hoje, relativiza-as pondo-as em fricção com certezas diferentes ou opostas experimentadas no passado, desmitifica o presente, garante que essas sejam analisadas de modo crítico, liberando os fermentos atuais da estática daquilo que é vigente e estimulando o caminho para a construção do futuro.” (GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. *Op. cit.*, p. 21).

<sup>135</sup> Compreendida aqui como o momento pós-Revolução Francesa, vivificado intensamente no continente Europeu, mas com reflexos por todos os continentes, com alterações paradigmáticas em diversas áreas, perdurando (com alterações e adaptações) até meados do século XX.

<sup>136</sup> “A moderna cultura jurídica, nascida na Europa Ocidental entre os séculos XVII e XIX, foi engendrada por longo processo interativo de fatores, como: o modo produtivo capitalista, a organização social burguesa, a projeção doutrinária liberal-individualista e a consolidação política da centralização estatal. Essa dinâmica expressa o fenômeno histórico de que cada época reproduz uma prática jurídica específica vinculada às relações sociais e às necessidades humanas. Por certo que o absolutismo monárquico e a burguesia vitoriosa insurgente consolidam o processo de uniformização burocrática que suplantar a ordenação medieval das instituições corporativas e da pluralidade dos sistemas jurídicos. Concomitantemente à racionalização do poder e ao deslocamento rumo à centralização política, o Direito da sociedade moderna passa por uma uniformização secular, subordinando suas instituições de aplicação da Justiça e aglutinando seus operadores jurídicos à vontade geral soberana.” (WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos Fundamentos de uma Teoria Geral dos “Novos” Direitos. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1-2)

<sup>137</sup> “Ora, a Revolução Francesa procurava edificar uma nova ordem sobre os direitos naturais dos indivíduos – eis o primeiro momento individualista – e não com base em posições subjectivas dos indivíduos enquanto membros integrados de uma qualquer ordem jurídica estamental. [...] A

dispersão do direito medievo não conferiam a segurança e previsibilidade que a burguesia pretendia substituiu-se paulatinamente a cultura jurídica medieval<sup>138</sup>.

Foram os interesses burgueses que guiaram a criação monista do Direito nesse período pós-revolucionário<sup>139</sup>. A partir de então ele passou a ser apenas estatal, de matiz liberal-individualista, com inspiração jusnaturalista-racionalista e com notável primado do direito privado sobre o direito público. Nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho,

A economia capitalista necessita de segurança jurídica e a segurança jurídica não estava garantida no Estado Absoluto, dadas as freqüentes intervenções do príncipe na esfera jurídico-patrimonial dos súbditos e do direito discricionário do mesmo príncipe quanto à alteração e revogação das leis. Ora, toda a construção constitucional liberal tem em vista a certeza do direito. O laço que liga ou vincula às leis gerais as funções estaduais protege o sistema da liberdade codificada do direito privado burguês e a economia de mercado.<sup>140</sup>

A forte racionalidade instrumental do período, a pretensão de garantias de liberdade comercial, o pleno respeito a uma propriedade privada de feições absolutas e o acentuado individualismo refletiram intensamente nas escolhas das alternativas jurídicas encontradas<sup>141</sup>. Com o advento da modernidade, o Direito do

---

expressão póstuma – *ancién regime* – mostra claramente isso: a ‘ruptura’ com o ‘antigo regime’ e a criação de um ‘novo regime’ significa uma nova ordem social e não apenas uma adaptação do político social ou ajustamento prudencial da história.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 57)

<sup>138</sup> “Seja como for, o direito natural racionalista – tal como o pandectista, que se lhe segue, e todas as formas de cientificismo jurídico do século XIX – desempenhou um papel importante no desmantelamento da anterior estrutura (pluralista, probabilista, hermenêutica) do discurso jurídico.” (HESPANHA, António Manuel. *Os juristas como couteiros – A ordem na Europa Ocidental nos inícios da Idade Moderna*. In: \_\_\_\_\_. **A política perdida: ordem e governo antes da modernidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 262)

<sup>139</sup> “O Estado burguês de direito da primeira fase estava, por conseguinte, plenamente vitorioso. E os resultados de seu formalismo e de seu êxito se traduzem numa técnica fundamental, que resguarda os direitos da liberdade, compreendida esta, consoante já dissemos, como liberdade da burguesia. Essa liberdade lhe era indispensável para manter o exercício do poder político e só por generalização nominal, conforme já vimos, se estendia às demais classes. [...] Permitia, ademais, à burguesia, falar ilusoriamente em nome de toda a sociedade, com os direitos que ela proclamara, os quais, em seu conjunto, como já assinalamos, se apresentavam do ponto de vista teórico válidos para toda comunidade humana, embora, na realidade, tivesse bom número deles vigência tão-somente parcial, e em proveito da classe que efetivamente os podia fluir.” (BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 5. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 31-32)

<sup>140</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. *Op. cit.*, p. 109.

<sup>141</sup> “*Proprietà privata e autonomia privata, dunque, sono i due principi cardine attorno ai quali il diritto moderno organizza i rapporti giuridici individuali, dando ad essi la forma tipica dei rapporti di mercato: il diritto di appropriarsi in via esclusiva di una quota della ricchezza sociale non può non comportare anche il diritto di realizzarne il controvalore mediante un libero atto di scambio, istituendo cioè con chi è disposto a convenirlo un libero rapporto contrattuale.*” (BARCELLONA,

período anterior (medieval) foi substituído por um Direito exclusivamente estatal e altamente abstracionista. Toda a complexidade do mundo jurídico que existia até então foi simplificada na nova fórmula, que praticamente não admitia exceções e visava claramente atender aos interesses que prevaleciam naquele momento<sup>142</sup>.

As principais características deste dito direito moderno<sup>143</sup> eram as seguintes: decorrer exclusivamente do Estado; respeitar a centralização do poder político; expressar um forte monismo de fonte; refletir uma simplificação extrema; possuir bases laicas; retratar o individualismo da época e ser visto como um ato de vontade do legislador<sup>144</sup>.

A estrutura adotada no período pós-revolucionário foi o modelo abstrato da relação jurídica, do sujeito de direito e do direito subjetivo, tudo isso entrelaçado em uma bem elaborada teoria geral. Esse modelo teórico de pensar, aplicar e difundir o direito ganhou corpo e relevo, eis que atendia aos interesses dominantes daquela sociedade<sup>145</sup>. Havia a clara preocupação em atender aos interesses da classe

Pietro. **Diritto privato e Società Moderna**. Napoli: Jovene Editore, 1996. p. 320) Em tradução livre: “Propriedade privada e autonomia privada, então, são os dois princípios cardinais em torno dos quais o direito moderno organiza as relações jurídicas individuais, dando a elas a forma típica das relações de mercado: o direito de apropriar-se de forma exclusiva de uma parte da riqueza social deve comportar também o direito de realizar a contrapartida mediante um ato livre de escambo, estabelecendo, com quem estiver disposto a celebrá-la, uma livre relação contratual.”

<sup>142</sup> “Preocupado em romper com o regime absolutista e seus privilégios de classe, eliminado, ao mesmo tempo, o que foi qualificado como caráter dispersivo e inseguro do direito do medievo, pelas peculiaridades de sua conotação pluralista, o liberalismo jurídico consagrou no século XIX, a completude e a unicidade do direito, que passou a ter como fonte única o Estado, com seu poder ideologicamente emanado do povo, a neutralidade das normas com relação ao seu conteúdo, e a concepção do homem como sujeito abstrato, como os postulados fundamentais do Estado de Direito.” (RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A Constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 4)

<sup>143</sup> O marco que o representaria no direito privado seria o *Code* - Código Civil francês, de 1804, com vasta influência nos modelos que o seguiram, inicialmente na Europa e depois também em outros continentes.

<sup>144</sup> VILLEY, Michel. **A Formação do Pensamento Jurídico Moderno**. *Op. cit.*, p. 752-754.

<sup>145</sup> “Não nos despediremos de Hobbes sem arriscar um juízo de valor sobre sua obra. Substancialmente, seu sistema ainda continua sendo o nosso. Ele se tornou o arcabouço do pensamento jurídico moderno. É fácil compreender por quê: não há nada mais apropriado que a engenhosa máquina imaginada por ele para servir aos objetivos que a elite burguesa liberal moderna atribuía ao direito: utilidade, segurança das posses *individuais*. O que haveria de mais apto que Leviatã e sua lei civil para constituir e garantir os direitos civis subjetivos do indivíduo? A partir do momento em que ao juiz cabe ater-se à lei positiva e à sua fórmula precisa e aplicá-la mecanicamente, as propriedades de cada um estão, em princípio, bem garantidas. Pode ser estabelecido um regime estrito de *contratos*, de que necessitam tanto o funcionamento da economia liberal como o enriquecimento de cada um. As conseqüências dos negócios parecem agora previsíveis no quadro de uma ordem jurídica, unitária, coerente e sistemática, uma vez que procede de uma fonte única que é a vontade do príncipe. A ciência do direito pode ser clara,

burguesa que ascendia ao poder, de modo que as definições jurídicas adotadas visavam claramente defender a esses interesses (lastreados, principalmente, na propriedade privada e liberdade contratual)<sup>146</sup>.

Essa fase liberal teve inspiração jusnaturalista (a propriedade seria um direito natural por excelência e limitaria a atuação do Estado – conforme defendia John Locke<sup>147</sup>) e contratualista (na esteira do pensamento do J. J. Rousseau<sup>148</sup>) e acabou por deixar o direito privado caracterizado por institutos que nada mais eram que molduras para se apreciar a realidade. O que não se enquadrava nessas molduras não era reconhecido pelo Direito; a sociedade real e os problemas sociais – se não se enquadrassem – pouco importavam<sup>149</sup>.

A ideia central sustentada era a da completude do Código – a legislação seria completa, clara e coerente, cabendo aos juízes apenas ser a *bouche de la loi*, com respeito total ao texto no momento da aplicação da lei, sem possibilidade de interpretação pelo aplicador da regra jurídica<sup>150</sup>. Paolo Grossi descreve tal período

facilmente acessível a todos, livre do esoterismo da antiga jurisprudência.” (VILLEY, Michel. **A Formação do Pensamento Jurídico Moderno**. *Op. cit.*, p. 752)

<sup>146</sup> “No hay duda de que, inicialmente, en la fase que podríamos llamar fundadora del Estado moderno y luego del Estado de derecho, la garantía jurídica viene dada a los propietarios como clase y la propiedad se presenta como algo propio de los pertenecientes a esa clase, como una cualidad suya, hasta el punto de aparecer como un criterio de identificación, especialmente cuando se trata de propiedad de la tierra. Las familias propietarias son a menudo conocidas por el nombre de los fundos o de las tierras que les pertenecen. La garantía que los estatutos, los códigos y las primeras constituciones suministran a la propiedad son esencialmente garantías a la clase propietaria y están esencialmente dirigidas a la propiedad de la tierra.” (BARCELONA. Pietro. **El individualismo propietario**. Madrid: Editorial Trotta, 1996. p. 115) Em tradução livre: “Não há dúvida de que, inicialmente, na fase que poderíamos chamar fundadora do Estado moderno e do Estado de Direito, a garantia jurídica é concedida aos proprietários como classe, e a propriedade se apresenta como algo próprio dos pertencentes a essa classe, como uma qualidade sua, até o ponto de aparecer como um critério de identificação, especialmente quando se trata de propriedade da terra. As famílias proprietárias são frequentemente conhecidas pelo nome das propriedades ou das terras que lhe pertencem. A garantia que os Estatutos, os Códigos e as primeiras Constituições protegem a propriedade são essencialmente garantias à classe proprietária e estão essencialmente dirigidas à propriedade da terra.”

<sup>147</sup> O clássico autor francês defendia que a propriedade era direito natural do indivíduo, que existiria já no período do *estado de natureza*, ou seja, anterior ao próprio Estado, portanto, uma das principais finalidades desse ente estatal seria a defesa desse direito: “[...] não é sem razão que ele solicita e deseja se unir em sociedade com outros, que já estão reunidos ou planejam se reunir, visando a salvaguarda mútua de suas vidas, liberdades e bens, o que designo pelo nome geral de propriedade”. (LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros ensaios**. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 156)

<sup>148</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**: princípios de direito político. Trad. J. Cretella Junior e Agnes Cretella. 2. ed. rev. da tradução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 29.

<sup>149</sup> “A civilização jurídica continental européia do ápice da modernidade freqüentemente transformou o filtro em muralha.” (GROSSI, Paolo. **História da Propriedade e Outros Ensaio**. Trad. Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 102)

<sup>150</sup> “A Escola da Exegese, reelaborando o princípio da completude de antiga tradição romano-medieval, levou às últimas conseqüências o mito do monopólio estatal da produção legislativa, de

como “absolutismo jurídico é um esquema interpretativo que, na minha visão, tendia esclarecer também as indúvidas – mas quase sempre ignoradas – conseqüências negativas das concepções jurídicas burguesas”<sup>151</sup> e, adiante, torna ainda mais clara sua visão, ao dizer que

[...] absolutismo jurídico significa tudo isso, mas para o historiador significa sobretudo ressecamento: o rígido monismo ditado por imperiosos princípios de ordem pública impede uma visão pluriordenamental e, conseqüentemente, pluricultural, concebendo um só canal histórico de escoamento munido de barreiras tão altas a ponto de evitar introduções e misturas vindos do exterior.<sup>152</sup>

O monismo adotado pelo projeto jurídico moderno acarretou seu paulatino distanciamento da realidade, eis que essa opção lacrou os dutos que poderiam permitir uma comunicação constante entre a experiência concreta e o Direito<sup>153</sup>.

A criação abstrata da figura do sujeito do direito desempenhou papel central na teoria jurídica adotada, sendo que sua relevância é vital pela possibilidade de descolamento do discurso da realidade fática<sup>154</sup>. O agravamento desta abstração acabou por distanciar cada vez mais o Direito da sociedade, o que levou a um isolamento do Direito.

---

tal forma que o direito codificado esgotava o fenômeno jurídico, em todas as suas manifestações. Assinala-se o *fetichismo* da lei e, mais ainda, *fetichismo* do Código Civil para as relações de direito privado [...]”. (TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados micro-sistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: \_\_\_\_\_. **Problemas de Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 2)

<sup>151</sup> GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. *Op. cit.*, p. 126-127.

<sup>152</sup> *Idem*, p. 127.

<sup>153</sup> “Quando, no auge da idade moderna, a esfacelada, complexa e talvez complicada paisagem sócio-política e cultural é abandonada em troca de uma concepção monopolista e absorvente do poder político, o direito passa de nervura da inteira sociedade civil a simples nervura somente do poder político, enquanto deforma-se sensivelmente e revolve-se também a velha ralação entre direito e mundo que o circunda. [...] O direito, capturado no laço mortal de invenções e artifícios imobilizantes (antes de tudo a assim chamada hierarquia das fontes), inseriu-se bem profundamente nos mecanismos de poder e foi eliminado o quanto possível da sociedade civil e da cultura.” (GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. *Op. cit.*, p. 142)

<sup>154</sup> A criação da figura do sujeito de direito foi um dos grandes êxitos da estrutura jurídica da modernidade, expressando suas características e desvelando a função histórica do instituto. Tanto é verdade, que muitas das críticas à modernidade se concentrarão na hipertrofia do sujeito de direito. Com tal construção era possível ignorar as diferenças concretas que se manifestavam nos meios sociais “Ou seja, começamos a entrever que a afirmação moderna da subjetividade dá as costas à diferença enquanto tal (ou mesmo projetada para o futuro) – e não somente às diversificadas liberdades e privilégios do Antigo Regime –, porque os sujeitos se constituem na sua veste jurídica como terminais de um processo de sujeição (não importa se, como estamos vendo, também na forma de proclamação de direitos); [...]” (CAPPELLINI, Paolo. Pessoa Humana, Codificação ou *Toute Histoire Véritable Est Une Histoire Du Subjectif*. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; LEITE, Airton Cerqueira (Orgs.). **História do Direito em Perspectiva**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 39)

A estratégia engendrada com a criação da figura do sujeito de direito visava permitir a sustentação de um vigoroso discurso de igualdade (formal), mas, ao mesmo tempo, ignorar candidamente a forte desigualdade (material) que vigia naquela sociedade<sup>155</sup>.

A categoria do *sujeito abstrato* não era um instrumento capaz de compreender a realidade em face da sua elevada formalização (ao contrário, seria até mesmo um obstáculo para esta assimilação)<sup>156</sup>. Não se estaria mais sequer diante de uma mera abstração, mas sim da anulação do sujeito<sup>157</sup>. A modernidade jurídica inicia com o que alguns consideram o eclipse da *pessoa* pelo *indivíduo*<sup>158</sup>.

Stefano Rodotà é crítico deste artifício, advogando a tese de que o sujeito a ser tutelado pelo Direito não deve ser aquele abstrato, criado pela modernidade, mas sim a *pessoa de carne e osso*.

*Non è un espediente per salvare il soggetto astratto, né la chiusura di una parentesi della modernità. È il segno, insieme, della necessità di uno schema e della sua insufficienza. Il soggetto astratto mantiene una sua*

<sup>155</sup> Ao analisar a mentalidade dos intelectuais que passava a imperar no início da modernidade Bauman descreve processo similar: “Foi talvez nesse período precoce da história dos intelectuais modernos que se forjou uma visão de mundo peculiar a partir da experiência coletiva; uma visão de mundo feita de palavras, construída com idéias, governada por idéias, fadada a render-se ao poder das idéias. Uma imagem que explorava – e jogava com quase todas as versões imagináveis do idealismo – uma imagem do mundo que atribui às idéias prioridades sobre a realidade material. Melhor dizendo, essa descrição da consciência filosófica da época é antes incorreta, apoiando-se numa formulação posterior do problema.” (BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e Intérpretes: Sobre Modernidade, Pós-Modernidade e Intelectuais**. *Op. cit.*, p. 139)

<sup>156</sup> “Y aquí se capta realmente el profundo significado revolucionario de la idea de sujeto abstracto, del hecho de conseguir pensar la subjetividad como abstracción. Sólo la abstracción puede fundar el orden. Sólo el sujeto abstracto puede mediar entre el individuo empírico y el orden general convencional. Es precisamente mediante la categoría del hombre racional, de la racionalidad como cualidad formal, como se hace posible la abstracción constitutiva de la subjetividad abstracta.” (BARCELONA. Pietro. **El individualismo propietario**. *Op. cit.*, p. 45) Em tradução livre: “E aqui realmente se capta o profundo significado revolucionário da ideia de sujeito abstrato, do fato de conseguir pensar a subjetividade como abstração. Somente a abstração pode fundar a ordem. Somente o sujeito abstrato pode mediar entre o indivíduo empírico e a ordem geral convencional. É precisamente mediante a categoria de homem racional, da racionalidade como qualidade formal, que se faz possível a abstração constitutiva da subjetividade abstrata.”

<sup>157</sup> Não são poucas as críticas a essa construção do *sujeito de direito*, que acabou por permitir a liberação da pessoa das suas condições pessoais de classe, sexo, econômica, de ofício – ou seja, das condições que até então fundavam a sociedade de hierarquia e desigualdade do Antigo Regime. Em outras palavras, com a categoria do *sujeito de direito* não se registrariam dados da natureza, mas sim havia a transposição na ordem jurídica de uma outra ideia de indivíduo. De certo modo, a noção de *sujeito de direito* procurava neutralizar as diferenças reais que se apresentavam. Por isso mesmo ela não possuía em si – ao menos no seu período inicial – as noções de decadência/obrigação/domínio que alguns lhe imputam. Parece possível dizer, em certa linguagem coloquial metafórica, que o “remédio” dos modernos para suplantar o modelo de classes do período anterior acabou por se mostrar amargo demais ao “paciente”.

<sup>158</sup> RODOTÀ, Stefano. **Dal soggetto alla persona**. *Op. cit.*, p. 16.

*funzione, ma non è più in grado di comprendere nella loro interezza le realtà alle quali fa riferimento.*<sup>159</sup>

Diante dessa insuficiência, houve a necessidade de se alterar o rumo para tornar a categoria reconhecida na realidade; daí o posterior progressivo desvio da atenção do *sujeito* à *pessoa* – que passou a ocupar o centro do cenário jurídico. A *pessoa* seria quem efetivamente possuiria capacidade imediata de exprimir a materialidade das relações<sup>160</sup>.

A preocupação com o indivíduo isolado<sup>161</sup>, quase sem atenção para sua inserção no corpo social, sem aprofundamento da sua relação com o *outro* foi mais uma das características do Direito da modernidade que não se sustentou<sup>162</sup>. No mesmo sentido e estendendo um pouco a crítica, Paolo Grossi reafirma o equívoco da opção moderna de eleger um indivíduo insular, ainda mais elevado à categoria abstrata de sujeito de direito:

<sup>159</sup> RODOTÀ, Stefano. **Dal soggetto alla persona**. *Op. cit.*, p. 18. Em tradução livre: “Não é um expediente para salvar o sujeito abstrato, nem o fechamento de um parêntese da modernidade. É o sinal, em conjunto, da necessidade de um esquema e da sua insuficiência. O sujeito abstrato mantém a sua função, mas não está mais em condição de compreender, na sua totalidade, as realidades às quais faz referimento.”

<sup>160</sup> “*Si può comprendere che, di fronte agli eccessi della dogmatica che avevano via via sterilizzato la forza storica e teorica dell’invenzione del soggetto, riducendolo ad uno scheletro che isolava l’individuo e lo separava da ogni contesto, si avvertisse il bisogno di far ricomparire nella dimensione giuridica la vita con i suoi protagonisti, rifiutando l’astrattezza e la trascendenza del soggetto che, [...] ne avevano tentato sempre più intensamente una fondazione metafisica.*” (RODOTÀ, Stefano. **Dal soggetto alla persona**. *Op. cit.*, p. 10) Em tradução livre: “Pode-se compreender que, em face dos excessos da dogmática que tinham gradualmente esterilizado a força histórica e teórica da invenção do sujeito, reduzindo-o a um esqueleto que isolava o indivíduo e o separava de qualquer contexto, observa-se a necessidade de fazer reaparecer na dimensão jurídica a vida com os seus protagonistas, rejeitando a abstração e a transcendência do sujeito que, [...] tinham tentado sempre mais intensamente uma fundamentação metafísica.”

<sup>161</sup> “*Il diritto – ma in guisa esasperata il diritto civile – registra due crolli: quello della semplicità e quello della astrattezza-purezza. La società di ieri – pensata e risolta elitariamente come un teatro di modelli astratti, tutti uguali l’uno all’altro, e pertanto società di individui cui il diritto forniva le due armi essenziali della proprietà e del contratto – sta diventando società di massa, società che reclama una economia di massa e questa economia di massa reclama figure più idonee a regolarla, figure che tengano conto della dimensione collettiva ormai di esperienza quotidiana e del fenomeno organizzativo ormai al centro del nuovo diritto.*” (GROSSI, Paolo. **Scienza Giuridica Italiana: Un profilo storico**. Milano: Giufrè Editore, 2000. p. 53) Em tradução livre: “O direito – mas em guisa exasperada o direito civil – registra duas quedas: a da simplicidade e a da abstração-pureza. A sociedade de ontem – pensada e resolvida elitistamente como um teatro de modelos abstratos, todos iguais um ao outro, e, portanto sociedade de indivíduos, à qual o direito fornecia as duas armas essenciais da propriedade e do contrato – está se tornando sociedade de massa, sociedade que reclama uma economia de massa e esta economia de massa reclama figuras mais idôneas para regulá-la, figuras que levem em conta a dimensão coletiva da experiência quotidiana e do fenômeno organizativo no centro do novo direito.”

<sup>162</sup> “O indivíduo, justamente por encontrar na dimensão econômica sua fundamentação e sua arquitetura, é bastante cimentado em uma posição egoísta e necessariamente egocêntrica. Se a pessoa deve mesmo ser pensada na sua projeção para com o outro, o indivíduo, ao contrário, é voltado para a sua insularidade.” (GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. *Op. cit.*, p. 77)

O sujeito, porém, que o Direito respeita, tutela e incentiva, não pode ser o indivíduo microcosmo da modernidade, mas sim uma pessoa de carne e osso, imersa no centro de um tecido relacional de direitos e de deveres, sempre pensada na dialética com o outro e inserida em formações sociais que a enriquecem e incrementam a sua envergadura. O sujeito deve reencontrar as suas raízes naturais para poder reencontrar um papel de protagonista na atual complexidade; e isto será possível se se quiser depor aquele subjetivismo exasperado que foi a divisa e o programa da modernidade.<sup>163</sup>

O projeto da modernidade buscava certa neutralização, daí a utilização de procedimentos abstratos (não só com o sujeito) que visavam, em *ultima ratio*, a ocultação da realidade. Entretanto, essa subjetividade abstrata se confrontou com a realidade concreta, fazendo transparecer a necessidade do estabelecimento de um critério de desigualdade que permita a busca por uma efetiva igualdade material (e não apenas formal). Quem resumiu os equívocos da proposta jurídica moderna e indicou soluções foi o próprio Rodotà:

*Considerando l'insieme di queste dinamiche, si può sinteticamente dire che si passa: - dal soggetto come mero centro di imputazione di situazione giuridiche alla persona come via per il recupero integrale dell'individualità e per l'identificazione di valori fondativi del sistema; - da una nozione che predicava indifferenza, più che neutralità, ad una che se fa tramite dei dati di realtà; - da un concetto fissato una volta per tutte ad una struttura giuridica che accompagna lo sviluppo della personalità; da una situazione di separazione ad una codivisione; da una fondazione metafisica ad una realistica.*<sup>164</sup>

Outra característica relevante das vigas que sustentavam o edifício jurídico moderno é o fato de que a legitimidade restou atrelada apenas ao aspecto formal<sup>165</sup>, gerando distanciamento dos institutos da realidade social que, ainda que em velocidade certamente mais lenta, também se moviam.

<sup>163</sup> GROSSI, Paolo. Para além do subjetivismo moderno. In: FONSECA; Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (Orgs.). **História do direito em perspectiva**: do antigo regime à modernidade. Curitiba: Juruá, 2008. p. 28.

<sup>164</sup> RODOTÀ, Stefano. **Dal soggetto alla persona**. *Op. cit.*, p. 45

<sup>165</sup> “Vistos através de uma lente jurídica mais vigilante e penetrante, estes magníficos edifícios vazios erguidos pela cultura moderna (lei, legalidade, segurança jurídica) pareceriam merecedores de serem guardados, mas precisando de conteúdos adequados, que fossem apropriados a legitimá-los não somente do ponto de vista formal.” (GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. *Op. cit.*, p. 45)



Com base nessas premissas, o projeto jurídico da modernidade teve certo êxito e grande aceitação, tanto é que foi amplamente difundido, atingindo o auge com a época das codificações privadas<sup>166</sup>.

A derrocada do direito medieval, o surgimento dos Estados Nacionais e os novos paradigmas jurídicos que foram implantados no momento posterior à Revolução Francesa tornaram o ambiente propício para a difusão do que se denominou *Escola da Exegese*<sup>167</sup>.

Essa escola sustentava uma forte identificação do Direito com a lei (codificada), sendo que o papel do julgador era meramente declarar o que constava na legislação sobre o caso *sub judice* (chamados de juízes “*bouche de la loi*”). Seus principais fundamentos eram a identificação do Direito apenas com a lei, que os critérios decisórios também deveriam ser apenas os constantes da legislação e a noção de completude do Código, eis que o ordenamento estatal tinha pretensão de totalidade<sup>168</sup>.

A estrutura jurídica da modernidade, difundida por uma aplicação nos moldes da Escola da Exegese, acabou por acarretar o dissecamento das relações entre o Direito e as contínuas relações sociais. Nas palavras de Grossi:

O drama do planeta moderno consistirá em realizar o processo de absorção de todo o direito na lei, na sua identificação na lei; para isso, basta que essa seja lei, mesmo que seja ruim ou iníqua, como dizíamos no início. E teve-se freqüentemente, sempre mais freqüentemente, um perigoso, inevitável e descolamento do direito formal e legal, de um lado, e sociedade civil em perene desenvolvimento, de outro. Sem que existissem possibilidades de verificação e, desse modo, também de salvaguarda para o direito, já totalmente imobilizado nas tramas rigidíssimas de uma constelação

<sup>166</sup> O grande marco é certamente o *Code* francês de 1804, também chamado de “Código de Napoleão”, que teve influência sobre quase todas as codificações civis ocidentais posteriores, e era “cultuado” como a grande obra jurídica do período.

<sup>167</sup> Segundo Norberto Bobbio, cinco fatores determinaram o seu advento: a) o *próprio fato da codificação* (que serviria como um receituário, pronto para se aplicar; b) a *mentalidade dos juristas*, dominada pelo princípio da autoridade; c) a *doutrina da separação dos poderes* (fundamento ideológico do Estado moderno ; d) *princípio da certeza do direito*; e) *pressões exercidas pelo regime napoleônico*, que com o intuito de impor sua mentalidade substituiu as velhas Faculdades de Direito pelas Escolas Centrais. (BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 78-81)

<sup>168</sup> “A Escola da Exegese, com os seus postulados capitais, acaba ignorando a história ao pretender uma jurídica universal válida para todos os lugares e tempos, sistematizada com um texto legal. Esse sistema do pensamento consagra uma maneira muito limitada de compreender a experiência jurídica e eleva ao máximo o culto à lei do Estado, desprezando (praticamente de forma absoluta) outras fontes e outros olhares a respeito do direito. (STAUT, Sergio Said. ‘A Escola da Exegese: percurso histórico de uma simplificação e redução do direito.’ In: CARBONERA, Silvana Maria; OPUSKA, Paulo Ricardo (Orgs.). **Direito Moderno e Contemporâneo**: Perspectivas Críticas. Pelotas: Delfos, 2008. p. 111)

legislativa. O direito, tecido ordenante do corpo social, que deve harmonicamente revesti-lo no seu contínuo crescimento, poderia somente vir a passar por uma crise profunda, entendendo aqui por crise profunda a incapacidade de corresponder à sua própria natureza e função.<sup>169</sup>

O afastamento do Direito dos dados de realidade será uma das principais características do período, impregnando de tal modo que até mesmo as teorias jurídicas contemporâneas têm que fazer um grande esforço para superá-lo<sup>170</sup>. Os inconvenientes desse distanciamento são os graves riscos de petrificação desse Direito que, imobilizado, terá dificuldades em captar dados empíricos que lhe permita acompanhar o contínuo caminhar social. Isto porque, o contato com o mundo da vida é o combustível que permite ao Direito acompanhar a jornada da sociedade na qual está inserido, sem isso ocorre um inevitável afastamento, o que pode tornar o Direito apenas *letra morta da lei*:

O direito é mais aplicação do que norma. Seria um desastre se um comando fosse imobilizado, ainda mais se o comando encontra a sua própria imobilização em um texto; seria um desastre se a regra jurídica se tornasse e permanecesse somente um pedaço de papel. O provável risco é que essa se separe da vida.<sup>171</sup>

Esse engessamento, somado à redução da complexidade processada, levou o direito da modernidade a não corresponder às demandas sociais que se apresentaram, embora tenha se mantido por longo período. Há muito que tal equívocado recorte é criticado, entretanto, com o aumento exponencial da complexidade percebido a partir da segunda metade do século passado, essas queixas se acirraram.

A crítica à teoria jurídica moderna não deve negar seus acertos, mas isso não significa a impossibilidade de reconhecer seus diversos equívocos, que não são poucos, de modo a identificar os pontos nevrálgicos que necessitam, hodiernamente, de revisão e atualização. Antonio Manuel Hespanha é um dos que cerra fileiras na crítica ao equívoco na ligação irredutível do Direito (hoje como lei)

<sup>169</sup> GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. *Op. cit.*, p. 44.

<sup>170</sup> As dificuldades decorrentes desse contexto são resumidas por Paolo Grossi “Em outros termos, exaspera-se a dimensão autoritária do ‘jurídico’, exasperando também a sua alarmante separação do ‘social’. [...] O direito, pela sua tensão a encarnar-se, antes de ser poder, norma, sistema de categorias formais, é experiência, ou seja, uma dimensão da vida social. Urge recuperar a juridicidade além do Estado e além do poder, urge recuperá-la para a sociedade como realidade global, como uma recuperação que é, antes de tudo, ofício do jurista.” (GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. *Op. cit.*, p. 56-57)

<sup>171</sup> GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. *Op. cit.*, p. 77.

ao Estado, em decorrência do que, para ele, após a percepção de que o Direito pode (e deve) envolver campos extraestatais, pode se fazer necessária a reconstrução de quase tudo na teoria jurídica<sup>172</sup>.

O caminho a ser trilhado na atualidade, para que se possa fazer frente ao atual quadro de complexidade e instabilidade, deve passar pela recuperação da necessária interlocução do direito com o meio social em que o sujeito está inserido.

A redução da complexidade sócio-política ao binômio Estado-indivíduo pareceu satisfatória, definitivamente satisfatória, mas de fato, sacrificou a riqueza plural da sociedade, tornando-a de qualquer modo incompleta, inconsumada, inexpressiva. Atualmente, existe a inadiável exigência de pensar (e analisar) o sujeito no interior de um tecido social. Um tecido a quem tenha sido restituída toda a sua complexidade, além da sua capacidade integral de manifestar e realizar suas múltiplas potencialidades, cortadas pelo reducionismo estatista e individualismo moderno.<sup>173</sup>

A abstração e o afastamento da vida concreta da sociedade chegaram a tal ponto que a teoria jurídica praticamente abandonou a realidade e tomou o Direito como próprio objeto de estudo<sup>174</sup>. Esta será uma das causas da crise a ser enfrentada pelo Direito no decorrer da modernidade, na qual sua ausência de ligação com a experiência resultará em questionamentos e ocasionará a retomada da noção de legitimidade. Quem também critica a teoria jurídica da modernidade neste aspecto é Michel Villey:

Nunca terei dito o suficiente sobre todos os defeitos dessa teoria, todos os pontos em que ela contradiz a *realidade* jurídica (que, de novo, a filosofia nos ensina a preferir as representações enganosas dos sistemas idealistas): o monopólio por ela instituído do direito *estatal*, embora possa haver direito sem legislação estatal; o *arbítrio* que concede ao soberano, acalentando a ilusão de que este agirá racionalmente; a análise simplista da atividade *judiciária* que ela comporta; o esquecimento, o sacrifício total de toda justiça

<sup>172</sup> HESPANHA, António Manuel. **Os juristas como couteiros – A ordem na Europa Ocidental nos inícios da Idade Moderna**. *Op. cit.*, p. 243.

<sup>173</sup> GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. *Op. cit.*, p. 146.

<sup>174</sup> Como historiador, Paolo Grossi alerta para que uma análise jurídica que se pretenda histórica não reste apegada apenas à análise da legislação, eis que ela é sempre um recorte – deliberado – da complexa realidade: “*La precisazione appena fatta ci porta ad una ulteriore integrazione: che lo storico della scienza giuridica non può non essere anche storico della esperienza: dietro la scienza c’è sempre un’esperienza che preme e condiziona, e che non deve essere ignorata se si vuole evitare vuote astrazioni.*” (GROSSI, Paolo. **Scienza Giuridica Italiana: Un profilo storico**. *Op. cit.*, p. 2) Em tradução livre: “A precisão feita nos leva a uma ulterior integração: que o historiador da ciência jurídica deve ser também historiador da experiência: por trás da ciência há sempre uma experiência que pressiona e condiciona, e que não deve ser ignorada se se quer evitar abstrações vazias.”

distributiva etc. Mas no século XX essas críticas já foram repetidas tantas vezes que não preciso me demorar nelas.<sup>175</sup>

Os resquícios dessa clivagem entre Direito e realidade são alguns dos motivos que dificultaram ao direito civil perceber a afetividade presente nos relacionamentos familiares. Ao restar apegado a aspectos formais e categoriais, colocando em segundo plano os dados empíricos, o direito de família em especial terá dificuldades em reconhecer a realidade que lhe é subjacente.

Diversos fatores foram fulminando a manutenção do arcabouço jurídico criado pela modernidade, entre eles seu excesso de formalismo (que acabou exacerbado com o advento posterior do positivismo jurídico), individualismo, patrimonialismo e dificuldade de adaptação às alterações que ocorriam no meio social. O divórcio entre o Direito e a realidade pode ser, em grande parte, imputado às estruturas centrais que dirigiam este exuberante projeto jurídico moderno, entretanto, outra parcela da responsabilidade pode também ser dividida com o positivismo jurídico que se disseminou posteriormente.

### Seção III. O legado da doutrina positivista do Direito

Em meados do século XIX teve início o que se denominou *positivismo jurídico*, uma corrente que imperou por mais de um século em uma infinidade de sistemas jurídicos<sup>176</sup>. Embora sua nomenclatura (e até mesmo alguns aspectos teóricos) tenha similaridade com o amplo movimento do *positivismo filosófico* – que

---

<sup>175</sup> VILLEY, Michel. **A Formação do Pensamento Jurídico Moderno**. *Op. cit.*, p. 753.

<sup>176</sup> Cabe desde logo registrar os diferentes sentidos que podem ser conferidos a este significante *positivismo jurídico*, tanto em face das diversas subdivisões como também em decorrência das distinções que decorreram com o desenrolar dos tempos, o que não se ignora. Entretanto, procurar-se-á descrever os aspectos centrais do que correntemente se entende por tal denominação, conforme alerta Fernando Bronze: “O que nos ocupamos não é, portanto, simples, nem na sua origem genética, nem na sua caracterização exata. Desde logo, insista-se, em virtude a polissemia da expressão ‘positivismo jurídico’ – pois é verdade que todas as suas diversas manifestações se encontram na afirmação das ‘teses da determinação legal das decisões jurídicas, da estrita separação do direito e da moral e da vinculatividade da lei como fonte de direito’, não podem ignorar-se, hoje, as expressões de um neo-positivismo marcadas pela teoria analítica da linguagem, pelo institucionalismo sociológico-sistêmico, etc.” (BRONZE, Fernando José. **Lições de Introdução do Direito**. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 342-343)

teve grande impacto e influenciou diversas ciências no mesmo século XIX<sup>177</sup> –, Noberto Bobbio rechaça tal ligação direta entre as correntes:

A expressão 'positivismo jurídico' não deriva daquela de 'positivismo' em sentido filosófico, embora no século passado tenha havido uma certa ligação entre os dois termos, posto que alguns positivistas jurídicos eram também positivistas em sentido filosófico: mas em suas origens (que se encontram no início do século XIX) nada tem a ver com o positivismo filosófico – tanto é verdade que, enquanto o primeiro surge na Alemanha, o segundo surge na França. A expressão 'positivismo jurídico' deriva da locução *direito positivo* contraposta àquela de *direito natural*.<sup>178</sup>

A identificação do Direito apenas com o que se entende por direito positivo resultou em uma fratura com outra leitura de longa história anterior<sup>179</sup>, acentuando e agravando ainda mais o processo de simplificação e redução do Direito iniciado com as codificações modernas<sup>180</sup>. O positivismo jurídico foi reflexo dos interesses e paradigmas que dirigiam a sociedade daquele período, tendo sido fortemente marcado por tal mentalidade. Como não poderia deixar de ser, sua concepção trazia embutida uma forte opção ideológica, que, paulatinamente, foi sendo desvelada.

A visão positivista procurava ver o Direito como um fenômeno social objetivo, rechaçando outras fontes que não as legais e excluindo do campo jurídico considerações morais ou valorativas. Assim, na leitura do positivismo jurídico, o Direito era visto apenas como um conjunto de normas legais, excluindo qualquer origem *jusnaturalista*, sendo que, “por obra do positivismo jurídico, ocorre a redução de todo o Direito ao direito positivo, e o direito natural não é direito [...] o positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo”<sup>181</sup>.

<sup>177</sup> “Apesar de os pressupostos teóricos iniciais do positivismo, como diz Löwy, estarem relegados ao museu das ideologias do séc. XIX, o fato é que as sementes do positivismo e suas premissas epistemológicas, plantadas a partir da reflexão do filósofo francês Augusto Comte, estavam destinadas a se tornarem um dos pilares da ciência moderna. E, de fato, de modo poucas vezes explicitado, mas muitas vezes subjacente, o positivismo está presente nas análises de diversas das áreas das ‘ciências humanas’.” (FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução Teórica à História do Direito**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 35)

<sup>178</sup> BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. *Op. cit.*, p.15.

<sup>179</sup> Essa outra concepção do que se entende por direito vigorou por longos períodos históricos anteriores à modernidade e via a lei apenas como uma parcela do direito, que envolveria também diversos outros fatores (a depender do período histórico e da localidade), mas que muitas vezes envolviam costumes, precedentes, outros ordenamentos etc.

<sup>180</sup> “Se por direito entendo um sistema de relações sociais, de obrigações e de direitos claramente definidos (e é o que o *jus* se torna para Hobbes no estado civil), esse direito não é produto da lei natural, apenas da lei civil humana positiva. Por isso, nos parece equivocado pôr em Hobbes, como fazem muitos autores contemporâneos, o rótulo de ‘jusnaturalista’. Nós o consideramos o fundador do *positivismo jurídico*.” (VILLEY, Michel. **A Formação do Pensamento Jurídico Moderno**. *Op. cit.*, p. 745)

<sup>181</sup> BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. *Op. cit.*, p. 26.

O forte cientificismo que reinava nas ditas ciências naturais – e que atingia até mesmo as humanas – levou os juristas a buscarem a aplicação desse rigor científico também ao Direito, a partir do que, para além da relevante restrição das fontes, o positivismo jurídico estabeleceu seu método próprio de assimilação e aplicação do Direito<sup>182</sup>.

A busca pela almejada *neutralidade* foi responsável por grande parte das reduções adotadas, entretanto, o sonho da pureza não será alcançado – até mesmo porque não era factível – em que pesem os esforços nesse sentido. Conforme assenta Michel Villey:

O positivismo só funciona violando seus próprios princípios. Os positivistas gabam-se de ter expulsado a ‘metafísica’, de abster-se de qualquer julgamento de valor: os ‘valores’ seriam irracionais, objeto de uma ‘opção’ livre, de escolha subjetiva, e, por definição, inacessíveis ao conhecimento científico. Dão-se ares de ter constituído segundo o modelo da física, uma teoria jurídica *neutra*, axiologicamente. Mas como o direito é um valor (assim como, aliás, o conjunto dos fenômenos que a sociologia estuda), nenhum desses sistemas é neutro.<sup>183</sup>

O que se percebeu com a doutrina positivista foi um agravamento da redução do Direito à lei, com pretensão de ares de cientificidade que a tornasse, a partir de então, objeto desta “ciência jurídica”, marcada, resumidamente, pelo afastamento de aspectos morais, definição do objeto restrita à análise da validade, prevalência da legalidade e conceituação do seu traço distintivo pela obediência<sup>184</sup>.

<sup>182</sup> Fernando Bronze define positivismo jurídico a partir de cinco coordenadas caracterizadoras, seriam estas: “a) *Coordenada político-institucional*: α) princípio da separação dos poderes αα) evolução do seu sentido [...]; b) *Coordenada especificamente jurídica*: o direito identificado à lei; c) *Coordenada axiológica*: igualdade perante a lei e a certeza do direito; β) carácter formal desta axiologia; d) *Coordenada funcional*: a dualizante cisão intencional e também metódica entre o pensamento jurídico e o direito, numa relação de transcendência objetiva [...] a possibilidade de compreender o pensamento jurídico como ‘ciência’ [...]; e) *Coordenada epistemológica-metodológica* (remissão): a (contingente) assimilação exegética dos sentidos e a sua tradução em (invariantes) estruturas conceitual-sistemáticas.” (BRONZE, Fernando José. **Lições de Introdução do Direito**. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 321-322)

<sup>183</sup> VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: definições e fins do direito: os meios do direito. Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 331.

<sup>184</sup> Quem critica o termo *ciência do direito* é português António Manuel Hespanha: “‘Ciência do Direito’ insinua que o saber jurídico obedece a um modelo de discurso semelhante ao das ‘ciências’, ou seja, em que há uma referência ‘verdade’ (e uma só), em que se produzem resultados objectivos, por modelos dotados de rigor e univocidade, sobre uma realidade objectiva, exterior ao observador (‘positiva’), de modo a obter um saber geral (‘de leis’), sobre o qual as pré-compreensões ou opções (filosóficas, políticas, existenciais) do estudioso (do ‘cientista’) não têm qualquer influência (‘neutralidade da ciência’). Esta concepção dominou o estudo do direito a partir dos meados do séc. XVIII, por influência do cientismo das Luzes e da teoria kantiana da ciência. [...] A expressão banalizou-se, mas, implicitamente continua a funcionar como uma certa forma de conferir legitimidade ao saber dos juristas.” (HESPANHA,

Tal metodologia envolvia a depuração de qualquer valor moral e exclusões de ambiguidades significativas, com o objetivo de tornar o Direito sistemático: o que importaria seriam apenas os fatos previstos pelo ordenamento. A sanção e a coercibilidade o identificariam. A validade era o conceito central que permitiria identificar seu objeto: a norma jurídica. Estas estavam dispostas em um ordenamento, que possuía coerência interna e visava à completude. A interpretação restava reduzida a um processo mecânico, que apenas aplicava uma lei que devia ser cumprida (que pode se resumir em *lei é lei*)<sup>185</sup>.

Em sua longa trajetória, o projeto positivista teve farto desenvolvimento teórico, com contribuições de relevo de diversos autores sempre procurando adequar a teoria aos desafios que se apresentavam. Em face das diversas abordagens possíveis do *juspositivismo*, não é aconselhável uma definição meramente pontual dessa teoria, mas é possível defini-la a partir de diferentes perspectivas:

Em termos ontológicos, a definição positivista do Direito como sistema de normas postas por atos de vontade levanta o problema da fundamentação, da legitimidade do Direito. Neste sentido, a norma fundamental é a representação mais lúcida da situação trágica do Direito moderno. Ela é o fundamento de um direito sem fundamento (Alfonso Catania). Em termos epistemológicos, como sociologia da dominação burocrática, ela apenas estabelece padrões para uma burocracia que determina seus próprios padrões, uma vez que é a efetividade, e não a validade, que confere caráter científico à descrição do jurista. Neste sentido, o positivismo revela-se como tentativa de controlar uma burocracia *que ele* mesmo demonstra ser incontrolável. Como axiologia jurídica, o positivismo representa a tentativa de fornecer segurança a um mundo em que a presença do outro gera insegurança. O Direito, que para os clássicos só faz sentido a partir da alteridade, da presença do outro, agora passa a ver a presença do outro como uma ameaça aos meus interesses. Enfim, o positivismo (e o pós-positivismo com ele) parece à tentativa fadada ao insucesso de dar sentido a um direito que perdeu o sentido<sup>186</sup>.

Em um segundo momento – o qual pode ser nominado como *juspositivismo normativista* – quem aperfeiçoou a teoria, concedendo-lhe relevantes aportes é Hans Kelsen, que mantém os aspectos centrais do positivismo jurídico e lhe agrega

---

António Manuel. **O Caleidoscópio do Direito**: o direito e a justiça nos dias de hoje e no mundo de hoje. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 30)

<sup>185</sup> BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. *Op. cit.*, p. 131-134.

<sup>186</sup> BARZOTTO, Luis Fernando. **Positivismo jurídico**. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar/Unisinos, 2006. p. 646.

instrumentos que concederam maior aceitação e persistência<sup>187</sup>. A seguir, quem sofisticou ainda mais o bem elaborado edifício positivista foi Herbert Hart<sup>188</sup>, no que alguns definem como *soft positivism* (nesse estágio já é reconhecida a discricionariedade do julgador, distinguem-se as normas em primárias e secundárias, bem como a regra de reconhecimento desenvolvida já permite a entrada de outros elementos no sistema).

Esse apuro teórico-conceitual foi de vital importância para persistência e disseminação da teoria positivista normativista do Direito, que encontraria acolhimento nas mais variadas culturas e sociedades, por longo tempo. Nesse segundo momento, a teoria persistiu com sua coerência sintático-conceitual que visava exprimir o conteúdo do sistema jurídico a partir de uma leitura puramente formal: a visão positivista do Direito ignorava seu aspecto pragmático (entendia que este não faria parte dessa ciência). O *normativismo* adotou apurada análise e classificação das normas jurídicas, concedendo-lhe rigorosa hierarquização.

A partir dessas premissas, disseminou-se o “silogismo jurídico”, ou seja, a aplicação lógico-dedutiva da lei ao caso concreto. Entretanto, na fase normativista, o positivismo já reconhecia que o processo interpretativo poderia escapar à mera aplicação dedutiva, situações nas quais a decisão ficaria a critério exclusivo do juiz (desde que dentro dos parâmetros que lhe foram conferidos pelo sistema)<sup>189</sup>. Ou seja, não competiria à teoria do direito cuidar desses aspectos específicos da aplicação da norma jurídica ao caso concreto em si (restando evidente o papel secundário conferido à solução efetiva do caso concreto).

É inegável o forte formalismo que se expressa em tal teoria (mesma na sua versão mais atenuada do chamado *soft positivism*), que é reflexo direto das premissas centrais que a orientam, deixando aspectos materiais e critérios subjetivos sempre para além do direito. A simplicidade da proposta se apresentou como sedutora, mas revelou dificuldades em dar conta da desafiante realidade em movimento que lhe foi apresentada. No que refere ao direito de família e à temática

---

<sup>187</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

<sup>188</sup> HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

<sup>189</sup> “A Direito a aplicar forma, em todas as hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível.” (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. *Op. cit.*, p. 390)



da afetividade, a leitura positivista trouxe percalços na tutela das relações familiares. Isto porque, com a redução do Direito à lei, restava muito delimitado o espaço para reconhecimento de relacionamentos familiares (que envolveriam apenas os modelos expressamente agasalhados pela previsão legislativa; os demais não eram reconhecidos). E mais, o descolamento do Direito lido sob a ótica positivista dos dados empíricos dificultava qualquer alteração legislativa para que a lei passasse a valorar a afetividade e outros elementos relevantes nas relações interpessoais. Certamente as alterações constantes na forma de viver em família foram um dos fatores que permitiram demonstrar a insuficiência da visão positivista do Direito.

O legado juspositivista consolidou o afastamento do Direito das experiências concretas da vida, fazendo com o que o longo tempo em que acabou por imperar essa doutrina (meados do século XIX até a metade do século XX) cristalizasse o já descrito dissecação do mundo jurídico.

Em resumo, destacando o que mais interessa para fins da análise deste estudo, o positivismo acabou por exasperar o distanciamento da realidade que o projeto jurídico moderno havia iniciado. A legitimidade restou solenemente esquecida (quando não identificada com legalidade). A realidade que não conseguia se encaixar no sistema jurídico positivista era vista como deformada ou desviada. Os canais de comunicação com o mundo concreto foram rompidos ou obstruídos.

Reflexo disso é que os institutos jurídicos formatados em tal contexto não refletiram um retrato adequado da sociedade que pretendia tutelar, carecendo de correspondência no mundo dos fatos. Muito do direito de família do presente resta ainda identificado com tal viés juspositivista. Esta percepção é vital para o jurista contemporâneo, eis que, ao lidar com as categorias jurídicas postas ao seu dispor – a maioria delas inevitavelmente de matriz modernas marcadas pelas coordenadas positivistas –, deverá proceder previamente à análise de sua adequação histórico-social anterior à sua cega adoção e aplicação.

O longo tempo distante do complexo e mutante mundo real acabou por trazer problemas para a manutenção das teorias meramente formalistas do Direito, que não deixaram de ser objeto de críticas<sup>190</sup>. Uma delas, que seria comum a quase

---

<sup>190</sup> “Uma herança paradoxal e contraditória é esta do positivismo jurídico. De um lado recebe do jusracionalismo moderno a formação axiomática, transmitida junto com a idéia de legislação e código. De outro lado, recebe a concepção voluntarista de lei, histórica e positiva. Assim, ao contrário da ciência empírica, atém-se ao método dedutivo do século XVIII e afasta-se da

todas, foi o arraigado formalismo da visão positivista que deveria ser urgentemente superado. Para isso, é necessária a reconstrução das pontes que comuniquem o Direito com a realidade<sup>191</sup>.

#### **Seção IV. A busca pela superação do formalismo e reaproximação do Direito com a realidade**

O formalismo excessivo e a ausência de correspondência histórico-social fez com que o projeto jurídico moderno entrasse em colapso, dando azo ao surgimento de diversas teorias críticas<sup>192</sup>. Um ponto em comum em quase todas elas é a defesa da necessidade de restabelecimento de conexão direta do Direito com o mundo da vida (o que é presente na releitura contemporânea também do direito de família).

Traço característico do longo período no qual o pensamento jurídico moderno vigorou, agravado ainda pela leitura positivista que foi adotada, foi o prevalente formalismo que acometeu o Direito, que pode ser assim descrito:

Este modo de definir o direito pode ser chamado de *formalismo jurídico*; a concepção formal do direito define portanto o direito exclusivamente em função da sua estrutura formal, prescindindo completamente de seu conteúdo – isto é, considera somente *como* o direito se produz e não *o que* ele estabelece.<sup>193</sup>

---

verificação. A verificação a que se propõe não pode ser outra senão constatar quais as leis promulgadas e em vigor, uma verificação documental. Abandona-se a referência ao sistema prudencial que vigora na escolástica medieval. O positivismo associa-se, pois, a um método dedutivista que tem sua origem em dois fenômenos modernos interligados: soberania do Estado nacional e movimento codificador. Desta partição do positivismo surge a *filosofia do direito*: ela investiga o método e o objeto que os discursos jurídicos concentram. O direito, sendo conhecimento apenas das leis e do direito positivo, já não faz a reflexão sobre seu próprio saber e suas próprias condições de validade. Este exame passa à filosofia do direito, que se cria no século XIX. Ela é a herdeira laicizada e secularizada da tradição jusnaturalista.” (LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**: lições introdutórias. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 205-206)

<sup>191</sup> “A civilística, mais do que ceder à sugestão do dogmatismo em todas as suas manifestações, também de natureza sociológica, ou a elegantes polêmicas sobre método, deveria percorrer o caminho da releitura do código civil e das leis especiais à luz das normativas comunitárias e da Constituição, sugerindo para a sociedade, nova nos ideais e nas estruturas, uma normativa moderna e adequada”. (PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 102)

<sup>192</sup> Sobre histórico e características das diversas correntes das teorias jurídicas críticas: WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>193</sup> BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. *Op. cit.*, p. 145.

Ao ignorar o seu “conteúdo”, o Direito simplesmente deu as costas para a sociedade à qual deveria responder, o que resultou em uma teoria que a tomava – ela própria – como próprio objeto do estudo, olvidando da realidade que deveria tutelar. Consequência direta desse excesso de formalismo foi o severo processo de descolamento dos institutos jurídicos da realidade da vida, com uma ausência de correspondência das estruturas concebidas pelo Direito com as efetivas demandas da sociedade.

Diante da ausência de correspondência do coerente e bem arquitetado discurso jurídico positivista com os graves quadros de demandas histórico-sociais que se apresentavam, alguns juristas passaram a questionar os dogmas positivistas:

*Es falsa la afirmación, tan repetida, de que el derecho, es decir, un cierto orden jurídico, es un sistema cerrado, dotado de ‘plenitud hermética’ o ‘finitud lógica’ del cual pueden derivarse, por deducción, las soluciones para todos los casos posibles. El derecho, o sea un orden jurídico determinado, **tiene lagunas**, en el sentido de que hay casos que no pueden ser resueltos con fundamento exclusivo en sus reglas o en alguna combinación de ellas.*<sup>194</sup>

O afastamento do Direito da experiência – uma das vigas estruturais da proposta jurídica moderna – que teve seu processo iniciado no período das codificações, chegou ao seu ápice com a doutrina positivista e, a seguir, passou a ruir. O formalismo que o representava não conseguia mais fazer frente às contundentes demandas sociais e aos novos questionamentos teóricos que lhe eram apresentados<sup>195</sup>.

<sup>194</sup> CARRIÓ, Genaro R. **Notas Sobre Derecho y Lenguaje**. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994. p. 58. Em tradução livre: “É falsa a afirmação, tão repetida, de que o direito, vale dizer, uma certa ordem jurídica, é um sistema fechado, dotado de plenitude hermética ou finitude lógica do qual podem derivar, por dedução, as soluções para todos os casos possíveis. O direito, ou seja, uma ordem jurídica determinada, tem lacunas, no sentido de que existem casos que não podem ser resolvidos com fundamento exclusivo em suas regras ou em alguma combinação delas.”

<sup>195</sup> “Las afanosas pesquisas de los juristas por ‘descubrir’ la naturaleza jurídica de tal o cual o institución o relación están de antemano y en forma irremisible destinadas al fracaso. Entre otras razones, porque lo que se busca, tal como se busca, no existe. [...] La conclusión que a entonces aventure fue ésta: no es útil hablar de ‘naturaleza jurídica’ de tal o cual institución porque ello, se bien contribuye a preservar la ilusión de que el orden jurídico es autosuficiente, lo hace al alto precio de proporcionar una guía inadecuada para la solución de los casos difíciles y una base poco fructífera de sistematización.” (CARRIÓ, Genaro R. **Notas Sobre Derecho y Lenguaje**. *Op. cit.*, p. 101-102) Em tradução livre: “As laboriosas pesquisas dos juristas para descobrir a natureza jurídica de tal ou qual instituição ou relação estão desde já e de forma irremediável destinadas ao fracasso. Entre outras razões, porque o que se busca, da forma como se busca, não existe. A conclusão que então avantei foi esta: não é útil falar de ‘natureza jurídica’ de tal ou qual instituição, porque isso, se bem contribui para preservar a ilusão de que o ordenamento

Conforme acentua Pietro Perlingieri:

A ciência do direito elaborada sobre o geral torna-se abstrata, o jurista não se mergulha mais no particular da vida e da experiência e os seus livros nascem principalmente da reflexão sobre outros livros. Apresenta-se como possível o afastamento do direito vivente e, ao mesmo tempo, a atribuição e a realização do programa jusnaturalístico de uma sistematização unitária do direito privado; a sistemática tende a se tornar fim em si mesma, e não já instrumento para o progresso e a melhor aplicação do direito. A Parte Geral e a Teoria Geral do negócio constituem ‘o produto mais tipicamente metafísico desta nossa ciência’, observação que vale especialmente para a Teoria Geral das obrigações e das situações jurídicas subjetivas. ‘O conceito do conceito’ [...] constitui o fundamento do discurso: não somente o instrumento de trabalho do jurista, mas a própria ‘matéria’ sobre a qual o jurista trabalha.<sup>196</sup>

Emergiu uma preocupação com o caráter material do Direito, procurando conectá-lo novamente à concretude fática<sup>197</sup>, reatando o divórcio efetivado pela estrutura jurídica moderna<sup>198</sup>. Como decorrência, em meados do século passado, começaram a surgir diversas teorias que questionavam esta visão excessivamente formalista que demonstrava ausência de sustentação, entre elas, as teorias da argumentação:

[...] o que normalmente se entende hoje por teoria da argumentação jurídica tem sua origem numa série de obras dos anos 50 que compartilham entre si a rejeição da lógica formal como instrumento para analisar os raciocínios jurídicos. As três concepções mais relevantes [...] são a tópica de Viehweg, a nova retórica de Perelman e a lógica formal de Toumin.<sup>199</sup>

---

jurídico é autossuficiente, o faz ao alto custo de proporcionar uma guia inadequada para a solução dos casos difíceis e uma base pouco frutífera de sistematização.”

<sup>196</sup> PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. *Op. cit.*, p. 96-97.

<sup>197</sup> “A preocupação com a superação da racionalidade tradicional (idealismo/positivismo), com a construção de novo enfoque da realidade (Teoria Crítica), a percepção dos limites do formalismo lógico positivista não passaram despercebidas ao pensamento jurídico. A insuficiência epistêmica do positivismo, marcado por uma lógica técnico-formal e seus pressupostos cientificistas, bem como a desocultação de seu caráter ideológico, propiciou a recepção da Teoria Crítica no mundo do direito. A recepção operada permite romper com a visão jurídica tradicional. Desocultar o oculto. Investigar os pontos de partida. Proceder renovada crítica, tanto interna quanto externa do direito.” (LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma filosofia jurídica da libertação**: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. p. 194)

<sup>198</sup> “Percebe-se, então que os raciocínios dialéticos e os demonstrativos fazem caminhos opostos e, foi justamente a inversão operada pelo pensamento moderno ao adotar uma fundamentação lógico-dedutiva de verdade que propiciou, na seara jurídica, o desprestígio do caráter prático do direito em prol de uma legitimação racional-abstrata da ordem jurídica. Sendo assim, desde já é possível notar que o resgate da dialética e do caráter prático do Direito é passo importante para a substituição da fundamentação formal do pensamento jurídico moderno pela de caráter material, que propicie maior legitimidade a ordem jurídica.” (MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica e Sistema Constitucional**: a decisão judicial *entre* o sentido da estrutura e a estrutura do sentido. Florianópolis: Habitus, 2008. p. 87-88)

<sup>199</sup> ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**: teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2006. p. 45.

Uma das primeiras análises que passou a questionar as premissas do positivismo jurídico que imperava foi a *Tópica*, de Theodor Viehweg<sup>200</sup>, que buscava uma retomada da preocupação do Direito com as noções de justiça e equidade a partir do caso concreto. Em que pese não tenha sido estruturada como uma teoria do direito completa, e suas propostas possam possuir inconsistências, a *tópica* teve o mérito de questionar o então cambaleante formalismo, retomar a saudável preocupação com a justiça e relembrar a necessária importância do caso concreto para o Direito<sup>201</sup>.

A realidade ultrapassou os diques do formalismo e bateu à porta dos juristas, exigindo que seus sinais fossem concretamente captados pelo Direito que a pretendesse tutelar. Conforme sustenta Plauto Faraco de Azevedo:

Para que o direito evolua em direção a uma ordenação congruente com o bem-comum, não entendido como abstração filosófica, mas sensível socialmente, encaminhando a satisfação das necessidades e anseios do povo, seu conhecimento não se pode limitar às normas ou à técnica jurídica. Só pode conhecer e aplicar apropriadamente o direito quem conhece os fatos sociais, sendo capaz de discriminar-lhes os traços característicos, perceber-lhes o encadeamento, as causas e conseqüências na estrutura social global. É indispensável não só conhecer os fatos, como ser capaz de compreendê-los em conexão com as forças sociais em presença.<sup>202</sup>

A compreensão de que o Direito envolve mais do que a simples análise da lei, bem como que sua total assimilação exige uma interconexão com o mundo da vida foi um dos tons do discurso crítico do período pós-Segunda Guerra<sup>203</sup>; da

<sup>200</sup> VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Trad. Tercio Sampaio Ferraz Junior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

<sup>201</sup> “Ao verificar que o positivismo não mais dava respostas satisfatórias a uma comunidade jurídica perplexa com os horrores da segunda guerra mundial e do nazismo, Theodor Viehweg retoma a discussão acerca do compromisso do direito com a justiça e a ética, com especial preocupação sobre suas possibilidades de realização na teoria das fontes do direito, da validade normativa e do método para decisão judicial [...] Com esta atitude, Viehweg pensa o direito não mais a partir de decisões justas para o caso concreto, dotada da racionalidade prática, situada no âmbito da *práxis*, aproximando-o metodologicamente à dialética aristotélica e suas categorias operacionais. Isto porque esse autor conclui pela impossibilidade de uma sistematização axiomático-dedutiva do direito, uma vez que ela dependeria de vários pressupostos [...]” (MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica e Sistema Constitucional**: a decisão judicial *entre* o sentido da estrutura e a estrutura do sentido. *Op. cit.*, p. 95-96)

<sup>202</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicação do Direito e Contexto Social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 71.

<sup>203</sup> O distanciamento da realidade é notado, entre outros, na crítica de Ricardo Luis Lorenzetti: “O jurista se converte em militante do microssistema. O direito civil e os civilistas tendem a perder a imparcialidade, se transformam em difusores de verdades parciais. A verdade que se expressa é subjetiva, particularizada. O jurista declina da sua responsabilidade de regular a sociedade, encontrando-se dentro de um paradigma que lhe dá uma coerência tranquilizadora, e luta contra outras concepções paradigmáticas. Isso conduz à perda da pretensão de regular todo o sistema

mesma forma, a retomada do contato do Direito com os valores foi outra das bandeiras das teorias antiformalistas que se disseminavam, eis que esta separação também era uma das vigas do pensamento positivista-formalista<sup>204</sup>.

Uma das circunstâncias que impulsionou o surgimento das teorias que questionavam o formalismo foi a incongruência entre os fatos e o direito, eis que os litígios não pararam de bater à porta dos juízes (chegou-se a falar da *revolta dos fatos contra o Direito*), diante do que eles tiveram que criativamente procurar responder às demandas que lhes eram postas, muitas vezes sem adequadas categorias jurídicas. Nesse momento, avulta o papel criativo da jurisprudência, e se passa a reconhecer paulatinamente a força criadora dos fatos sociais. O direito de família brasileiro foi profícuo em criar soluções para responder a litígios e conflitos que não possuíam ainda previsão expressa na legislação. Um exemplo disso é o próprio reconhecimento jurídico da afetividade, que, antes mesmo de qualquer previsão legal, foi adotada pela jurisprudência.

A injustificável distinção juspositivista entre os momentos de produção, interpretação e aplicação do Direito, ignorando o resultado concreto da decisão final produzida, também passou a ser questionada<sup>205</sup>.

É possível afirmar que a procura pela superação do arraigado formalismo indicou o momento de um outro Direito, já diverso do de outrora<sup>206</sup>. A busca por uma

social. Que era a finalidade própria dos Códigos.” (LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial**: fundamentos do direito. *Op. cit.*, p. 56)

<sup>204</sup> “Essas idéias são retomadas pelos filósofos neokantianos do final do século XX. As relações entre ética e direito e a procura dos valores se intensificam sobretudo após o que se convencionou chamar de *virada kantiana*, que traz as seguintes novidades principais: a inclusão da regra de justiça, ao lado da de liberdade, no imperativo categórico; a positivação jurídica da norma ética abstrata; o equilíbrio entre justiça e direitos humanos; a objetividade dos valores, sujeita à verdade epistêmica ou pragmática; a efetividade jurídica do mínimo ético.” (TORRES, Ricardo Lobo. *A Jurisprudência dos Valores*. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 509)

<sup>205</sup> “Estamos hoje também em um momento histórico-cultural de investigação metodológico-jurídica, porque o pensamento jurídico está em crise. E o pensamento está em crise, porquanto ruiu o sistematismo dogmático-conceitual próprio do normativismo moderno e continuado no positivismo legalista do séc. XX. Os problemas atuais do pensamento jurídico são diferentes: a intenção do direito é outra e pôr decerto novos problemas. Há, por isso, que pensar cominhos novos para novos problemas. Daí as inevitáveis preocupações metodológicas hodiernas, podendo mesmo dizer-se que o problema metodológico se tornou uma dimensão fundamental do repensar do próprio problema do direito.” (NEVES, Castanheira. **Metodologia Jurídica**: Problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra, 1993. p. 25)

<sup>206</sup> “O espírito do sistema há de ser aquele que permita assimilar os novos sentidos e não aquele que se recuse a aceitá-los, sob pena de o ‘sistema’ se alinear, como meramente pensado e suspenso de uma vontade arbitrária, das reais exigências da vida jurídica e se fecha, assim, às possibilidades de uma verdadeira eficácia e de uma justiça hermenêutica.” (NEVES, Castanheira. **Metodologia Jurídica**: Problemas fundamentais. *Op. cit.*, p. 226)

maior aproximação dos dados de realidade é ainda um dos maiores desafios para o Direito da contemporaneidade, eis que o longo tempo que permaneceu afastado da experiência certamente deixou marcas que não são fáceis de ser apagadas<sup>207</sup>.

Essa preocupação também está presente na teoria crítica de Luiz Edson Fachin:

Uma perspectiva que, na tentativa de campear emancipações de sentido, intenta transcender o limite das conceituações reducionistas e dos procedimentos didáticos seccionados por saberes que não se comunicam. [...] Assim, procedendo, abrir-se-á caminho para que o Direito Civil contemporâneo não seja mero alinhamento com estruturas arcaicas retocadas, contidas em códigos de antemão determinados, de tipo conceitual, geral e abstrato<sup>208</sup>.

A procura, claramente, é por um Direito diferente daquele tido por formal, sendo que alguns autores propuseram algumas alternativas. Para tornar nítida a distinção, muitos até mesmo adjetivam sua proposta, tais como: direito flexível<sup>209</sup>, direito dúctil<sup>210</sup>, direito vivente<sup>211</sup>, entre outros.

Essa busca pela superação do formalismo (que ainda não pode ser tido como finita) poderá viabilizar ao Direito a percepção da afetividade quando do trato de relacionamentos familiares.

Paolo Grossi ajuda a perceber como o Direito pode se mostrar mais adequado para corresponder a esse complexo e instável quadro que se apresenta na contemporaneidade:

*La cultura del giurista non può continuare a percorrere i binari usurati proposti e imposti dalla modernità come gli unici, gli unici perché i migliori possibili. Il paesaggio ormai complesso e profondamente nuovo ha la necessità di essere letto, ma può esserle solo se il giurista inforcherà sul suo naso occhiali dalle lenti nuove, capaci di mettere a fuoco una realtà altrimenti sfuggente. È unicamente così che la difficoltà del clima giuridico in cui viviamo gli rivelerà la sua indubbia fertilità, e lui per primo vi si sentirà a suo*

<sup>207</sup> “O pensamento jurídico moderno [...] deixou-se subjugar por representações simplistas e muito artificiais do mundo, incompatíveis com o direito. Como escapar disso? Não vejo, para nós juristas, outro remédio senão remontar na história até o século em que se deu essa revolução, nessa encruzilhada em que os modernos, a nosso ver, perderam o rumo. E retomar a estrada que equivocadamente eles abandonaram: a do realismo clássico.” (VILLEY, Michel. **A Formação do Pensamento Jurídico Moderno**. *Op. cit.*, p. 755)

<sup>208</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 46.

<sup>209</sup> CARBONNIER, Jean. **Flessibile Diritto**: per una sociologia del diritto senza rigore. Milano: Giuffrè, 1997.

<sup>210</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il diritto mitte**: legge, diritti, giustizia. Torino: Einaudi, 1992.

<sup>211</sup> RESTA, Eligio. **Diritto Vivente**. Bari: Editori Laterza, 2008.

*agio, non straniero come il vecchio giurista ancora intriso di venature illuministiche nei suoi tessuti più intimi.*<sup>212</sup>

O Direito construído no decorrer do século XX procurou minimizar tal distanciamento do discurso jurídico buscando sempre que possível uma saudável aproximação com a experiência. Diversos expedientes contribuiram para minimizar tal *déficit* de realidade um dos mais relevantes para o direito privado foi certamente o fenômeno da *constitucionalização do Direito*.

---

<sup>212</sup> GROSSI, Paolo. **Il diritto civile tra le rigidità di ieri e le mobilità di oggi**. Bari: Cacuci Editore, 2009. p. 46. Em tradução livre: “A cultura do jurista não pode continuar a percorrer os caminhos desgastados propostos e impostos pela modernidade como os únicos, os únicos porque os melhores possíveis. A paisagem já complexa e profundamente nova tem a necessidade de ser lida, mas só poderá ser se o jurista colocar em seus olhos óculos com lentes novas, capazes de colocar em foco uma realidade igualmente difusa. Será somente assim que a dificuldade do clima jurídico no qual vivemos lhe revelará a sua indiscutível fertilidade, e ele por primeiro se sentirá à vontade, não estrangeiro, como o velho jurista ainda impregnado de traços iluministas nos seus tecidos mais íntimos.”



## CAPÍTULO III – CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

### Seção I. Fim da dicotomia público-privado e o fenômeno da constitucionalização

Uma percepção clara do contexto do que restou compreendido como constitucionalização do direito privado exige um prévio esclarecimento sobre a célebre distinção entre direito público e direito privado. Essa *summa divisio* entre os dois grandes ramos do Direito monta a implantação dos marcos do projeto jurídico moderno, eis que, no plural e multifacetado direito medieval, não era possível constatar uma diferenciação clara entre um direito que pudesse ser denominado público e um que pudesse ser chamado de privado. A difusão nos sistemas ocidentais da divisão entre esses dois ramos deve-se à separação realizada no *Code* entre as leis civis e as leis públicas<sup>213</sup>. Em decorrência da enorme influência do Código de Napoleão nas codificações posteriores, essa distinção restou fortemente incorporada à teoria jurídica daquele período.

No transcorrer do século XIX, era nítida essa separação entre o público e o privado, que se estendia até mesmo para além do Direito. Havia forte distinção dicotômica entre Estado e sociedade, política e economia, Direito e moral. Na economia imperava o liberalismo econômico, centrado em uma economia de mercado. Na seara privada havia um forte viés individualista, que buscava garantir ampla liberdade contratual e propriedade privada (com poderes absolutos). Na política, existia certa preocupação com a defesa dos direitos humanos (em que pese apenas formal e abstrata), a estruturação do Estado e a divisão de poderes.

Apesar de conferir ao Estado a exclusividade na edição das leis, os interesses da classe burguesa acabaram por garantir que essa regulação fosse

---

<sup>213</sup> Alguns autores entendem que essa distinção vem desde o Direito Romano (como Luís Roberto Barroso na obra **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 52; e Eugênio Facchini Neto no artigo Reflexões Histórico-Dedutivas sobre a Constitucionalização do Direito Privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 13). Como o presente estudo não inclui o período antigo, limitando-se a análise a partir do período moderno, não se adentrará na polêmica. Adota-se aqui o entendimento de, entre outros, Maria Celina Bodin de Moraes Tepedino: “Ao contrário do que se deduz vulgarmente, não provém do Direito Romano aquela delimitação de conteúdo. No Direito Romano, o *jus civile*, o direito dos cidadãos era essencialmente uma noção de Direito Público”, no precursor artigo “A Caminho de um Direito Civil Constitucional”. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, n. 65, jul./set. 1993.

limitada e direcionada, não interferisse na liberdade negocial e concedesse substancial autonomia da vontade aos sujeitos proprietários. A pandectística alemã adotou tais postulados e auxiliou na enorme difusão de tais conceitos<sup>214</sup>, contribuindo para a consagração da dicotomia dita clássica entre os dois ramos do Direito: público e privado.

O apogeu das codificações privadas, a partir do século XIX, ficou marcado pela centralidade dos Códigos na regulação das questões patrimoniais, de modo que a vida privada era regulada e apreciada exclusivamente pelo olhar dos códigos<sup>215</sup>. Esses visavam regular toda a vida dos indivíduos e da sociedade civil, sempre a partir do prisma da ascendente classe burguesa. Para tanto, procuravam basicamente garantir os aspectos que mais interessavam naquele momento: liberdade contratual, autonomia da vontade e proteção do então direito quase que absoluto de propriedade. Tamanha era a prevalência dos Códigos nas relações privadas, que eram considerados “*a constituição do homem privado*”.

Na concepção prevalecente naquele momento histórico, esses Códigos eram o regramento que tutelava a esfera das relações econômicas e sociais dos indivíduos. Esse conjunto de fatores acabava por conferir ao Direito a segurança e a previsibilidade pretendidas nas relações particulares. Estavam postas as bases do ramo que se consagrou como direito privado.

Já as Constituições desse período tratavam basicamente da estrutura e da organização do Estado, estipulando apenas os limites da sua atuação de modo a fazê-lo respeitar a esfera particular do indivíduo, com um tímido papel no contexto geral<sup>216</sup>. As Cartas liberais prescreviam liberdades negativas, ou seja, liberdades

---

<sup>214</sup> “A última imagem de conjunto coerente do direito privado, a da pandectística, provinha da sociedade burguesa, que se tinha começado a impor do ponto de vista social e econômico, desde o século XVIII na Inglaterra, depois em França e, finalmente, na Alemanha, a partir do primeiro terço do século XIX.” (WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 717)

<sup>215</sup> “Nesse cenário, tornou-se bem delineado o *significado* constitucional do Código Civil para o direito privado, sem que se alvitrasse, afora do corpo codificado, qualquer regra que lhe fosse hierarquicamente superior em matéria de relações patrimoniais”. (TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. *Op. cit.*, p. 24)

<sup>216</sup> “Descontada a singular exceção norte-americana, a idéia que prevalecia no ‘mundo constitucionalizado’ até meados do século XX era a de que as Constituições eram proclamações políticas importantes, mas não autênticas normas jurídicas. As prescrições constitucionais não podiam ser aplicadas diretamente pelos juizes, nem geravam direitos substantivos para os cidadãos. Só as leis editadas pelos parlamentos obrigavam e vinculavam; não as solenes e abstratas determinações constitucionais.” (SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **A**

públicas dos particulares perante o Estado – os chamados direitos de primeira geração<sup>217</sup> previam tão somente o espaço de não intervenção, esfera protegida do cidadão que deveria ser respeitada pelo ente público<sup>218</sup>.

O princípio regente de tais constituições era o da separação de poderes, dispondo elas sobre a distribuição deles entre os órgãos estatais, sempre de modo a permitir seu controle e limitação. Marcadas pelo individualismo reinante na época, buscavam apenas sustentar a liberdade moral, intelectual e econômica do sujeito. Assim, essas Constituições eram meras cartas políticas, pois não possuíam força normativa própria, dependiam da intervenção do legislador ordinário para adquirir aplicabilidade, constituindo-se, assim, em meras orientações aos poderes públicos<sup>219</sup>.

Com essa formatação, a classe dominante garantia total previsibilidade e comando sobre a ação estatal, pois, como ela possuía o controle do parlamento, a exigência de que a ação do Estado necessitava de intermediação do legislador ordinário acabava por lhe conferir a tranquilidade que pretendia. Foi nesse contexto que se difundiu a distinção entre direito público e privado, restando para o primeiro regular a estrutura e o funcionamento do Estado, e, para o segundo, regular as

**constitucionalização do direito:** fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 116)

<sup>217</sup> Adota-se aqui a classificação por *gerações* difundida por Paulo Bonavides: BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 562 e ss. Entretanto, não se ignoram as críticas a tal terminologia, eis que termo *geração* poderia transmitir a ideia de que uma sucede a outra, o que certamente não ocorreria com tais direitos. Alguns defensores de tal tese preferem a denominação *dimensão* como termo distintivo de cada período, por todos: WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos Fundamentos de uma Teoria Geral dos “Novos” Direitos. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2003.

<sup>218</sup> “Os direitos da primeira geração são os direitos de liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente.” (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. *Op. cit.*, p. 563)

<sup>219</sup> “No início do constitucionalismo moderno, na Europa, a Constituição era vista como uma Carta Política, que servia de referência para as relações entre o Estado e o cidadão, ao passo que o Código Civil era o documento jurídico que regia as relações entre particulares, freqüentemente mencionado como a ‘Constituição do homem privado’. Nessa etapa histórica, o papel da Constituição era limitado, funcionando como uma convocação à atuação dos poderes públicos, e sua concretização dependia, como regra geral, da intermediação do legislador. Destituída de força normativa própria, não desfrutava de aplicabilidade direta e imediata. Já o direito civil era herdeiro de tradição milenar do direito romano. O Código Napoleônico realizava adequadamente o ideal burguês de proteção da propriedade privada e da liberdade de contratar, dando segurança jurídica aos protagonistas do novo regime liberal: o contratante e o proprietário. Esse modelo inicial de incomunicabilidade foi sendo progressivamente superado.” (BARROSO, Luís Roberto **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. *Op. cit.*, p. 367)

relações econômicas e sociais; esta formatação resultou numa forte clivagem entre esses ramos do direito<sup>220</sup>.

A dicotomia clássica, calcada em um direito privado meramente codificado, aplicado conforme os pressupostos de escolas formalistas, somada a uma teoria constitucional de tímidas Cartas Liberais teve relativo sucesso, pois atendia aos interesses da classe então dominante, mas não correspondeu à grande parte dos anseios e desafios sociais que lhe foram apresentados<sup>221</sup>. A estruturação de um Direito supostamente neutro, juntamente com um Estado passivo, a prevalência de uma visão privatista da sociedade e a forte abstração adotada acabaram por engendrar uma equação que permitiu o alargamento das desigualdades sociais e econômicas diante de uma imobilização do Direito.

O avanço da industrialização e do regime capitalista levou a uma grande diferenciação entre as classes sociais, com os proletários sendo explorados em uma sociedade que não lhes oferecia proteção alguma contra as agruras do sistema econômico vigente. A formatação clássica do Direito não conseguiu regular essa realidade social, sendo insuficiente e ineficaz para a solução dos graves problemas que surgiram (principalmente a partir da virada do século XX).

O matiz liberal-individualista desse sistema, com aplicação pelo silogismo, acabou por dar primazia à lógica e à razão, ignorando aspectos empíricos ou

---

<sup>220</sup> “O paradigma da cisão entre direito público e direito privado foi o Código Napoleônico de 1804, que veio a tornar-se um modelo para outros países europeus. O caráter auto-suficiente e sistemático do *code* expressava um dos valores mais caros à teoria liberal: a segurança jurídica. De fato, enquanto a constituição era, por sua própria essência, abstrata e permeável a opções políticas, o código regulava de forma analítica e precisa as situações jurídicas individuais, podendo ser aplicado pelos juízes com elevado grau de certeza.” (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 129-130)

<sup>221</sup> Em obra escrita na segunda metade do século XX, Norberto Bobbio concluía: “No século passado, à medida que a contraposição entre sociedade civil e Estado ganhava espaço e se evidenciava a prioridade da primeira em relação ao segundo, afirmando-se a idéia do progressivo perecimento do Estado, preconizou-se o advento do momento privatista do direito (é neste sentido que se deve interpretar, do ponto de vista da teoria geral do direito, a tese da passagem da sociedade de *status* para a de *contractus*). Em seguida, houve uma inversão de tendência: já no início deste século, obras sobre o inexorável declínio das instituições tradicionais do direito privado chamavam a atenção para o fenômeno contrário, isto é para a progressiva publicização do sistema jurídico. Menosprezada como um mal, ou exaltada como um bem, essa tendência foi reconhecida de modo unânime como uma das características do direito contemporâneo.” (BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007. p. 147)

axiológicos<sup>222</sup>. Imperava a defesa da neutralidade, que passou a ser um dos pilares do positivismo. Essa concepção permitia a manutenção do *status* social e o domínio do poder, ou seja, era evidentemente conservadora.

O Estado restava estático, absenteísta, sem atuação efetiva para minimizar desigualdades ou resolver problemas sociais. Como havia significativa desigualdade econômica na sociedade, a apatia estatal acabava por consagrar a dominação dos fortes sobre os fracos (eis que, como o Direito já percebeu, em uma luta de desiguais, a liberdade oprime e a intervenção liberta).

Essa abstração dos institutos clássicos acabava por tornar o Direito muitas vezes uma ficção, sem correspondência histórico-social, de modo que seu distanciamento da sociedade apenas acirrou com o passar do tempo<sup>223</sup>.

Tal leitura ignorava os conflitos coletivos e não dava a guarida necessária para proteção dos direitos da pessoa humana, deixando desamparadas graves demandas sociais, que simplesmente não possuíam tutela estatal. Essa suposta assepsia do sistema jurídico acabou por gerar consequências nefastas (servindo inclusive a severos regimes autoritários).

As codificações da era *pandectista* colocavam o patrimônio no centro do sistema jurídico, ignorando que é a pessoa que deveria ser o núcleo e o ponto de partida de toda análise pública ou privada<sup>224</sup>. Até mesmo na regulação do direito de família, onde deveriam prevalecer disposições de caráter existencial, a preferência e

---

<sup>222</sup> “Enraizado no racionalismo-individualista, o sistema jurídico liberal induz à lógica, à generalidade e à abstração. A partir de sua orientação filosófica, exagera o papel da razão, em detrimento da experiência, utilizando como método de investigação científica os dados obtidos por dedução, excluindo os elementos empíricos obtidos por indução. Isso determinou, por longo período, a prisão do jurista à busca no sentido do direito exclusivamente no texto legal, afastada a preocupação com realizar justiça, e ao positivismo, chegando a Kelsen e sua teoria pura, divorciada da realidade.” (RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. *Op. cit.*, p. 12)

<sup>223</sup> “Sem fazer concessões a rótulos, sempre perigosos por mais úteis que sejam, acredito ser possível afirmar com certa tranquilidade que, no seu desenvolvimento posterior à guinada kelseniana, a teoria do direito tenha obedecido muito mais a sugestões estruturalistas do que funcionalistas. Em poucas palavras, aqueles que se dedicaram à teoria do direito se preocuparam muito mais em saber ‘como o direito é feito’ do que ‘para que o direito serve’. A consequência disso foi que a análise estrutural foi levada muito mais a fundo do que a análise funcional.” (BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. *Op. cit.*, p. 53-54.

<sup>224</sup> Como bem ressalta Jussara Meirelles: “O evidente artificialismo da noção clássica faz alargar a distância entre o que a lei civil estabelece como sendo pessoa e o indivíduo homem, este a merecer proteção não pelo que **tem**, mas pelo que **é**. Por certo, não deve a proteção patrimonial suplantiar a proteção dos seres humanos”. (MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 92-93)

a predominância eram por regras de caráter patrimonial. O Código Civil imperava quando se tratavam de relações privadas, relegando-se a papel secundário e subsidiário às Constituições<sup>225</sup>.

A liberdade contratual absoluta acabava por não permitir que se observassem os interesses e as funções sociais que seriam relevantes para a sociedade. Como se não bastasse, a prevalência da autonomia privada e a primazia da manifestação da vontade em uma sociedade de desiguais (eis que igualdade era meramente formal<sup>226</sup>), com uma massa de excluídos, simplesmente consagravam a opressão.

O modelo liberal-individualista do Direito servia aos interesses da classe dominante que o instituiu, mostrando-se útil à conservação, estabilização e dominação pretendida, daí o “sucesso” que levou à sua difusão. Diante da clara insuficiência da concepção clássica e dicotômica do Direito, cada vez mais percebida, passou-se gradativamente à sua superação<sup>227</sup>. A industrialização e a urbanização da sociedade evidenciaram ainda mais as incongruências do direito clássico, de modo que a rápida evolução social mostrou que não se concebia mais um direito privado baseado na unicidade e centralidade de um Código.

Os novos problemas levaram ao surgimento de estatutos próprios que tratavam de questões específicas que exigiam intervenção<sup>228</sup>. Paralelamente, as Constituições alargam seu conteúdo e assumem paulatinamente um novo papel. Constatou-se que interesses públicos necessariamente deveriam ser observados também nas relações privadas, bem como que interesses privados igualmente

---

<sup>225</sup> “Trata-se, em uma palavra, de verdadeira subversão hermenêutica. O entendimento mostra-se, no entanto, bastante coerente com a lógica do individualismo oitocentista, sendo indiscutível o papel do predominate que o Código Civil desempenhava como referência normativa exclusiva no âmbito das relações de direito privado”. (TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. *Op. cit.*, p. 25)

<sup>226</sup> “O Código Civil (e o direito privado de modo geral) era saudado como ‘autêntico baluarte da liberdade’, pois o contrato nele regulamentado possibilitava o acesso à propriedade a todos, porquanto dotados de autonomia. Esta autonomia da vontade confundida com liberdade era corolário da igualdade formal.” (FINGER, Julio César. *Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 89)

<sup>227</sup> “Mesmo porque não há, hoje, cabimento na distinção estanque de direito público-direito privado, cujo principal interesse é didático.” (CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade*. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 49)

<sup>228</sup> IRTI, Natalino. **L'Etá della Decodificazione**. Milano: Giuffrè Editore, 1979.

influenciavam a esfera pública, ou seja, a coexistência das esferas pública e privada era inevitável, o que acabou por se impor.

Obviamente esse distanciamento da realidade e das aspirações sociais acabou por enfraquecer a doutrina clássica do direito codificado<sup>229</sup> e findou por minar o prosseguimento de tal leitura dicotômica, principalmente a partir do século XX. A crise do Estado liberal levou a uma interferência cada vez maior do Estado na economia, percebida com maior nitidez no início do século XX, mas certamente já iniciada no final do século anterior<sup>230</sup>.

Após a Primeira Guerra, o Estado passa a intervir cada vez mais diante das demandas e conflitos que lhe são apresentados. O Poder Público atua ativamente e regula diversos setores privados, limitando-os e organizando-os: percebe-se claramente sua faceta intervencionista, razão pela qual veio a ser denominado Estado Social<sup>231</sup>. A crescente industrialização e urbanização da sociedade alteraram profundamente a realidade a ser regulada pelo Direito – se comparada com a vivenciada nos séculos XVIII e XIX – de modo que são novos os conflitos a serem regulados e novas as correntes de pensamento dominantes.

Como sintetiza Gustavo Tepedino:

Tais contornos doutrinários, perfeitamente compatíveis com as necessidades da sociedade pré-industrial, mostram-se, no entanto, abalados pela crescente demanda da sociedade tecnológica, em que a economia massificada e os avanços científicos colocam em crise a demarcação, antes cristalina, dos territórios do direito público e do direito privado.<sup>232</sup>

Nesse novo contexto, não se exigia mais do Estado apenas respeito pela esfera privada dos indivíduos, mas se passava a pleitear uma atuação efetiva do

<sup>229</sup> “A expropriação total – que, com relação à produção do direito, completou-se nos últimos duzentos anos a favor do legislador e contra outras forças vivas e historicamente protagonistas como doutrina e jurisprudência – provocou, como mais acima se acenava, um indubitável empobrecimento: perdeu-se a dimensão plural do ordenamento jurídico e, condenando ao exílio fonte dúcteis e plasticíssimas em favor de uma só fonte rigidíssima e formal, precluiu-se uma conexão natural entre sociedade e direito, entre cultura e direito; aquela conexão que a ciência no velho *ius commune* e a jurisprudência no *common law*, de outra parte, sempre garantiram.” (GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. *Op. cit.*, p. 134-135)

<sup>230</sup> “Sem embargo, com a progressiva transformação do Estado Liberal no Estado Social, esta hegemonia do Código na disciplina das relações privadas será ameaçada.” (SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 71)

<sup>231</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. *Op. cit.*, p. 56.

<sup>232</sup> TEPEDINO, Gustavo. A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento jurídico brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas. In: HARMATIUK, Ana Carla (Org.). **A construção dos novos direitos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008. p. 152-153.

ente público na realização da almejada justiça social, na limitação dos abusos do capitalismo e prestação de serviços à população<sup>233</sup>. A partir disso, diversas mudanças foram percebidas. Houve o gradativo abandono do dogma da neutralidade do Direito, reconhecendo-se sua historicidade e sua vinculação ao momento social, político e econômico<sup>234</sup>.

Essas alterações acabaram por se refletir também no que se compreendia como direito privado. As constantes exigências por leis esparsas para regular determinado setor da economia acabaram por fazer com que os Códigos perdessem a centralidade de outrora. Havia intensa demanda por uma justiça social, que também era incompatível com a formatação clássica do direito privado. A vida do homem em sociedade apresentou novos desafios a serem enfrentados. Em decorrência desses fatores, o direito privado passou a assumir uma nova feição.

As Constituições assumiram novo papel, buscando claramente transformar a sociedade, indicando os rumos pretendidos, prescrevendo direitos sociais e até mesmo limitando o legislador ordinário<sup>235</sup>. Surgiram positivados nas Constituições os direitos de *segunda geração*<sup>236</sup>: assistência social, saúde, educação, trabalho etc., que, ao invés de impor ao Estado apenas um “não fazer”, acabam por imputar-lhe um “fazer”.

O marco dessa fase constitucional foi a Constituição alemã de Weimar de 1919, embora já existissem alguns elementos perceptíveis na Constituição mexicana de 1917. No Brasil, a Constituição de 1934 foi a primeira a prever um capítulo dedicado à ordem econômica e social. Embora trouxessem em seu bojo esse rol de direitos, essas Constituições não gozavam de eficácia suficiente para concretizá-los.

<sup>233</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. *Op. cit.*, p. 243.

<sup>234</sup> COSTA, Pietro. **Soberania, Representação, Democracia**: Ensaio de História do Pensamento Jurídico. Trad. Alexander Rodrigues de Castro et al. Curitiba: Juruá, 2010. p. 40-41.

<sup>235</sup> “Somente a partir do reconhecimento e da consagração dos direitos fundamentais pelas primeiras Constituições é que assume relevo a problemática das assim denominadas ‘gerações’ (ou dimensões) dos direitos fundamentais, visto que umbilicalmente vinculada às transformações geradas pelo reconhecimento de novas necessidades básicas, de modo especial em virtude da evolução do Estado Liberal (Estado formal de Direito) para o moderno Estado de Direito (Estado social e democrático [material] de Direito), bem como pelas mutações decorrentes do processo de industrialização e seus reflexos, pelo impacto tecnológico e científico, pelo processo de descolonização e tantos outros fatores direta e indiretamente relevantes neste contexto, e que poderia ser considerados. Assim, fica desde já subentendida a idéia de que a primeira geração ou dimensão dos direitos fundamentais é justamente aquela que marcou o reconhecimento de seu *status* constitucional material e formal.” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 36-37)

<sup>236</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. *Op. cit.*, p. 564.



Como dependiam da atuação do legislador ordinário para consagrá-los, esses direitos acabavam, na maioria das vezes, por não se efetivarem.

Depois da Segunda Guerra acentuou-se a atuação do Estado na economia, que passa inclusive a atuar diretamente em alguns setores tidos até então como privados. O Estado tentava promover uma igualdade substancial, mesmo que isso significasse o sacrifício de certa liberdade econômica. Ganhou corpo o que restou conhecido como Estado Social<sup>237</sup>.

O período europeu do pós-guerra foi o marco do que vem a ser denominado novo constitucionalismo. A partir daí, as Constituições assumiram um novo e relevante papel, tanto na sociedade como no próprio ordenamento jurídico. Conforme descreve Luís Roberto Barroso:

Esse novo constitucionalismo europeu caracterizou-se pelo reconhecimento de força normativa às normas constitucionais, rompendo com a tradição de se tomar a Constituição como documento antes político que jurídico, subordinado às circunstâncias do Parlamento e da Administração.<sup>238</sup>

As Constituições trazem a partir daí uma nova dimensão dos direitos fundamentais, que inicialmente eram direcionados apenas aos sujeitos, mas agora passam a proteger grupos sociais: surgem os direitos de *terceira geração*, também denominados de solidariedade ou de fraternidade. Entre eles, direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à qualidade de vida, à comunicação, à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural. Some-se a isso um progressivo reconhecimento da força normativa da Constituição, que passou a ser vista não mais como mera carta política, mas sim como norma jurídica que goza de eficácia e aplicabilidade<sup>239</sup>.

Na tutela da vida privada acentuou-se a edição cada vez maior das legislações esparsas, os Códigos perderam ainda mais a importância e centralidade que possuíam, cedendo espaço para as Constituições<sup>240</sup> e para os microsistemas<sup>241</sup>

---

<sup>237</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. *Op. cit.*, p. 64.

<sup>238</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. *Op. cit.*, p. 246.

<sup>239</sup> HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1992. p. 66.

<sup>240</sup> “Entre controvérsias, aplausos e objeções, o direito civil assistiu ao deslocamento de seus princípios fundantes, do Código Civil para a Constituição Federal, em difusa experiência contemporânea, da Europa Continental à América Latina.” (TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. *Op. cit.*, p. 341)

(que se fizeram cada vez mais presentes). Admitiu-se a sujeição de todos os poderes, público e privado, aos direitos fundamentais constitucionais, de modo a se evitar aberrações como as processadas pelo nazismo. As Constituições passaram a tratar de diversas matérias, restando impregnadas de normas de alto valor axiológico.

Defendem-se direitos de *quarta geração*, que envolveriam os decorrentes da biotecnologia, bioética, engenharia genética e tratariam de um direito à diversidade, ou como denomina Ricardo Luis Lorenzetti, “direito a ser diferente”, eis que “outros direitos existem, que surgem de um processo de diferenciação do indivíduo em relação ao outro. Trata-se de questões tais como o direito à homossexualidade, à troca de sexo, ao aborto, a recusar tratamentos médicos que levem à morte”<sup>242</sup>.

Certamente tais fatores evidenciavam cores de um momento distinto no Direito; quem realça a alteração é Daniel Sarmento:

Depois da Segunda Guerra, na Alemanha e na Itália, e algumas décadas mais tarde, após o fim de ditaduras de direita, na Espanha e em Portugal, assistiu-se a uma mudança significativa deste quadro. A percepção de que as minorias políticas podem perpetrar ou acumpliciar-se com a barbárie, como ocorrera com o nazismo alemão, levou as novas constituições a criarem ou fortalecerem a jurisdição constitucional, instituindo mecanismos potentes de proteção dos direitos fundamentais mesmo em face do legislador. Sob esta perspectiva, a concepção de Constituição na Europa aproximou-se daquela existente nos Estados Unidos, onde, desde os primórdios do constitucionalismo, entende-se que a Constituição é autêntica norma jurídica, que limite o exercício do Poder Legislativo e pode justificar a invalidação das leis. Só que com uma diferença importante, enquanto a Constituição norte-americana é sintética e se limita a definir traços básicos de organização do Estado e a prever alguns poucos direitos individuais, as cartas europeias foram, em geral, muito além disso.<sup>243</sup>

O papel conferido às Constituições passou a ser cada vez mais central no ordenamento, eis que, além de tratarem de um vasto conjunto de matérias, submeteriam a partir de então todos os ordenamentos inferiores a um critério de validade. Uma nova doutrina do direito constitucional é edificada, mas, para além

<sup>241</sup> “Toda essa legislação descentralizadora, de modo geral, foi a consequência em nível infraconstitucional, do *Welfare State*. A legislação do Estado de Bem-Estar promoveu, na esfera da auto-regulação individual, uma forte intervenção, comprimindo a autonomia da vontade.” (FINGER, Julio César. *Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil*. *Op. cit.*, p. 91)

<sup>242</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 154.

<sup>243</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Op. cit.*, p. 116-117.

disso, a centralidade e a superioridade hierárquica da Constituição trouxeram reflexos nas concepções teóricas das diversas disciplinas jurídicas.

Os institutos típicos de direito privado passaram ser compreendidos conforme a Constituição, de modo a se constituírem em instrumentos para a realização do bem-estar (*Welfare State*). A doutrina privada começa a sustentar a defesa do conceito de interesse juridicamente protegido para superar a noção clássica de direito subjetivo, indicando uma preocupação com a justiça social<sup>244</sup>.

Também foi possível constatar certa privatização do direito público, pois o Estado passa a transferir certas atividades consideradas públicas para empresas privadas ou a atuar ele mesmo nos moldes privatistas<sup>245</sup>. Certamente, nessa quadra histórica, não restava mais visível a distinção entre direito público e privado. Pietro Perlingieri constata que atualmente “técnicas e institutos nascidos no campo do direito privado tradicional são utilizados naqueles do direito público e vice-versa, de maneira que a distinção, neste contexto, não é mais qualitativa, mas quantitativa”<sup>246</sup>.

Há constante coexistência entre ambas as esferas, de modo que a única distinção que se percebe é quantitativa e não qualitativa. A esse conjunto de fatores muitos denominam *fenômeno da constitucionalização do direito privado*. Alguns autores criticam tal interferência, entretanto, como salienta Maria Celina Bodin de Moraes:

O novo peso dado ao fenômeno importa em rejeitar a idéia de invasão da esfera pública sobre a privada, para admitir, ao revés, a estrutural transformação do conceito de direito civil, ampla o suficiente para abrigar, na tutela das atividades e dos interesses da pessoa humana, técnicas e instrumentos tradicionalmente próprios do direito público como, por exemplo, a aplicação direta das normas de caráter privado nas relações jurídicas de caráter privado.<sup>247</sup>

<sup>244</sup> “Esta lenta modificação da estrutura do sistema conduziu, a nosso ver, a uma reviravolta que pode se considerar verdadeiramente decisiva na história do Direito Privado: isto é, uma valorização não mais subjetiva, mas objetiva, ou melhor, ‘conteudista’ do Direito Privado.” (GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 747, p. 43, jan. 1998)

<sup>245</sup> Alguns autores sustentam ainda – mais recentemente – a existência de direitos de quinta geração (ou dimensão), percebidos na passagem do século XX para o novo milênio e seriam “os ‘novos’ direitos advindos das tecnologias de informação (internet), do ciberespaço e da realidade virtual em geral.” (WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos Fundamentos de uma Teoria Geral dos “Novos” Direitos. *Op. cit.*, p. 15)

<sup>246</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 54.

<sup>247</sup> TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. *Op. cit.*, p. 23-24.

Nesse estágio, o direito privado não poderia mais ser definido como barreira de proteção do indivíduo perante o Estado, a partir de então ele recuperaria sua função protecionista e solidarista, voltando-se novamente para a realização dos interesses do cidadão (ao invés da mera defesa dos interesses individuais patrimoniais), e, ainda, deveria atentar para os novos conflitos surgidos<sup>248</sup>.

O fim da dicotomia público e privado e o novo panorama apresentado passaram a exigir uma nova compreensão do Direito, pois as bases anteriores, que fundavam a concepção clássica, não mais estavam presentes<sup>249</sup>. Nessa fase de mudança (por muitos denominada como período de crise<sup>250</sup>), surgiu uma nova forma de compreensão do papel da Constituição no ordenamento e, até mesmo, na própria sociedade.

As Constituições passaram a tratar de um maior número de matérias, inclusive dispendo expressamente sobre temas que antes eram vistos como exclusivos da seara do direito privado (sendo este um dos aspectos da constitucionalização)<sup>251</sup>. Por outro lado, também se admitiu a Constituição com força normativa própria (a partir da aceitação dos relevantes ensinamentos de Konrad Hesse, em sua aula inaugural intitulada “A força normativa da Constituição”<sup>252</sup>), com

<sup>248</sup> “Na sociedade moderna, como já vimos, a noção de ‘poder’ se expande, incluindo não só o conflito ‘Estado-cidadão’, mas também aos gerados entre ‘grupos econômicos e indivíduos’, entre ‘maiorias e minorias’, e indivíduos entre si.” (LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. *Op. cit.*, p. 126)

<sup>249</sup> “Assim, torna-se obsoleta a *summa divisio* que estremava, no passado, direito público e direito privado bem como ociosa a partição entre direitos reais e direitos obrigacionais, ou entre direito comercial e direito civil, ambas fundados nos aspectos estruturais das situações jurídicas subjetivas, não já nos seus aspectos funcionais.” (TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007)

<sup>250</sup> Manifestando-se sobre uma suposta crise do direito privado, Michele Giogianni afirma: “Nenhuma crise, a não ser no significado de uma modificação de velhas estruturas, é possível encontrar e, portanto, nenhum declínio do Direito Privado, o qual, ao contrário, mostrou a força da sua velha linhagem desmentindo a profecia pela qual ele seria destinado a se tornar nada mais que um capítulo do Direito Administrativo”. (GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. *Op. cit.*, p. 55)

<sup>251</sup> “Uno de ellos es que ingresan a las constituciones materiales que – al menos en algunos países – hasta ese momento se consideraban propias del Derecho Privado.” (RIVERA, Julio César. El derecho privado constitucional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 725, p. 13, mar. 1996) Em tradução livre: “Um deles é que ingressam nas constituições materiais que – ao menos em alguns países – até esse momento se consideravam próprias de direito privado.”

<sup>252</sup> “A força que constitui a essência e a eficácia da Constituição reside na natureza das coisas, impulsionando-a, conduzindo-a e transformando-se, assim, em força ativa. Como demonstrado, daí decorrem os seus limites. Daí resultam também os *pressupostos* que permitem à Constituição desenvolver de forma ótima a sua força normativa. Esses pressupostos se referem tanto ao conteúdo da Constituição quanto à práxis constitucional.” (HESSE, Konrad. **Temas**

juridicidade e capacidade de se fazer realizar. Tudo isso sem olvidar do seu já reconhecido papel orientador e balizador de todo o ordenamento, que inclusive limitava o legislador ordinário.

O fim da barreira que separava o público do privado fez com que se percebesse a necessária interferência de interesses públicos, mesmo quando se tratassem de questões aparentemente privadas<sup>253</sup>. Técnicas de direito público passaram a ser usualmente utilizadas por categorias privadas.

Um dos marcos dessa mudança foi o paradigmático Caso Lüth, julgado na Alemanha em 1958, que tratava de conflito entre particulares e acabou por ser decidido pelo Tribunal Constitucional alemão com aplicação dos direitos fundamentais<sup>254</sup>. O Tribunal Constitucional alemão seguiu o novel posicionamento em outros casos, passando a interpretar contratos pelas cláusulas gerais da boa-fé e bons costumes, de modo a reduzir a autonomia privada e ressaltar a dignidade da pessoa humana<sup>255</sup>.

---

**Fundamentais do Direito Constitucional.** Trad. Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 133)

<sup>253</sup> “*El derecho civil exhibe una progresiva referencialidad pública. Sus instituciones, otrora subjetivas, se vinculan progresivamente con el derecho público en un mundo económico y jurídico cada vez más interrelacionado. La funcionalidad, y sobre toda la eficacia de las instituciones de derecho privado exigen que se correlacionen con el derecho público*”. (LORENZETTI, Ricardo Luis. Análisis crítico de la autonomía privada contractual. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 14, p. 12, abr./jun. 1995) Em tradução livre: “O direito civil exhibe um progressivo referencial público. Suas instituições, outrora subjetivas, se vinculam progressivamente ao direito público em um mundo econômico e jurídico cada vez mais inter-relacionado. A funcionalidade e sobretudo a eficácia das instituições de direito privado exigem que se correlacionem com o direito público.”

<sup>254</sup> A lide envolvia um manifestante particular (Erich Lüth) que promovia boicote a um filme do cineasta Veit Harlan, que havia aderido ao nacional-socialismo. Os produtores do filme recorreram ao Poder Judiciário local pleiteando o fim da manifestação, alegando ofensa ao art. 826 do Código Civil Alemão (BGB), segundo o qual “*quem causar danos intencionais a outrem, e de maneira ofensiva aos bons costumes, fica obrigado a compensar o dano*”. Obtiveram êxito em primeiro grau, que determinou o fim do movimento de boicote. Mediante recursos, o caso chegou ao Tribunal Constitucional Alemão, que, ao apreciar a questão, decidiu de forma precursora, que as cláusulas gerais de direito civil (“*bons costumes*”) deveriam ser interpretadas de acordo com os valores constitucionais; assim, no caso prevaleceria o direito fundamental à livre manifestação do cidadão. Ou seja, mesmo tratando de lide privada, entre particulares, a Corte Constitucional entendeu que incidiria direito fundamental, preponderando sobre as leis ordinárias que foram invocadas. Cabe observar que neste caso paradigmático o tribunal não julgou a lei ordinária inconstitucional, mas apenas afastou *in casu*, sua incidência.

<sup>255</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 116.

Percebeu-se, também, que a Constituição deveria ser o vértice do ordenamento jurídico, de modo que seus valores deveriam se irradiar por todo o ordenamento, de forma hierárquica e cogente<sup>256</sup>.

Diante de um sistema com inúmeras leis esparsas, que devem coexistir com Códigos (muitas vezes ultrapassados), caberia à Constituição conferir a unidade e a harmonia a esse conjunto normativo<sup>257</sup>. Em casos de conflitos, a supremacia deveria ser dada sempre aos valores constitucionais envolvidos no embate, o que levaria a uma releitura de todo o ordenamento a partir da Constituição, procedimento por alguns denominado filtragem constitucional<sup>258</sup>.

Nas palavras de Julio Cesar Rivera:

*Por ello, la doctrina más autorizada en la materia invita permanentemente a una relectura del Derecho Privado a luz de la Constitución, teniendo en consideración la inserción del Derecho Privado en ese plan político que la Constitución define y del cual resultan los derechos y garantías que la Constitución reconoce de manera explícita o aun implícita (art. 33).*<sup>259</sup>

Sustentou-se paulatinamente a eficácia aos direitos fundamentais<sup>260</sup> até mesmo nas relações interprivadas<sup>261</sup>, o que passava a conferir guarida jurisdicional a tais direitos (que até então restavam praticamente desamparados sendo, portanto,

<sup>256</sup> “No Constitucionalismo hodierno, passa-se a pensar que a função da Constituição consiste em modelar as relações sociais. Por conseguinte, tende-se também a conceber que as normas constitucionais – sobretudo os princípios gerais do direito e as normas programáticas – possam produzir efeitos diretos e ser aplicados por qualquer juiz em qualquer controvérsia.” (GUASTINI, Riccardo. A ‘Constitucionalização’ do ordenamento jurídico e a experiência italiana. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 277)

<sup>257</sup> “O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo texto constitucional.” (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional**. *Op. cit.*, p. 6)

<sup>258</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional – construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

<sup>259</sup> RIVERA, Julio Cesar. El derecho privado constitucional. **Revista dos Tribunais**, v. 725, p. 28, São Paulo, mar. 1996. Em tradução livre: “Por isso, a doutrina mais autorizada na matéria convida permanentemente a uma releitura do direito privado à luz da Constituição, levando em consideração a inserção do direito privado nesse plano político que a Constituição define e do qual resultam os direitos e garantias que a Constituição reconhece de maneira explícita ou ainda implícita (art. 33).”

<sup>260</sup> “Por isso mesmo, às disposições consagradoras de direitos e liberdades é reconhecido um imediato valor jurídico-positivo, num duplo sentido: não só a mediação legislativa não é pressuposto da sua aplicabilidade – vigoram, portanto, como direito operativo, mesmo na falta da lei –, como prevalecem sobre as normas ordinárias que as contrariem – pelo que actuam, se for caso disso, contra a lei.” (RIBEIRO, Joaquim de Souza. A constitucionalização do direito civil. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, v. LXXIV, p. 733. Coimbra: Coimbra, 1998)

<sup>261</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

constantemente ofendidos e não realizados nos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento).

Esse novo papel da Constituição levaria a uma nova leitura dos demais ordenamentos, com atenção especial para a prevalência dos valores e princípios constitucionais sobre as demais normas. Superou-se a figura meramente programática da Carta Constitucional e se passou a respeitá-la como norma possuidora de aplicabilidade e eficácia, que deverá ser a validadora das demais disposições<sup>262</sup>.

Para Pietro Perlingieri:

[...] justifica-se totalmente a natureza, por definição evolutiva, da interpretação, que revela de uma vez por todas a ilusão da objetividade dos textos e da sua interpretação somente literal: a constitucionalização do direito, de fato, colocou no centro dos sistemas jurídicos contemporâneos uns documentos jurídicos, como as Constituições que, contendo princípios éticos, devem ser interpretadas evolutivamente de acordo com o modificar-se dos valores ético-políticos no bojo da comunidade à qual a Constituição se refere.<sup>263</sup>

Aspecto de relevância ímpar nesse processo foi a clarificação de que o Direito é resultado de um processo construtivo e interpretativo, que acompanha as injunções histórico-sociais da sociedade, e não um conceito histórico, metafísico, o que lhe permitiria, de algum modo, restar imune a tais influxos<sup>264</sup>.

A compreensão do direito civil a partir dos valores postos na Constituição Federal será uma das grandes propulsoras à edificação de um novo direito de família brasileiro após 1988, mesmo sem a edição de um Código Civil (o que só veio a ocorrer em 2002). A partir de então paulatinamente se reconhece a incidência dos

<sup>262</sup> HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1992.

<sup>263</sup> PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. *Op. cit.*, p. 575.

<sup>264</sup> Exemplo disso pode ser percebido na análise contemporânea de Ricardo Lobo Torres, na qual descreve o que seria a continuidade desse processo com a passagem do Estado Social ao Estado Democrático de Direito: “Com a segunda grande crise fiscal do século XX, que se aguçou na década de 1980, assistiu-se à passagem do Estado Social ou Estado Democrático de Direito. [...] Coincidindo com a globalização, o progresso da informática, o fim das ideologias e a flexibilização da idéia de soberania, o Estado Democrático de Direito se caracteriza pela adesão ao pós-positivismo, pela privatização de empresas estatais, pela racionalização do sistema de seguridade social, pelo primado dos direitos humanos, pela abertura para o cosmopolitismo e pela afirmação dos princípios jurídicos. [...] O que caracteriza, do ponto de vista da ideologia jurídica, a passagem do Estado Social ao Estado Democrático de Direito é a substituição do paradigma positivista e utilitarista pelo do pós-positivismo. [...] Troca a matriz hegeliana pela kantiana. Adere ao paradigma pós-positivista ou não-positivista que se caracteriza sobretudo pela reaproximação entre direito e moral.” (TORRES, Ricardo Lobo. A Constitucionalização do Direito Financeiro. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 962-963)

direitos fundamentais<sup>265</sup>, até mesmo nas relações privadas. Essa inovação trouxe grandes consequências para a nova feição que passou a ser assumida pelo direito privado. Os juristas passaram a aprofundar seus estudos sobre o conceito de princípio, diferenciando os princípios das regras e dando a eles uma nova roupagem, totalmente diversa da que lhes fora conferida pela categoria dos “princípios gerais do direito”<sup>266</sup>.

Essa concepção denota que contemporaneamente se tem uma outra compreensão de Constituição, diversa da que se tinha no início das Cartas Liberais, eis que este novo constitucionalismo lhes confere um papel central no sistema jurídico<sup>267</sup>. A esse fenômeno se denominou constitucionalização do direito<sup>268</sup>, percebido intensamente no direito privado.

## **Seção II. Da subsidiariedade dos princípios gerais do direito ao papel central conferido aos princípios jurídicos**

Uma das principais consequências do fenômeno da constitucionalização do Direito foi a alteração sobre a concepção, sentido e papel conferido aos princípios, que de meros coadjuvantes passaram a protagonistas deste novo cenário jurídico. Historicamente os princípios gozaram de distintos momentos no que diz respeito à

---

<sup>265</sup> O professor Paulo Bonavides descreve o que entende por direitos fundamentais de quinta geração, que envolveriam os decorrentes da normatividade efetiva conferida à paz (que diferem da paz abstrata tratada como direito de terceira geração): “Com esse círculo de abrangência dos direitos fundamentais ainda há espaço para erguer a quinta geração, que se nos afigura ser aquela onde cabe o direito à paz, objeto das presentes reflexões.” (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. *Op. cit.*, p. 584)

<sup>266</sup> A alteração do entendimento sobre princípios e a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas serão analisadas mais detidamente nas próximas seções.

<sup>267</sup> TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. *A Caminho de um Direito Civil Constitucional*. *Op. cit.*, p. 29.

<sup>268</sup> “Essa constitucionalização do Direito, potencializada por algumas características associadas ao contexto filosófico do pós-positivismo – centralidade da idéia de dignidade humana e dos direitos fundamentais, desenvolvimento da nova hermenêutica, normatividade dos princípios, abertura do sistema, teoria da argumentação –, tem tornado o debate jurídico atual extremamente rico e instigante. Nele têm-se colocado temas que definirão o futuro da Constituição, dentre os quais: o papel do Estado e suas potencialidades como agente de transformação e promoção dos direitos fundamentais; a legitimidade da jurisdição constitucional e da judicialização do debate acerca de determinadas políticas públicas; a natureza substantiva ou procedimental da democracia e o conteúdo das normas constitucionais que a concretizam, para citar apenas alguns exemplos.” (BARROSO, Luís Roberto **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. *Op. cit.*, p. 86)



relevância com que eram tratados pelo Direito<sup>269</sup>. A antigüíssima categoria dos *princípios gerais do direito* viu alterar sua relação com a aplicação do direito em diversos modos, nas mais variadas épocas<sup>270</sup>.

Parte da doutrina divide a temática dos princípios em três grandes períodos, com diferentes concepções sobre o seu significado e papel no sistema, que poderiam ser assim denominados: jusnaturalista, positivista e pós-positivista<sup>271</sup>.

A fase jusnaturalista entendia os princípios a partir de uma visão abstrata e metafísica<sup>272</sup>, vinculados a uma dimensão ético-valorativa do Direito<sup>273</sup>. Sustentava a existência de um direito anterior à própria lei. No campo da *práxis*, concedia certo espaço para aplicação dos princípios gerais de direito de forma incidental, mas era feito de modo imprevisível e assistemático<sup>274</sup>.

Entretanto, com a implantação do projeto jurídico moderno, recrudescer a importância conferida à lei, esta no sentido de direito expressamente positivado,

<sup>269</sup> Sobre uma análise histórica dos princípios gerais do direito, remete-se o leitor à obra de Limongi França, cuja primeira edição data de 1963, e que recebeu recente atualização e publicação: FRANÇA, R. Limongi. **Princípios Gerais do Direito**. 3. ed., rev. e atual. Atualização de Antonio de S. Limongi França e Flávio Tartuce. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Especialmente o Título I “Dos Princípios Gerais de Direito, como regra normativa, no Direito dos Povos Cultos”, p. 29-85.

<sup>270</sup> “Com relação a esta fase do envolver histórico dos Princípios Gerais do Direito, o que nos parece mais importante acentuar é o fato de que, se no Direito Romano eles tiveram força de lei, através sobretudo da sua consagração no ‘*De Diversis Regulis Iuris Antiqui* [...]’ (FRANÇA, R. Limongi. **Princípios Gerais do Direito**. *Op. cit.*, p. 38)

<sup>271</sup> Periodicização adotada por Paulo Bonavides: “A juridicidade dos princípios passa por três distintas fases: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista.” (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. *Op. cit.*, p. 259). Ainda que com outra terminologia, esses três grandes períodos são destacados na obra do professor Rubens Limongi França: “Assim, no que concerne à etiologia dos Princípios Gerais de Direito como norma coercitiva, vemos que respectiva linha de evolução, por assim dizer, veio a trifurcar-se”. (FRANÇA, R. Limongi. **Princípios Gerais do Direito**. *Op. cit.*, p. 40)

<sup>272</sup> “A primeira – a mais antiga e tradicional – é a fase jusnaturalista; aqui, os princípios habitam ainda esfera por inteiro abstrata e sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de idéia que inspira os postulados de justiça.” (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. *Op. cit.*, p. 259)

<sup>273</sup> “Uma primeira abordagem negava caráter de autênticas normas jurídicas aos princípios. Por força da suposta natureza ‘transcendente’, ou em razão de seu conteúdo e vagueza, bem como pela formulação através de dispositivos destituídos de sanção (imediate), eram os princípios qualificados como meras exortações, preceitos de ordem moral ou política, mas não verdadeiros comandos de Direito.” (ROTHENGURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p.13)

<sup>274</sup> “O *Jusnaturalismo*, que constitui ainda uma forma de involução da concepção clássica do Direito Natural, apresentou como ponto de partida do respectivo sistema *uma idéia abstrata de homem e da sua natureza*, de tal modo que, ao ver dos seus propugnadores, esse direito constituiria *um feixe de regras universalmente válidas e imutáveis*, das quais seria possível deduzir, *more geométrico*, as regras especiais aplicáveis ao caso concreto.” (FRANÇA, R. Limongi. **Princípios Gerais do Direito**. *Op. cit.*, p. 37).

restando pouco espaço para o campo dos princípios gerais do direito<sup>275</sup>. O paulatino distanciamento do Direito da moral (alardeado pela Escola da Exegese e sacramentado pelo positivismo jurídico) acabou por minimizar a importância dos princípios a partir do século XIX.

Maria Celina Bodin de Moraes descreve que,

[...] embora a idéia de 'princípios gerais de direito' tenha raízes profundas, uma vez que sob a concepção jusnaturalista os princípios eram emanações de um direito ideal, abstrato e metafísico, e no contexto positivista eram considerados fontes subsidiárias – como consta no art. 4º da ainda vigente Lei de Introdução ao Código Civil [...].<sup>276</sup>

Nesse segundo período, denominado positivista, os princípios eram considerados uma fonte subsidiária integrativa do sistema de direito positivo. Restavam basicamente vinculados a uma dimensão axiológica, ética, ausentes de normatividade efetiva, e distantes de uma aplicação direta no caso concreto. Havia uma distinção entre normas e princípios, de modo que aos últimos não lhes era conferida a aura da normatividade. A única remissão aos princípios era como forma subsidiária a ser utilizada apenas em casos de lacuna da lei, quando exerceriam certa função integrativa.

Exemplo claro dessa percepção sobre princípios pode ser demonstrado pela análise da forma de interpretação e aplicação do direito sustentada pela civilística brasileira clássica (prevalecente no início e em grande parte do século XX). Por esse entendimento, era admitido apenas o recurso subsidiário à categoria dos denominados *princípios gerais do direito*, ou seja, somente quando da ausência de lei expressa e de outros elementos que auxiliassem na decisão. O recurso aos *princípios gerais do direito* na solução do caso concreto deveria ser evitado, ocorrendo apenas pontualmente, quando inexistisse outra opção prévia eleita pelo legislador, sendo tímido e delimitado seu papel.

---

<sup>275</sup> “Mas o juspositivismo, ao fazer dos princípios na ordem constitucional meras pautas programáticas supraleais, tem assinalado, via de regra, a sua carência de normatividade, estabelecendo, portanto, a sua irrelevância jurídica.” (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. *Op. cit.*, p. 263)

<sup>276</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. VII.

No Brasil, essa configuração restava externada pela própria redação da então denominada Lei de Introdução ao Código Civil (atualmente Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)<sup>277</sup>:

**Art. 4º.** Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

Ou seja, apenas na inexistência de legislação a respeito do tema, na impossibilidade de utilização da analogia e na ausência de esclarecimento com o recurso aos costumes é que se recorreria, em último caso, aos princípios gerais do direito<sup>278</sup>. Prevalencia na doutrina o entendimento de que a ordem prevista na legislação deveria ser gradativamente utilizada, e apenas não se encontrando a solução nas categorias anteriores é que seria possível a utilização dos *princípios gerais do direito*, conforme descreve Carlos Maximiliano:

Relativamente ao Direito escrito, como também aos usos, costumes e atos jurídicos, seguir-se-á a gradação clássica, formulada, em parte, pelo Código Civil: depois de apurar a inutilidade, para o caso vertente, dos métodos adotados para descobrir o sentido e alcance dos textos, e de verificar também que os caracteres da hipótese em apreço não comportam o emprego do processo analógico; terá pleno cabimento, em último grau, o recurso aos princípios gerais do Direito<sup>279</sup>.

Portanto, entendiam-se tais princípios como meros recursos subsidiários, utilizados apenas em situações limitadíssimas, que muitas vezes significavam apenas invocação de um brocardo jurídico ou de uma expressão latina. O papel conferido aos *princípios gerais do direito* nessa formatação – que bem representava a leitura positivista – era efetivamente pouco expressivo.

A *teoria pura do direito* de Hans Kelsen<sup>280</sup> praticamente não tratava dos princípios, o que refletia a baixa relevância que era conferida aos princípios jurídicos nessa tese. Apesar de não discorrer sobre os princípios na sua teoria jurídica,

<sup>277</sup> Decreto-lei nº 4.567, de 4 de setembro de 1942, com a denominação alterada pela Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010.

<sup>278</sup> “Quando a analogia e o costume falham no preenchimento da lacuna, o magistrado supre a deficiência da ordem jurídica adotando *princípios gerais de direito*, que são cânones que foram ditados pelo elaborador da norma, explícita ou implicitamente, sendo que, nesta última hipótese, estão contidos de forma imanente no ordenamento jurídico”. (DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**. 16. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 147)

<sup>279</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 246.

<sup>280</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. *Op. cit.*, p. 33-60.

Kelsen até admitia a utilização de outros elementos no momento da aplicação da norma (tais como valores, justiça etc.), mas estes restariam para além do campo jurídico, ou seja, não gozariam de normatividade<sup>281</sup>. Cumpre registrar também que, embora Hans Kelsen negasse normatividade aos princípios (daí o motivo de não considerá-los na sua teoria do direito), não ignorava o tema, eis que chegou a travar debates doutrinários sobre princípios com diversos autores em outras obras suas (sempre negando sua juridicidade).

Durante longo período de vigência do direito moderno, apenas tímida e subsidiariamente se admitia o recurso aos princípios, sempre de modo restrito para os casos de lacuna na ausência de lei expressa. Nesse contexto, prevalecia ainda a denominação *princípios gerais do direito*, que indicava sua utilização pontual e sempre de modo secundário.

A teoria positivista de Herbert Hart<sup>282</sup>, certamente já mais sofisticada do que a de seu antecessor, consiste em obra que agrega o desenvolvimento relevante da *norma de reconhecimento*, avança na distinção entre *normas primárias* e *secundárias* e discorre sobre a discricionariedade no momento do julgamento do caso concreto. Essa versão da teoria positivista foi inegavelmente uma das mais refinadas do ponto de vista teórico. Entretanto, sua estruturação inicial não contemplava de modo expresso os princípios<sup>283</sup>. Apenas após a ferrenha crítica proferida por Ronald Dworking<sup>284</sup>, para quem a assimilação dos princípios seria

---

<sup>281</sup> Em que pese não tratasse explicitamente dos princípios jurídicos na sua teoria pura do direito, ao discorrer sobre a interpretação e aplicação do direito (no famoso último capítulo de sua obra clássica) Hans Kelsen admite que o julgador pode recorrer a outros elementos para além da norma jurídica no acerto do caso concreto. O que, portanto, de acordo com sua teoria pura escapariam ao direito: “Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o acto a pôr, possa ter ainda lugar uma actividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter a sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes, como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc. Do ponto de vista do Direito Positivo, nada se pode dizer sobre sua validade e verificabilidade. Deste ponto de vista, todas as determinações desta espécie apenas podem ser caracterizadas negativamente: são determinações que não resultam do próprio Direito Positivo.” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. *Op. cit.*, p. 393)

<sup>282</sup> HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 344 e ss.

<sup>283</sup> Embora Hart registre que sua teoria admitia a inserção de valores (e não apenas fatos, como o acusam): “Em primeiro lugar, como já deixei afirmado, a minha teoria não é uma teoria meramente factual do positivismo, uma vez que, entre os critérios do direito, admite valores e não apenas «meros» factos.” (HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. *Op. cit.*, p. 310)

<sup>284</sup> “Desse modo, não é possível adaptar a versão de Hart do positivismo, modificando sua regra de reconhecimento para incluir os princípios. Nenhum teste de *pedigree* que associe princípios a atos que geram legislação pode ser formulado nem seu conceito de direito oriundo do costume, em si mesmo uma exceção à primeira tese do positivismo, pode ser tornado útil sem o abandono

incompatível com os pressupostos da regra de reconhecimento (de modo que a aceitação dos princípios acabaria por colocar em xeque as vigas centrais dessa teoria), é que Hart discorre detidamente sobre o tema.

No pós-escrito da obra *O Conceito de Direito* é que seu autor respondeu às críticas recebidas, tecendo algumas considerações sobre princípios, e expressamente admitiu esse defeito em sua obra inicial<sup>285</sup>. Nessa *separata*, Hart aceitou a inserção explícita dos princípios, bem como não viu problemas em que fossem admitidos pela regra de reconhecimento que orienta sua tese, eis que estes poderiam ser capturados por critérios de *pedigree*, concluindo que “assim, a incompatibilidade que Dworkin postula, entre a admissão dos princípios como parte do direito e a doutrina de uma norma de reconhecimento, certamente não existe”<sup>286</sup>.

Nos debates com seus críticos, Hart admitiu expressamente os princípios e defendeu sua distinção com as regras, que se daria mesmo em uma questão de *grau*, considerando até que os próprios princípios exigiriam a existência de uma regra de reconhecimento para sua correta percepção no sistema. Herbert Hart não via qualquer incompatibilidade na utilização desta concepção de princípios jurídicos (com uma leitura que lhe confere maior corpo e certa relevância) com o seu *soft positivism*<sup>287</sup>, eis que com as adaptações que realizou inexisteria qualquer incompatibilidade entre a utilização dos princípios e os critérios centrais da sua teoria.

Ainda que seja um avanço e sinalize aspecto seminal do que aparecerá nas doutrinas que vão se desenvolver a partir de então, Hart não se estendeu sobre as demais consequências que adviriam da aceitação de uma teoria dos princípios forte sobre seus postulados teóricos. Ou seja, admitia e discorria sobre a categoria dos princípios jurídicos; apesar disso, ainda mantinha os princípios como categoria de certo modo tímida e compartimentada, que também estaria sujeita a uma regra

---

integral da tese.” (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 69)

<sup>285</sup> No pós-escrito desta obra H. Hart admitiu a relevância da crítica: “A crítica mais conhecida feita por Dworkin a este livro é, há muito tempo, a de que ele representa erroneamente o direito como constituído apenas por normas do tipo ‘tudo ou nada’, e que ignora uma espécie diferente de padrão jurídico, isto é, os princípios jurídicos, que representam papel importante e característico no raciocínio jurídico e na decisão judicial.” (HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. *Op. cit.*, p. 334)

<sup>286</sup> HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. *Op. cit.*, p. 342.

<sup>287</sup> Essa adjetivação da teoria positivista de H. Hart – considerada tênue na comparação com as demais desenvolvidas naquele período – foi cunhada por parte da doutrina e aceita pelo seu destinatário, que chega a citá-la expressamente no seu célebre *pós-escrito*.

própria de reconhecimento (a adoção pelos tribunais) e possuiria papel dogmático limitado e restrito.

A *teoria do ordenamento* de Norberto Bobbio<sup>288</sup> ainda mantinha os princípios sobre a pávida categoria de *princípios gerais do direito*, como mero elemento de autointegração do sistema, mas lhes reconhecia normatividade, eis que para esse autor italiano seriam normas do sistema: “para mim não resta dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras”<sup>289</sup>. Ao analisar a legislação italiana (que também trazia os princípios como um dos elementos integrativos em casos de lacuna do sistema), Bobbio declara que, na sua concepção, tal previsão legal se destinaria aos princípios não expressos (visto que para os expressos tal previsão legal seria despicienda, porque eles já seriam normas). Seu posicionamento, admitindo até mesmo princípios implícitos, fica claro na seguinte passagem:

Ao lado dos princípios gerais expressos existem os não expressos, ou seja, aqueles que podem ser extraídos por abstração de normas específicas ou ao menos não muito gerais: são princípios, ou seja, normas generalíssimas, formuladas pelo intérprete, que busca compreender, comparando normas aparentemente diferentes entre si, aquilo que comumente se chama de espírito do sistema. Perguntamo-nos se os princípios gerais de que fala o art. 12 são apenas os não expressos ou também os expressos: consideramos que são apenas os não expressos. O art. 12 se refere às lacunas e aos meios para completá-las: uma vez que os princípios gerais são expressos; uma vez que, como dissemos, são normas como todas as outras, não se pode falar de lacunas.<sup>290</sup>

O reconhecimento da normatividade dos princípios por parte da teoria do ordenamento de Bobbio merece relevo, bem como a aceitação que se refere especificamente aos ditos princípios não expressos (implícitos), que poderiam representar o “espírito do sistema”. Em que pesem tais avanços pontuais para o momento jurídico de então, ainda era restrita sua utilização para os casos lacunosos, ou seja, apenas quando o sistema não trouxesse regramento explícito sobre o tema<sup>291</sup>.

<sup>288</sup> Republicada no Brasil em obra própria, que engloba também a sua Teoria da Norma: BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

<sup>289</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. *Op. cit.*, p. 297.

<sup>290</sup> *Idem*, p. 298.

<sup>291</sup> Registre-se que Norberto Bobbio (tal como Kelsen) também discorria em vários escritos seus sobre a importância dos valores e diversos outros temas correlatos, entretanto, não os agasalhava com intensidade na explicitação inicial da sua teoria jurídica (a teoria do ordenamento jurídico) – o que refletia suas leituras positivistas do direito.

O primeiro teórico do direito a conceber explicitamente um papel central aos princípios na teoria do direito foi Ronald Dworkin<sup>292</sup>, que em sua obra passou a defender a distinção entre princípios e regras<sup>293</sup>, bem como concedeu um papel vital aos primeiros na assimilação, interpretação e aplicação do direito (até então vistos como momentos distintos). Esse autor sustentou que existem dois tipos de normas jurídicas (regras e princípios) havendo uma diferente dimensão entre elas. As regras se aplicariam na lógica do tudo-ou-nada, ou seja, ou incidem integralmente em certa questão ou não incidem.

A diferença entre princípios jurídicos e regras é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicadas à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.<sup>294</sup>

Já os princípios poderiam incidir com maior ou menor intensidade em determinada situação, amoldando-se de acordo com o caso concreto em análise. Ou seja, os princípios poderiam incidir com maior ou menor intensidade, ou até mesmo não incidir, sem que isso afetasse sua estrutura ou papel no ordenamento.

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso ou importância. Quando os princípios se cruzam [...] aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força de cada um. [...] As regras não têm essa dimensão<sup>295</sup>.

Toda a tese dos direitos de Dworkin foi desenvolvida com base na centralidade que ele concedia aos princípios jurídicos, alterando o entendimento secundário que lhe era conferido anteriormente. O papel vital proporcionado aos princípios nessa teoria alterou o modo de leitura e aplicação do ordenamento na sua totalidade<sup>296</sup>. Os princípios não passariam mais a atuar apenas em casos lacunosos,

<sup>292</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. *Op. cit.*, p. 23 e ss.

<sup>293</sup> *Idem*, p. 113-125.

<sup>294</sup> *Idem*, p. 39.

<sup>295</sup> *Idem*, p. 42-43.

<sup>296</sup> Ao explicitar sua tese do *direito como integridade*, o autor esclarece a importância do tema. “O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas.” (DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2. ed. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 291)

mas deveriam ser analisados prioritariamente na análise e acertamento dos casos, com outras estruturas e funções, sendo a relevância dos princípios jurídicos marca indelével da teoria do *direito como integridade*<sup>297</sup>.

Prosseguindo com essa distinção entre princípios e regras, Robert Alexy<sup>298</sup> aprimorou ainda mais o conceito, definindo princípios como *mandamentos de otimização*, e discorreu sobre como se daria a diferenciação.

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de tal satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes<sup>299</sup>.

Ou seja, é possível notar um aprofundamento da distinção entre princípios e regras suscitada por Dworkin, com um refinamento teórico de como se daria na prática. Para ressaltar a especificidade que seria inerente às regras e não se perceberia nos princípios, Alexy definiu regras como determinações fáticas e jurídicas.

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a destinação entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio<sup>300</sup>.

Portanto, para Robert Alexy, a distinção entre regras e princípios seria qualitativa e não quantitativa, prosseguindo com a análise da diferenciação defendida a partir do estudo dos *conflitos de regras* e *colisões de princípios*. O tema é tratado por Dworkin e Alexy, sendo que ambos sustentaram que a solução se dará de modo diverso para cada uma das espécies de norma.

Em um caso de *conflito de regras* (duas regras prescrevendo comandos conflitantes), a única solução possível seria a inclusão de uma cláusula de exceção

<sup>297</sup> Essa tese – do direito como integridade – foi desenvolvida por Ronald Dworkin e sustenta, entre outros, que o direito deve ser visto como um processo em desenvolvimento, construído de acordo com os pressupostos contemporâneos e opções eleitas por aquela coletividade envolvida. A análise do direito, na sua integridade, envolve de forma inarredável a consideração central dos princípios. (DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. *Op. cit.*, p. 312-313)

<sup>298</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90-91.

<sup>299</sup> *Idem*, p. 90.

<sup>300</sup> *Idem*, p. 91.



em uma delas, ou, então, uma delas deveria ser excluída do ordenamento (em face da sua incompatibilidade com a outra). Já no caso de *colisão entre princípios*, a solução dar-se-ia de modo totalmente diverso.

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção.<sup>301</sup>

O que ocorreria com os princípios é que um deles poderia ter mais prevalência que outro em determinado caso concreto, “tem precedência em face do outro sob determinadas condições”, nas palavras do próprio Alexy. Princípios teriam pesos diferentes e os com maior peso teriam precedência sobre os outros, naquela determinada situação específica (aqui resta claro como Alexy adota a dimensão de peso de Dworkin).

Pode-se afirmar que, para ambos os autores, conflitos entre regras ocorreriam na dimensão da validade; já colisões entre princípios ocorreriam na dimensão de peso, sendo esta a distinção essencial para espantar qualquer dúvida quanto ao tratamento diferenciado dessas duas categorias<sup>302</sup>.

As distinções entre princípios e regras poderiam ser sustentadas sob diversos aspectos<sup>303</sup>: do ponto de vista do seu *conteúdo* (os princípios tratariam geralmente de um valor; já as regras de uma conduta), da sua *estrutura* (regras descreveriam o ato e as consequências; já os princípios apenas iriam prever um certo *estado ideal*) e ainda quanto à *aplicação* (regras se aplicariam na lógica do tudo ou nada, basicamente pela subsunção; já os princípios funcionariam como mandamentos de otimização, acertando-se pela ponderação<sup>304</sup>).

<sup>301</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. *Op. cit.*, p. 93.

<sup>302</sup> “As regras interpretam-se; os princípios concretizam-se. As regras adaptam-se aos modelos tradicionais de interpretação; os princípios apontam para os modelos de concretização e ponderação.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Princípios: Entre a Sabedoria e a Aprendizagem*. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, v. LXXXII. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 13)

<sup>303</sup> Sobre a distinção entre princípios e regras: FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 229-231.

<sup>304</sup> Diversos estudos passam a verticalizar a análise da ponderação, o que foi intenso também no Brasil. Registre-se a posição de: BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação Racionalidade e atividade jurisdicional*. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 264-281.

Na teoria analítica de Alexy, é possível notar a forte influência da tese de Dworkin, que, de certo modo, é recebida e aprimorada. Esses dois autores podem ser considerados precursores desse novo entendimento que se disseminou nas teorias do direito sobre princípios jurídicos, pelo qual estes passam a exercer um papel cada vez mais relevante no sistema jurídico<sup>305</sup>.

Após a difusão de tais aportes teóricos, é possível vislumbrar a fase pós-positiva dos princípios. A partir de então os princípios foram vistos de outro modo, com novos papéis, e passaram a ser admitidos nas teses de diversos outros autores. Até mesmo parte da doutrina positivista cedeu e conferiu certo espaço para os princípios, embora tenha sempre procurado delimitá-los à estrutura rígida que sustenta.

Os próprios críticos das teses de Dworkin e Alexy – que não são poucos – reconhecem, de certo modo, que a nova formatação adotada por diversos ordenamentos, bem como a aplicação do direito efetuada a partir da metade do século passado, certamente perpassa pela nova roupagem que é conferida aos princípios<sup>306</sup>.

Houve a passagem da importância periférica dos *princípios gerais do direito*, que restavam limitados a uma aplicação subsidiária em casos de lacuna, para a centralidade do sistema jurídico (o que se manifesta de forma patente no caso dos princípios constitucionais<sup>307</sup>). Essa concepção central conferida aos princípios nas teorias do direito foi paradigmática e refletiu o momento que restou conhecido como pós-positivista. Paulo Bonavides trata do tema a partir da perspectiva constitucional:

<sup>305</sup> “A mudança de paradigma nesta matéria deve especial tributo às concepções de Ronald Dworkin e Robert Alexy. A conjugação das idéias desses dois autores dominou a teoria jurídica e passou a constituir o conhecimento convencional da matéria.” (BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 338)

<sup>306</sup> Digna de nota é a tese desenvolvida por Humberto Ávila, a qual sustenta que além das regras e princípios deve-se compreender uma terceira categoria dogmática, a dos postulados normativos: “Enquanto a doutrina refere-se à proporcionalidade e à razoabilidade ora como princípios, ora como regras, este trabalho critica estas concepções e, aprofundando trabalho anterior, propõe uma nova categoria, denominada categoria dos *postulados normativos aplicativos*.” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: Da definição à aplicação da teoria dos princípios**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 27)

<sup>307</sup> “Parece, assim, que os princípios constitucionais outros não são que os ‘velhos conhecidos’ princípios gerais de Direito (*de um determinado Direito*, historicamente situado), agora dignamente formulados através das normas supostamente mais altas do ordenamento jurídico”. (ROTHENGURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. *Op. cit.*, p. 15)

A terceira fase, enfim, é a do pós-positivismo, que corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas do século XX. As novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual se assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.<sup>308</sup>

A alteração no entendimento do que sejam princípios, bem como a assimilação de que exercem um papel diferenciado no ordenamento e na aplicação do direito ao caso concreto<sup>309</sup>, trouxe consequências nos debates desenvolvidos a partir de então<sup>310</sup>. Não se pode negar que a perspectiva principiológica desenvolvida permitiu uma retomada da interlocução do Direito com a moral e, de certo modo, com a filosofia, a sociologia e a política. A ativação deste saudável influxo interdisciplinar permitiu a possibilidade de busca pela superação da antiga dicotomia direito positivo x direito natural, com os princípios exercendo o papel de tradutor neste diálogo.

A abertura concedida pelo novo formato dos princípios viabiliza o contato do ordenamento jurídico com os objetivos e valores daquela sociedade, que restou um pouco esquecido nos anos em que imperou a defesa de uma suposta pureza e neutralidade da ciência jurídica<sup>311</sup>. O percurso percorrido é destacado por Luís Roberto Barroso:

Como já assinalado, os princípios jurídicos, especialmente os de natureza constitucional, viveram um vertiginoso processo de ascensão, que os levou de fonte subsidiária do Direito, nas hipóteses de lacuna legal, ao centro do sistema jurídico. No ambiente pós-positivista de reaproximação entre o Direito e a Ética, os princípios constitucionais se transformaram na porta de entrada dos valores dentro do universo jurídico. Há consenso na dogmática

<sup>308</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. *Op. cit.*, p. 264.

<sup>309</sup> Essa importância teórico-prática dos princípios é desenvolvida, entre outros, por Castanheira Neves, conforme percebe J. J. Gomes Canotilho, que nesta passagem tributa tal concepção ao seu colega de Coimbra: “No quadro de uma crítica arrasadora à teoria subsuntiva da aplicação do direito e de uma reposição crítica da juridicidade, ele ensinou-nos que os princípios, enquanto normas, não poderiam prescindir de um esforço de fundamentação axiológico normativo, ou seja, de uma verdadeira e objectiva intenção de validade. Mas não só isso: os princípios são convocados são convocados no âmbito da *aplicação concreta* do direito.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Princípios: Entre a Sabedoria e a Aprendizagem*. *Op. cit.*, p. 9)

<sup>310</sup> “Portanto, observa-se que na fase pós-positivista, os princípios passam a caracterizar o próprio ‘coração das Constituições’, iluminando a leitura de todas as questões da dogmática jurídica, que devem passar pelo processo de filtragem constitucional axiológica.” (SCHIER, Paulo Ricardo. *Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 259)

<sup>311</sup> Esta é a percepção de Eros Roberto Grau; “O projeto de (re)construção de *um direito que se possa ver, ensinar e aplicar como o lídimo sistema normativo do Estado Democrático* supõe a substituição da racionalidade formal do direito por outra, que, segundo penso, repousa sobre os *princípios*. Neles, o conteúdo das formas jurídicas.” Afirmação constante do prefácio da primeira edição da obra de Juarez Freitas: FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. *Op. cit.*, p. 15.

jurídica contemporânea de que princípios e regras desfrutam igualmente do *status* de norma jurídica, distinguindo-se uns dos outros por critérios variados [...].<sup>312</sup>

O estudo do Direito, de forma paulatina, passou a se aproximar da filosofia, da sociologia e da política, sendo saudavelmente influenciado pelas inovações resultantes das novas teorias que se desenvolvem também nessas searas. A superação do modelo positivista puro pode permitir a desejável intercomunicação entre o Direito e os axiomas e objetivos eleitos como relevantes por determinada comunidade, sendo que neste *mister* os princípios possuem relevante função. Tal ordem de ideias possibilita afirmar que “o reconhecimento de normatividade aos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo”<sup>313</sup>.

A partir disso, a doutrina passou a verticalizar o estudo sobre a teoria dos princípios, a ponto de perceber outras características possíveis de serem agregadas a este instituto, na sua leitura pós-positivista. Dentre as diversas consequências que resultaram dessas teses principiológicas ora descritas, duas delas merecem breve consideração: a primeira diz respeito ao reconhecimento da *relatividade* dos princípios jurídicos; a segunda refere-se à aceitação de uma principiológica implícita.

A primeira decorre do fato de que a partir destes pressupostos teóricos não é possível mais sustentar que os princípios jurídicos reflitam conceitos metafísicos, perenes, fixos ou a-históricos, como se chegou a pensar. Na esteira das lições dos autores acima descritos – merecendo destaque as concepções de R. Dworkin –, resta evidente que os princípios retratam opções de determinada sociedade em um dado momento histórico. Os entendimentos sobre quais são e o que refletem os princípios jurídicos são transitórios, e variáveis de acordo com diversos elementos que caracterizam e influenciam cada corpo social<sup>314</sup>.

---

<sup>312</sup> BARROSO, Luís Roberto **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. *Op. cit.*, p. 317.

<sup>313</sup> *Idem*, p. 310.

<sup>314</sup> Fenômeno que também é percebido por Eros Roberto Grau ao tratar da interpretação da Constituição: “O texto constitucional regula *uma ordem histórica e concreta* e a definição da Constituição só pode ser obtida a partir de sua inserção na realidade histórica. (Bercovici 1999:35). A Constituição é a ordem jurídica fundamental de uma dada sociedade em um determinado momento histórico e, como ela é um dinamismo (Grau, 2008:168), é *contemporânea da realidade*. Assim, porque quem escreveu o texto da Constituição não é o mesmo que o interpreta/aplica, que o concretiza, em verdade não existe a Constituição, do Brasil, de 1988. O que realmente hoje existe, aqui e agora, é a *Constituição do Brasil, tal como hoje, aqui e agora*,

Os princípios – tais quais os demais institutos jurídicos, mas quiçá aqueles com maior intensidade – sofrem influxos políticos, filosóficos, sociológicos, sociais e econômicos de determinada coletividade. Conseqüentemente, são objeto de construção no embate cotidiano das ideias, conforme lição de Mota Pinto, ao discorrer sobre princípios no direito civil:

O direito civil vigente, modelado segundo determinados princípios, *não está dotado de uma validade eterna e universal*, à semelhança do tão discutido *direito natural*. Nem sequer os seus princípios fundamentais se podem pretender, com segurança, válidos para todos os ordenamentos jurídicos e em todas as épocas. [...] Por outro lado, este quadro de princípios, que fundamenta e retrata sinteticamente o direito civil actual, *não brotou por espontânea geração* no solo da vida social de hoje. Trata-se de um *produto histórico*, em cuja gestação concorrem opções fundamentais sobre a organização econômica e social e mesmo sobre a concepção do Homem. Opções, cuja gestação, por sua vez, é determinada pelos dados sociológicos, culturais e históricos que condicionam toda a organização da sociedade em cada momento e em cada lugar.<sup>315</sup>

O reconhecimento de que os princípios são objeto de construção do discurso jurídico é vital para compreensão do seu papel na contemporaneidade. A *gestação* de um princípio se faz no embate teórico-jurisprudencial, sendo o resultado destas discussões o que dita quais princípios são vigentes ou não para determinado sistema jurídico e, ainda, o que significam tais princípios adotados para aquela comunidade naquele momento.

A segunda consequência aqui propositadamente ressaltada diz respeito à principiologia implícita, que sustenta a possibilidade da existência de princípios jurídicos que não estejam expressamente positivados no ordenamento, mas que podem ser extraídos dele<sup>316</sup>. Partindo da ideia de que o Direito não se expressa apenas com a lei posta, sendo possível assimilar outras formas de expressões a partir do ordenamento, e para além dele, Robert Alexy admite tal possibilidade ao desenvolver sua teoria.

A contraposição dos princípios enquanto normas ‘desenvolvidas’, às normas ‘criadas’ deve-se à desnecessidade de que os princípios sejam

---

*está sendo interpretada/aplicada.*” (GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. *Op. cit.*, p. 282)

<sup>315</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. *Op. cit.*, p. 96.

<sup>316</sup> “Tratando-se de princípios básicos do direito civil, aceites e desenvolvidos pelas normas, dando-lhes um sentido e assinalando-lhes uma função, naturalmente que encontrarão guarida na Constituição: alguns com expressa consagração, outros nitidamente pressupostos por algumas normas constitucionais”. (PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. *Op. cit.*, p. 96-97)

estabelecidos de forma explícita, podendo decorrer de uma tradição de positivação detalhada e decisões judiciais que, em geral, expressam concepções difundidas sobre o que deve ser o direito.<sup>317</sup>

Essa “decorrência” do sistema jurídico é uma das características dos princípios implícitos, que seriam extraídos em um processo hermenêutico, que parte do ordenamento sem restar limitado ao seu texto. Papel relevante nessa construção dos princípios deve ser tributado à jurisprudência, que poderá contribuir decisivamente nesse processo, eis que está constantemente realizando uma interlocução do ordenamento com a realidade concreta.

Um dos autores brasileiros que dedica especial atenção ao tema é Eros Roberto Grau, que sustenta a existência da categoria dos princípios implícitos.

Em síntese, a ordem axiológica ou teleológica que o direito é compreende os princípios *explícitos* e os *implícitos*. Os primeiros são recolhidos do texto da Constituição ou da lei. Os segundos, *implícitos*, são descobertos em textos normativos do *direito posto* ou no *direito pressuposto* de uma determinada sociedade. Estes últimos são chamados de princípios gerais de direito. Não se confundem, insista-se, com os chamados princípios gerais do direito; a diferença entre ambos é qualitativa – ao cogitarmos de princípios de direito penetramos no plano do *discurso do direito*, deste direito; já ao cogitarmos dos princípios do direito estaremos situados no plano do *discurso jurídico*.<sup>318</sup>

Esta análise deixa clara a compreensão de que o Direito não envolve apenas a lei expressamente positivada, pelo Estado, mas sim engloba relações *pressupostas* que fundariam a ordem jurídica adotada pelo ente público, preexistindo a este direito formal-estatal. Dentre estas, se encontrariam os princípios implícitos (nesta classificação, princípios gerais de direito).

Tais princípios implícitos teriam a mesma normatividade, aplicação e relevância dos ditos explícitos, sendo passíveis de utilização na concretização do direito<sup>319</sup>. A revelação de um princípio implícito não é livre, devendo necessariamente estar lastreada no conjunto de expressões do Direito daquela determinada

<sup>317</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. *Op. cit.*, p. 109.

<sup>318</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. *Op. cit.*, p. 147.

<sup>319</sup> É possível perceber a aceitação de elementos extraordenamento no pensamento de J. J. G. Canotilho na seguinte passagem, a qual afirma que um dos papéis dos princípios seria permitir a integração entre os ‘argumentos constitucionais do direito posto’ e os ‘argumentos substantivos ou prático-gerais’: “Estas sugestões alertam-nos já para a necessidade de os princípios permanecerem no discurso geral como discurso prático implicador de integração de argumentos constitucionais ligados à autoridade do direito posto e de argumentos substantivos ou prático-gerais cuja força repousa no respectivo conteúdo.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Princípios: Entre a Sabedoria e a Aprendizagem*. *Op. cit.*, p. 6)

coletividade. Essa assunção leva à divisão dos princípios em dois grandes grupos: explícitos (expressamente adotados pelo ordenamento) e implícitos (que poderiam ser extraídos do sistema).

Consciência tomada da historicidade e de seu domicílio na intimidade do próprio ordenamento jurídico – vale dizer, a rejeição da visão mistificadora que enxerga os princípios enquanto máximas absolutas, transcendentes da própria humana contingência e situados para além e acima do Direito posto (nesse sentido Canotilho e Moreira 1997:71-2) –, percebe-se que eles podem apresentar-se explícitos (com maior nitidez e segurança, embora então limitados pelas possibilidades da linguagem) ou implícitos, mas, numa formulação como na outra, exercendo idêntica importância sistemática e axiológica.<sup>320</sup>

A compreensão dos princípios como objeto de construção do discurso jurídico, a partir da realidade e das demandas de determinada comunidade, bem como a aceitação de princípios implícitos ao ordenamento, pode permitir a aceitação da afetividade como princípio implícito do direito de família brasileiro. Cabendo, então, à doutrina e à jurisprudência elaborarem respostas coadunadas com o nosso atual quadro civil-constitucional.

A análise do sistema em sua totalidade permitiria perceber quais princípios foram implicitamente adotados por ele, consagrando a abertura axiológica que foi pretendida com o desenvolvimento da concepção sobre princípios jurídicos<sup>321</sup>. A principiologia implícita é uma característica resultante do aprofundamento dos estudos sobre princípios, e, embora não seja pacífica – eis que há forte resistência na doutrina à sua aceitação –, vem à baila nos debates que passam a ser travados sobre o tema<sup>322</sup>.

Na esteira do exposto, parece adequado o sentido de princípio adotado por Paulo Luiz Netto Lôbo:

<sup>320</sup> ROTHENGURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. *Op. cit.*, p. 54.

<sup>321</sup> Paulo Lôbo também admite normatividade aos princípios implícitos: “Um dos maiores avanços do direito brasileiro, principalmente após a Constituição de 1988, é a consagração da força normativa dos princípios constitucionais, explícitos e implícitos, superando o efeito simbólico que a doutrina tradicional a eles destinava.” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil**: Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010)

<sup>322</sup> Até mesmo a leitura de Marcos Bernardes de Mello, que parte da teoria de Pontes de Miranda, admite a existência de normas implícitas no sistema jurídico, ainda que seja outra sua perspectiva: “Diante disso, é claro que o direito de uma comunidade não se restringe à legislação, ou seja, às normas jurídicas explicitadas em textos legislativos escritos, mas envolve outras que existem de modo implícito integrando o sistema jurídico.” (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: Plano da Existência. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 30)

O princípio, por seu turno, indica suporte fático hipotético necessariamente indeterminado e aberto, dependendo a incidência dele da mediação concretizadora do intérprete, por sua vez orientado pela regra instrumental da equidade, entendida segundo formulação grega clássica, sempre atual, de justiça ao caso concreto. [...] Os princípios constitucionais são expressos ou implícitos. Estes últimos podem derivar da interpretação do sistema constitucional adotado ou podem brotar da interpretação harmonizadora de normas constitucionais específicas (por exemplo, o princípio da afetividade nas relações de família).<sup>323</sup>

O entendimento hodierno conferido à categoria dos princípios jurídicos indica uma saudável abertura do sistema jurídico e viabiliza sua aproximação da realidade concreta, o que adquire especial importância no trato das relações familiares<sup>324</sup>.

Todo esse desenrolar teórico-pragmático permite concluir que o fato de a temática dos princípios estar na ordem do dia dos juristas não pode ser negado a partir desse estágio, o que é percebido – embora criticamente – por Humberto Ávila:

Hoje, mais do que ontem, importa construir o sentido de delimitar a função daquelas normas que, sobre prescreverem fins a serem atingidos, servem de fundamento para a aplicação do ordenamento constitucional – os princípios jurídicos. É até mesmo plausível afirmar que a doutrina constitucional vive, hoje, a euforia do que se convencionou chamar de *Estado Principiológico*.<sup>325</sup>

Uma das críticas contundentes que são direcionadas às concepções desenvolvidas pelas teorias principiológicas – muitas vezes não sem razão – envolve a falta de apuro metodológico na forma de aplicação e ausência de critérios racionais de definição do conteúdo dos princípios<sup>326</sup>. Apesar destas críticas e de alguns possíveis excessos pontuais, é inegável que os temas trazidos com esse

<sup>323</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Parte Geral**. *Op. cit.*, p. 74-77.

<sup>324</sup> “Não por acaso o sistema jurídico é formado de regras e princípios, pois essa estrutura subsidia o equilíbrio necessário ao operador do direito. Se a regra não responde satisfatoriamente às demandas modernas, cabe então aos princípios este papel, mas sua utilização não pode ser feita de maneira desmesurada. Sua aplicação, ao contrário, não é meramente subjetiva e tampouco absoluta, encontrando limites nos outros princípios e no contato com a regra ética. Somente assim o direito de família traduzirá a dimensão da natureza democrática e igualitária que deve permear as relações de família, não esquecendo também o papel transformador e crítico impingido à jurisprudência.” (ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Os princípios constitucionais e sua aplicação nas relações jurídicas de família. In: \_\_\_\_\_; EHRHARDT JR., Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de (Coords.). **Famílias no direito contemporâneo**. Recife: Podvm, 2010. p. 45)

<sup>325</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. Da definição à aplicação da teoria dos princípios. *Op. cit.*, p. 23.

<sup>326</sup> “As ‘teorias dos princípios’ forneceram-nos o suporte científico para a construção do direito constitucional como um sistema aberto de regras e princípios. Deve reconhecer-se, porém, que, no plano metodológico, os resultados dos esquemas principais estão longe de ser inteiramente convincentes.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Princípios: Entre a Sabedoria e a Aprendizagem**. *Op. cit.*, p. 13)



renovado entendimento sobre o conteúdo e papel dos princípios jurídicos, principalmente a partir dos princípios constitucionais, irão se incorporar à doutrina jurídica contemporânea<sup>327</sup>. Ao adentrar na seara constitucional, os princípios gerarão outros desdobramentos, irradiando-se para todo o sistema<sup>328</sup>.

No quadro do pós-positivismo<sup>329</sup>, a principiologia constitucional gozará de uma centralidade de tal monta que não permitirá que ela seja ignorada pelas outras áreas do direito, exigindo – a partir de então – tratamento dos temas por ela trazidos pelos diversos ramos. Um deles certamente é o relativo aos direitos fundamentais, particularmente sobre sua incidência nas relações privadas.

### Seção III. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas

O fim da dicotomia entre direito público e privado, a superação da visão liberal-burguesa de que as normas constitucionais seriam apenas protetivas em face do Estado, o desenvolvimento da teoria dos princípios e o novo constitucionalismo contemporâneo (com seu vasto rol de direitos, princípios e garantias e com a admissão de eficácia às disposições constitucionais) acabaram por trazer a lume outra interessante e intrigante questão: a irradiação e a forma de eficácia dos direitos fundamentais perante os particulares<sup>330</sup>.

---

<sup>327</sup> “Além disso, os próprios princípios gerais do direito, aos quais a doutrina privatística costuma freqüentemente recorrer, não podem mais ser considerados como princípios morais ou princípios supra ou extrajurídicos, mas uma expressão dos próprios princípios constitucionais”. (SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 27)

<sup>328</sup> Sobre princípios constitucionais: ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. 2. ed., rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 109-159.

<sup>329</sup> “O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica* constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazer parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.” (BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Op. cit.*, p. 336)

<sup>330</sup> Sobre a distinção possível entre o termo *direitos humanos* e a denominação que passou ser corrente *direitos fundamentais*, Ingo W. Sarlet é esclarecedor: “Em que pese ambos os termos (‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos do direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de

Houve um crescente reconhecimento da centralidade e relevância dos direitos fundamentais constitucionais, tidos como representativos dos pontos fundantes de determinada sociedade, pelo que mereceriam papel de destaque e tratamento diferenciado pela teoria jurídica<sup>331</sup>. Superou-se a visão meramente subjetiva e abstrata de tais direitos, e se lhes reconheceu também uma dimensão objetiva, que permitiu sua concretude e efetivação. Paralelamente, percebeu-se que não seriam opostos apenas em face do Estado, mas, sim, poderiam ser utilizados como garantias plenas, até mesmo perante outros particulares, o que alterou a fisionomia do que se entende por *jusfundamentais*.

Em consonância com os pressupostos vigentes após a constitucionalização do Direito, o entendimento passava a ser outro, como resume Daniel Sarmento:

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais prende-se ao reconhecimento de que neles estão contidos os valores mais importantes de uma comunidade política. Estes valores, através de princípios constitucionais que os consagram, penetram por todo o ordenamento jurídico, modelando normas e institutos, e impondo ao Estado deveres de proteção. Assim, já não basta que o Estado se abstenha de violar os direitos humanos. É preciso que ele aja concretamente para protegê-los de agressões e ameaças de terceiros, inclusive daquelas provenientes de atores privados.<sup>332</sup>

Essa compreensão teve relevância na estruturação do Direito e na leitura das demais categorias jurídicas, provocando reflexos e adaptações<sup>333</sup>. A primeira delas foi que o Estado não deveria apenas se abster de ofender um direito

sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. *Op. cit.*, p. 29)

<sup>331</sup> “Em decorrência da constitucionalidade, houve a chamada *revolução copernicana* no âmbito dos direitos fundamentais: ‘não são os direitos fundamentais que se movem no âmbito da lei’, mas a lei que se move no âmbito dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais ‘emancipam-se’ da lei; autonomizam-se ante a lei; sua consistência jurídica, formal e substantiva, não mai depende da lei. Os direitos fundamentais, cessada a ‘menoridade jurídica’, conquistam o *status* de autênticos direitos jurídico-constitucionais. Finalmente, a Constituição é *fonte direta e imediata* dos direitos fundamentais.” (STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 80-81)

<sup>332</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. *Op. cit.*, p. 140.

<sup>333</sup> “A dogmática dos direitos fundamentais, enquanto disciplina jurídica prática, visa, em última instância, a uma fundamentação racional de juízos concretos de dever-ser no âmbito dos direitos fundamentais. A racionalidade da fundamentação exige que o percurso entre as disposições de direitos fundamentais e os juízos de dever-ser seja acessível, na maior medida possível, a controles intersubjetivos. Isso, no entanto, pressupõe clareza tanto acerca da estrutura das normas de direitos fundamentais quanto acerca de todos os conceitos e formas argumentativas relevantes para fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais.” (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. *Op. cit.*, p. 43)

fundamental, mas teria também o *dever de proteção* de tais direitos, tanto perante um ente público quanto privado<sup>334</sup>. As consequências advindas do reconhecimento de uma dimensão objetiva da categoria de direitos fundamentais são percebidas por Alfonso García Figuera:

Nos Estados constitucionais, os direitos fundamentais transformaram os aspectos cultural, funcional e material do Direito. Trata-se de uma transformação estrutural, porque os direitos fundamentais costumam ser contemplados como princípios, cuja configuração é diversa, ao menos em alguma medida, daquela que apresenta o resto das normas do ordenamento (regras). [...] Trata-se, em segundo lugar, de uma transformação funcional, porque a indeterminação própria aos princípios jusfundamentais requer um tipo especial de argumentação (ponderação), considerada diferente do raciocínio que tradicionalmente guiou a argumentação baseadas em regras (subsunção). [...] Finalmente, trata-se de uma transformação material, porque os princípios jusfundamentais costumam exibir um caráter moral expresso e intenso, que não se pode perceber nas regras ou, ao menos, não do mesmo modo e grau.<sup>335</sup>

Ou seja, conferiu-se uma dupla dimensão aos *jusfundamentais*, eis que para além da dimensão subjetiva (de defesa perante o Estado) era agregada uma dimensão objetiva, que orientava toda a vida social e atuação do ente público na realização e efetivação desses direitos. A partir disso, debateu-se de maneira crescente a questão de como tais *jusfundamentais*, inicialmente formatados para prevalecer perante o Estado, incidiriam em face dos particulares.

A doutrina também passou a perceber a forte influência do que se denominou “poderes privados”, que acabavam por ocasionar que muitas relações entre particulares eram tão desiguais, devido ao excesso de poder de uma das partes, que se assemelhavam à relação de particulares em face do Estado (embora a relação permanecesse privada, regida inicialmente pelas regras do direito privado, sendo ambos titulares de direitos fundamentais). Essa desigualdade aumentava com o desenvolvimento das grandes corporações multinacionais e com o avanço do capitalismo.

<sup>334</sup> “Poderemos afirmar, com relativa segurança, que, hoje, um dos temas mais nobres da dogmática jurídica diz respeito às imbricações complexas da irradiação dos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos (*Drittwirkung*) e do dever de proteção de direitos fundamentais por parte do poder público em relação a terceiros (*Schutzpflicht*) na ordem jurídico-privada dos contratos.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dogmática dos Direitos Fundamentais e o Direito Privado. In: \_\_\_\_\_. **Estudos Sobre Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008. p. 192)

<sup>335</sup> FIGUEROA, Alfonso García. Princípios e direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coords.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 111.

Quem auxiliou na percepção de que o poder não advém apenas das esferas públicas, mas que também se manifestaria em uma infinidade de relações – inclusive privadas – foi o filósofo Michel Foucault<sup>336</sup>. O avanço do capitalismo levou ao reconhecimento de que instituições privadas também exerciam forte coerção social, merecendo especial atenção e gerando proteção às partes débeis.

Diante desse quadro, concluiu-se que o Direito deveria intervir em muitas situações para procurar restabelecer o equilíbrio, de modo a proteger as partes mais desfavorecidas na referida relação privada. Para tal *mister* passou-se a sustentar a possibilidade de concessão de eficácia a tais direitos fundamentais, de forma que se transformassem em verdadeira arma de defesa contra tais opressões (que agora vinham não só do Estado, mas de entes privados com amplos “poderes”).

Tal situação levou muitos autores a sustentarem que nesse momento histórico o Estado perdeu o papel de inimigo número um dos particulares (que exerceu em outros momentos), passando a ser um possível instrumento de defesa dos particulares contra ofensas que eram veiculadas por entes também particulares (grandes corporações).

A partir do Caso Lüth, a Corte Constitucional alemã admitiu que os direitos fundamentais integravam a ordem normativa, centrada no livre desenvolvimento da pessoa humana, de modo que, sendo direitos constitucionais básicos, incidiriam em todos os âmbitos do Direito (inclusive no direito civil). Em que pese não tenha se filiado diretamente a nenhuma das teorias que se desenvolveram sobre o tema, essa decisão forneceu importantes elementos que auxiliaram na evolução do debate<sup>337</sup>.

---

<sup>336</sup> Ao discorrer sobre seus conceitos de *poder disciplinar* imbricado com a noção de *biopolítica* Foucault descreve o que denomina como *sociedade de normalização*, na qual estaria espraiado o poder de diversas formas, por intermédio da *norma*: “A sociedade de normalização é uma sociedade que se cruzam, conforme uma articulação ortogonal, a norma da disciplina e a norma da regulamentação. Dizer que o poder, no século XIX, tomou posse da vida, dizer pelo menos que o poder, no século XIX, incumbiu-se da vida, é dizer que ele conseguiu cobrir toda a superfície que se estende do orgânico ao biológico, do corpo à população, mediante o jogo duplo das tecnologias de disciplina, de uma parte, e das tecnologias de regulamentação, de outra.” (FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975/1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 302)

<sup>337</sup> A relevância desse histórico precedente foi bem relatada por Bruce Ackerman: “Ao afirmar a liberdade de expressão dos participantes do boicote anti-nazista, o Tribunal Constitucional conseguiu duas coisas de uma vez só. Não apenas resgatou as promessas constitucionais de um ‘novo começo’ de uma maneira que os alemães comuns poderiam imediatamente compreender. Também resgatou a Lei Fundamental de uma forma particularmente relevante para os juristas alemães, que tinham anteriormente tratado o Código Civil como o texto central de sua tradição. Ao declarar que dali em diante o Código deveria ser lido à luz dos valores estabelecidos pela Lei Fundamental, os Ministros resgataram as promessas do ‘novo começo’ tanto para os leigos como para os juristas.” (ACKERMAN, Bruce. A ascensão do

Após a admissão da submissão dos particulares aos direitos fundamentais, passou-se a analisar como se daria tal vinculação, de modo que o cerne do debate posterior restou principalmente vinculado à questão da eficácia desses direitos fundamentais perante entes privados (qual sua extensão e com se daria essa incidência)<sup>338</sup>. O entendimento decorrente de tal concepção levou ao reconhecimento da eficácia irradiante dos direitos fundamentais (que se disseminariam por todo o ordenamento), inclusive perante os particulares (prevalência dos direitos fundamentais mesmo diante de uma relação privada) e, posteriormente, a ideia de um dever de proteção (que imputa ao Estado a responsabilidade de assegurar tais deveres, atuando positivamente neste sentido)<sup>339</sup>.

Percebeu-se que a incidência dos direitos fundamentais perante os particulares se dava, obviamente, de modo diverso de quando se dirige ao Estado. Isto porque, esses particulares seriam, ao mesmo tempo, destinatários da regra que institui tais direitos e também titulares de outros direitos fundamentais. Inicialmente a doutrina dividiu-se em duas principais correntes, quanto à forma como incidiriam esses direitos fundamentais entre particulares: uma que defendia a eficácia imediata e outra que defendia que essa eficácia seria mediata<sup>340</sup>.

Os defensores da primeira teoria sustentavam que a vontade da Constituição seria um amplo respeito pelos direitos fundamentais, de modo que, diante da sua reconhecida eficácia, dever-se-ia aceitar a incidência direta destes

constitucionalismo mundial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coords.). **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 111)

<sup>338</sup> “Tendo os direitos fundamentais sido concebidos e afirmados para tutelar a dignidade e autonomia humana em suas diversas dimensões, não há como defender, do ponto de vista lógico, que estes são aplicáveis apenas em relação às violações operadas pelo poder público.” (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. *Op. cit.*, p. 149)

<sup>339</sup> *Idem*, p. 155.

<sup>340</sup> Também surgiram com destaque mais outras três correntes, a saber: *teoria dos deveres de proteção*, que defendia uma eficácia indireta, pois para ela o destinatário da norma seria apenas o Estado, devendo ele proteger qualquer ofensa a direito fundamental, conseqüentemente, qualquer ofensa seria sanada pelos órgãos do Estado (legislativo ou judiciário), que é quem detém monopólio da força; *teoria dos “poderes privados”*, que percebe que grande parte das ofensas a direitos fundamentais se dá por entes privados que possuem enormes poderes (similares ao Estado, tais como grandes empresas, corporações, etc.) de modo que diante desses particulares “poderosos” a eficácia seria também similar a que ocorre com o Estado, horizontal (e não vertical); a *teoria da convergência estadista* sustenta que a atividade dos particulares quanto aos direitos fundamentais seria sempre uma atuação estatal, pois, como cabe a ele protegê-los, se não o fez, colaborou para tanto (esta teoria, de certo modo, converge com a doutrina americana da *state action*). Como tal tema não é objeto específico deste trabalho, e não se pode considerá-lo pacificado na doutrina e na jurisprudência, faz-se remissão a SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. *Op. cit.*, p. 233-250.

direitos fundamentais mesmo para os particulares. Nesse sentido, os referidos direitos não necessitariam de qualquer adaptação para serem observados também na esfera privada, de modo que todas as restrições válidas para o ente estatal restavam igualmente válidas para os particulares. Consequentemente, padeceriam de nulidade quaisquer limitações a esses direitos (mesmo que contratualmente avançadas) e sua inobservância geraria direito à reparação (indenização). Percebe-se, pelos argumentos da teoria da eficácia direta, que os destinatários dos direitos fundamentais seriam também os particulares<sup>341</sup>.

Nas palavras de Bilbao Ubillos:

*[...] la teoría de la eficacia inmediata implica que, con normativa legal de desarrollo o sin ella, es la norma constitucional la que se aplica como razón primaria y justificadora (no necesariamente la única) de una determinada decisión. Es decir, como 'regla hermenéutica, sino (como) norma de comportamiento apta para incidir también en el contenido de las relaciones entre particulares' (Perlingieri).<sup>342</sup>*

Já a segunda corrente defendia uma eficácia indireta, e criticava a primeira teoria, pois entendia que ela simplesmente acabaria com a autonomia do direito privado, ocasionando sua estatização. Sustentava, ao revés, que a eficácia perante os particulares se daria de forma indireta, ou seja, pela interpretação e aplicação das cláusulas gerais e conceitos abertos. Em vista disso, se destinariam os direitos fundamentais diretamente apenas aos poderes públicos (legislador, Estado-Juiz), de modo que, além de vincular o ente estatal, se constituiriam em orientações a serem observadas pelo legislador (eficácia programática). Para os defensores da eficácia indireta, para gozar de eficácia perante os particulares, tais direitos fundamentais necessitariam de uma mediação<sup>343</sup>.

Como assevera Ingo Wolfgang Sarlet:

<sup>341</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coords.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 356-357.

<sup>342</sup> BILBAO UBILLOS, Juan María. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 316-317. Em tradução livre: “[...] a teoria da eficácia imediata implica que, com normativa legal de desenvolvimento ou sem ela, é a norma constitucional que se aplica como razão primária e justificadora (não necessariamente a única) de uma determinada decisão. Vale dizer, como ‘regra hermenêutica, senão (como) norma de comportamento, apta a incidir também no conteúdo das relações entre particulares’ (Perlingieri).”

<sup>343</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. *Op. cit.*, p. 357-359.

[...] restando virtualmente incontestado a importância dos assim denominados poderes privados para o problema da vinculação dos particulares e embora controverso – também aqui – o modo e intensidade da vinculação, importa que se deixe consignada a salutar tendência no sentido de se admitir, cada vez mais, que os direitos fundamentais atuam, em verdade, como forma de defesa contra toda e qualquer opressão, auxiliando, de tal sorte, na superação do fenômeno que oportunamente foi designado de 'neofeudalismo social', característico da moderna sociedade industrial e tecnológica.<sup>344</sup>

Cumprido desde logo ressaltar que as teorias, tanto da eficácia direta como da indireta, possuem várias convergências, sendo possível destacar: ambas superam a visão liberal-burguesa de que os direitos constitucionais são oponíveis apenas contra o Estado; admitem a eficácia irradiante dos direitos fundamentais por todo o ordenamento; percebem que há casos de relações privadas nas quais se notará desigualdade (pelo poder social de uma das partes) que exigirá uma eficácia direta de direito fundamental para restabelecer um mínimo de equilíbrio.

Portanto, ambas admitem, de certo modo, a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, tanto na sua dimensão objetiva (eficácia irradiante) como na sua dimensão subjetiva (dever de respeito), divergindo apenas quanto à forma como essa incidência se daria (se de modo direto ou indireto)<sup>345</sup>.

Para além disso, subseqüentemente, ganhou corpo uma terceira teoria: a dos *deveres de proteção*, que retomava a temática dos direitos fundamentais entre indivíduo e Estado, mas com um outro enfoque. Essa tese assumia a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e defendia uma responsabilidade primária do legislador na promoção e defesa de tais direitos. Entretanto, admitia, na ausência de lei, regra ou cláusula geral, uma certa intervenção do Estado (Poder Judiciário,

<sup>344</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 133.

<sup>345</sup> Cabe registrar que se optou neste trabalho por ressaltar alguns aspectos apenas das teorias da eficácia direta e indireta, sem olvidar que existem autores que se filiam a outras correntes. Apenas como exemplo, cita-se o Jorge Reis Novais, que critica a teoria direta e se filia à teoria dos deveres de proteção. Ao atacar os pressupostos da teoria direta, afirma que esta acabou por se enveredar por outros campos a discussão: "Contudo, as prioridades acabaram confundidas. A tônica foi colocada na tentativa da demonstração de um dado pacífico, o de que as liberdades também são ameaçadas por outros particulares, e de uma conclusão discutível, em vez de se centrar, como seria desejável e continua a ser necessário, na exploração e esclarecimento dos pontos obscuros e dos limites indeterminados dos deveres de proteção, designadamente, a determinação de quando os deveres estatais de proteção dos direitos fundamentais se convolam em verdadeiros direitos subjectivos públicos à proteção e à correspondente delimitação de competências entre legislador e juiz." (NOVAIS, Jorge Reis. Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. *Op. cit.*, p. 389)

inclusive) para uma proteção de uma esfera mínima de certo direito fundamental. Ou seja, numa relação entre particulares, em caso de risco a direito fundamental sem a existência de lei ou de cláusula geral que permita sua proteção, excepcionalmente o Poder Judiciário poderia intervir para garantir uma proteção mínima a tal direito ameaçado<sup>346</sup>.

O avanço do debate, com as contribuições da teoria dos deveres de proteção, desembocou na questão da necessidade (e possibilidade) de definição de um núcleo essencial dos direitos fundamentais, que passou a ser objeto da atenção de diversos juristas<sup>347</sup>.

É possível afirmar que há sempre um aspecto ideológico que perpassa esta discussão.

[...] na verdade, verifica-se que a discussão em torno da afirmação ou negação da eficácia direta, para além ou mesmo por detrás dos argumentos de cunho jurídico, inevitavelmente revela – ao menos – também – um viés político e ideológico, sustentando-se, nesta linha argumentativa, que a opção por uma eficácia direta traduz uma decisão política em prol de um constitucionalismo da igualdade, objetivando a efetividade do sistema de direitos e garantias fundamentais no âmbito do Estado social de direito, ao passo que a concepção defensora de uma eficácia apenas indireta encontra-se atrelado ao constitucionalismo de inspiração liberal-burguesa<sup>348</sup>.

Cabe, desde logo, asseverar que não se entende como correta a visão de que as teorias (direta e indireta) seriam necessariamente excludentes, pois ambas são compatíveis e devem conviver, haja vista que a aplicabilidade mediata (comando ao legislador ordinário) não nega, mas reforça sua aplicabilidade também imediata (direta)<sup>349</sup>. Ou seja, o simples fato de se admitir uma eficácia direta dos

<sup>346</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. *Op. cit.*, p. 359-360.

<sup>347</sup> “Trata-se de uma categoria central da dogmática jurídico-constitucional do último meio século. O recorte de um ‘núcleo essencial’ de direitos, liberdades e garantias perfilava-se como o último reduto de garantia contra as leis e medidas agressivamente restritivas desses direitos. Hoje, parece reconhecer-se que a determinação da essência de um direito não é tarefa fácil, sobretudo quando ela se coloca perante os juízos de *balanceamento* de bens e direitos em caso de conflito. [...] Não é este o lugar para retomar a gênese da ‘essência das essências’ dos direitos, mas, damos como jurídico-constitucionalmente adquirido que o núcleo essencial desempenha um papel relevante na garantia dos direitos.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Bypass” social e o núcleo essencial das prestações sociais. In: \_\_\_\_\_. **Estudos Sobre Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra, 2008. p. 261-262)

<sup>348</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *Op. cit.*, p. 147.

<sup>349</sup> “Da análise desses modos de eficácia, emerge desde já posição que não pode ser aceita: a habitual contraposição entre vinculação direta e indireta como se fossem conceitos excludentes. [...] Nessa sinagra, a aplicabilidade mediata não nega, mas sim, reforça a possibilidade da eficácia



jusfundamentais ante os particulares não significa a negação da sua eficácia indireta. Por outro lado, a assunção da eficácia indireta apenas reforça a relevância daqueles direitos, não impedindo que se admita também uma eficácia direta.

Pietro Perlingieri é enfático ao admitir aplicação direta – se necessário para sua realização – das normas constitucionais:

Não existem, portanto, argumentos que contrastem a aplicação direta: a norma constitucional pode, também sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a *fattispecie* em consideração), ser a fonte da disciplina de uma relação jurídica de direito civil. Esta é a única solução possível, se se reconhece a preeminência das normas constitucionais – e dos valores por elas expressos – em um ordenamento unitário, caracterizado por tais conteúdos.<sup>350</sup>

É imperioso registrar que a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas se dá com base em outros parâmetros, diversos daqueles que se utilizam quando da relação com o Estado. Há necessidade de percepção dos direitos do outro particular envolvido, com especial atenção às peculiaridades do caso concreto e eventual ponderação de interesses. Anote-se, desde já, que tal aplicação não ocorre de modo ilimitado e absoluto, o que poderia gerar certo descontrole e insegurança, mas, sim, deve ser efetivada dentro dos critérios de ordenação e ponderação dos valores postos pela própria Constituição, sempre com razoabilidade e equilíbrio. Ainda quanto à eficácia dos direitos fundamentais, a teoria classifica sua incidência como vertical e horizontal. A primeira seria destinada ao legislador e aos órgãos judiciais (poderes públicos), já a horizontal seria destinada a todos os particulares nas suas relações entre si<sup>351</sup>.

---

direta dos particulares aos direitos fundamentais. É na dimensão complementar que devem ser miradas.” (PAULINI, Umberto; FACHIN, Melina Girardi. Problematizando a eficácia dos direitos fundamentais ente particulares: ainda e sempre sobre a constitucionalização do direito civil. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira et al. (Orgs.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 204-205)

<sup>350</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional**. *Op. cit.*, p. 11.

<sup>351</sup> “Aqui, tem-se como apropriado o uso da expressão ‘eficácia horizontal’, porque entende-se que a horizontalidade da relação entre os particulares é definida por aquilo que os particulares têm em comum do ponto de vista jurídico-formal: (i) são igualmente titulares de direitos fundamentais; (ii) direitos e obrigações, nas relações que mantêm entre si, são regidos, de modo preponderante, pelo direito privado; (iii) no âmbito dos negócios jurídicos e de outros atos jurídicos da vida privada, a autonomia privada, que é a faculdade de livremente autodeterminar-se e autovincular-se para a consecução do auto-interesse, opera como princípio fundamental; (iv) os particulares não podem usar, entre si, da violência legal, por que essa competência é exclusiva do Estado. Em suma, do ponto de vista jurídico-formal os particulares estão no mesmo ‘horizonte’.” (STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. *Op. cit.*, p. 58)

Certamente que tal vinculação dos particulares possui algumas peculiaridades se comparada à vinculação do Estado. Uma delas é que o destinatário da norma que o impele a observar um direito fundamental será, no mais das vezes, também titular de direito fundamental. Essa peculiaridade faz com que muitas vezes se esteja diante de conflitos entre direitos fundamentais (pois o particular que deve observar um direito fundamental da outra parte também possui um direito fundamental correlato oponível na *fattispecie*), sendo que, instaurado o conflito, apenas as características do caso concreto permitem apontar qual a melhor solução.

Mesmo os defensores da eficácia direta admitem que na incidência perante os particulares esta se dá com outras características, e certamente de modo mais moderado. Sobre esse aspecto, Ingo Wolfgang Sarlet admite que “importa reconhecer uma eficácia direta *prima facie*, em outras palavras, a impossibilidade de uma eficácia direta (e, portanto, de uma vinculação aos particulares) de feições absolutas”<sup>352</sup>.

Como tais conflitos nas relações interprivadas se darão geralmente entre dois direitos fundamentais, será o caso de recorrer à ponderação (conforme ensina Robert Alexy<sup>353</sup>), de acordo com cada caso concreto, para encontrar a melhor situação para a realidade posta em pauta. Percebe-se, pela *praxis*, que esses conflitos serão geralmente entre autonomia privada x outro direito fundamental.

Tratando de conflitos entre dois direitos fundamentais, será o caso concreto que dirá qual a melhor solução a ser apurada, sempre de modo a procurar concretizar o direito fundamental prevalecente na situação subjetiva, mas também com o menor sacrifício possível ao outro direito fundamental envolvido. A percepção de que a solução será obtida apenas no acertamento do caso concreto (e não em tese) poderá levar, muitas vezes, a decisões diversas<sup>354</sup>.

Não se pode olvidar, também, que o princípio da autonomia privada deve ser lido não mais pelo viés liberal absoluto de outrora, mas, sim, pela sua perspectiva civil-constitucional contemporânea, que a deixou funcionalizada, direcionada de modo a favorecer a pessoa<sup>355</sup>. Assim, o conflito deverá sempre se dar em face dessa

---

<sup>352</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *Op. cit.*, p. 157.

<sup>353</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. *Op. cit.*, p. 175.

<sup>354</sup> Nesse sentido, o professor Canotilho apresenta cinco configurações de como estes direitos fundamentais podem se aplicar na esfera privada. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002)

<sup>355</sup> NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. A autonomia privada na legalidade constitucional. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). **Contrato & Sociedade**: princípios de direito contratual. Curitiba: Juruá, 2006. v. 2, p. 43.

autonomia privada vista sob os olhos da legalidade constitucional (o mesmo se aplica aos demais institutos jurídicos que possam ser invocados).

É de se notar, em vista desses argumentos, que tais premissas influenciarão a compreensão do direito privado na contemporaneidade, eis que a forma de interpretação e aplicação do direito resta diversa da adotada nos séculos XVIII, XIX e início do XX.

A proximidade dos temas afetos ao direito de família com muitos dos direitos fundamentais ressaltará esta dimensão objetiva e a eficácia perante os particulares no trato de questões familiares. Neste sentido, sustenta Pietro Perlingieri:

No âmbito da relevância do núcleo familiar na sociedade civil assume específica importância o tema dos direitos fundamentais da pessoa. Normalmente, apresentam-se de forma separada, de um lado a família e os seus direitos originários e invioláveis, de outro, os direitos da pessoa que compõem o seu núcleo, de maneira a propor a primeira como elemento que condiciona os segundos ou vice-versa [...]. Na realidade, o problema é determinar, mediante o acordo, o papel global da pessoa na família, respeitando as peculiaridades intelectivas, as inclinações, os temperamentos individuais, reavivados pela comunhão de afetos e da efetiva e duradoura vontade de uma plena união – [...]. A realização dos direitos fundamentais, vistos como *status personae*, configura-se, portanto, como a própria razão da garantia e da tutela das formas familiares<sup>356</sup>.

Há que se admitir a aplicação conjunta do direito infraconstitucional de família e dos jusfundamentais, inexistindo qualquer contraposição entre estas esferas; ao contrário, deve haver uma proximidade e sintonia na exegese unitária destes dispositivos. Conforme sustenta Luiz Edson Fachin:

A família, não obstante se submeta à legislação infraconstitucional, tem o centro irradiador da sua regulação no Texto Constitucional. E é a partir daí que se fala na incidência dos princípios constitucionais não apenas nas relações familiares, mas em todas as relações interprivadas; não apenas no campo dos direitos fundamentais, como queira ler o constitucionalismo, mas em todas as dimensões das relações privadas: nos contratos, na família, na propriedade. Os princípios constitucionais passam a incidir de maneira direta e imediata, sem que isso represente um salto sobre o legislador ordinário [...]<sup>357</sup>.

A incidência dos direitos fundamentais de forma imediata e direta – mas também mediata e indireta – perante as relações de direito de família levará ao necessário e aconselhável diálogo de fontes, fazendo com que o jurista trabalhe de

<sup>356</sup> PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 977-979.

<sup>357</sup> FACHIN, Luiz Edson. Princípios Constitucionais do Direito de Família brasileiro contemporâneo. In: BASTOS, Ferreira Eliene; DIAS, Maria Berenice (Coords.). **A família além dos mitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 123.

maneira dialógica, de modo a encontrar somente na apreciação do caso concreto a melhor solução<sup>358</sup>. O Direito se interpreta e se realiza apenas diante de um caso concreto, sendo que o trilhar acima descrito indica que devem-se levar em conta prioritariamente os princípios e direitos fundamentais envolvidos. Critérios de adequação, proporcionalidade e razoabilidade passam a transitar com frequência no acertamento desses conflitos. As exigências de fundamentação e o ônus argumentativo ressaltam<sup>359</sup>.

Em consequência disso, emergiu a discussão sobre a regulamentação e a delimitação dos direitos fundamentais<sup>360</sup>, que alcançou relevância na doutrina constitucional contemporânea.

Foram apresentadas até aqui algumas premissas essenciais, dentre as quais: direitos fundamentais não são absolutos e, como consequência, seu exercício está sujeito a limites; e, por serem geralmente estruturados como princípios, os direitos fundamentais, em múltiplas situações, são aplicados mediante ponderação. Os limites dos direitos fundamentais, quando não constem diretamente da Constituição, são demarcados em abstrato pelo legislador ou em concreto pelo juiz constitucional. Daí existir a necessidade de protegê-los contra a abusividade de leis restritivas, bem como de fornecer parâmetros ao intérprete judicial. O tema da restrição dos direitos fundamentais é um dos mais ricos e complexos da moderna dogmática constitucional.<sup>361</sup>

A compreensão de que o Direito é um processo construtivo contínuo, bem como de que é influenciado inclusive pelas diversas concepções extrajurídicas que permeiam determinada sociedade, não indica a existência de apenas uma teoria jurídica finalizada, pronta, acabada, que possua previamente as respostas sobre os palpitantes temas que a temática dos *jusfundamentais* apresenta. Há que se ter

<sup>358</sup> É a orientação de Virgílio Afonso da Silva: “Com a ênfase, reiterada a todo instante, nas exigências argumentativas que as restrições e a proteção dos direitos fundamentais impõem, a postura mais adequada parece ser aquela que se disponha a um desenvolvimento e a uma proteção dos direitos fundamentais baseados nem na omissão nem na ação isolada e irracional, mas a partir de um diálogo constitucional fundado nessas premissas de comunicação intersubjetiva entre os poderes estatais e a comunidade.” (SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições, eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 256)

<sup>359</sup> Faz-se remissão ao artigo de Virgílio Afonso da Silva sobre estes temas: SILVA, Virgílio Afonso. O Proporcional e o Razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 798, p. 23-50, 2002.

<sup>360</sup> “Ora, se se parte de um modelo de suporte fático amplo, a distinção entre *restrição* e *regulação* é mitigada, e toda regulação deve ser considerada, ao mesmo tempo, uma restrição, visto que regular o exercício de um direito implica excluir desse exercício aquilo que a regulação deixar de fora; e, além disso, toda restrição deve ser considerada, ao mesmo tempo, regulamentação, já que não se restringe direito fundamental sem fundamentação, mas sempre com o objetivo de harmonizar o exercício de todos eles. Com isso, defende-se que toda norma que garante direitos fundamentais tem algum tipo de limitação quanto à sua eficácia.” (SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições, eficácia. *Op. cit.*, p. 42)

<sup>361</sup> BARROSO, Luís Roberto **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. *Op. cit.*, p. 332.

ciência da permanência desse processo construtivo, com um viés teórico-prático, sempre tendo como norte os primados da Constituição, que certamente permitirão colher as respostas para as demandas que estão a surgir. Quem resume algumas das premissas teóricas desenvolvidas contemporaneamente é Luís Roberto Barroso:

O pós-positivismo é uma superação do legalismo, não com recurso a idéias metafísicas ou abstratas, mas pelo reconhecimento dos valores compartilhados por toda comunidade. Estes valores integram o sistema jurídico, mesmo que não positivados em um texto normativo específico. Os princípios expressam os valores fundamentais do sistema, dando-lhe unidade e condicionando a atividade do intérprete. Em um ordenamento jurídico pluralista e dialético, princípios podem entrar em rota de colisão. Em tais situações, o intérprete, à luz dos elementos do caso concreto, da proporcionalidade e da preservação do núcleo fundamental de cada princípio e dos direitos fundamentais, procede uma ponderação de interesses. Sua decisão deverá levar em conta a norma e os fatos, em uma interação não formalista, apta a produzir a solução justa para o caso concreto, por fundamentos acolhidos pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral.<sup>362</sup>

A releitura do direito civil contemporâneo perpassa pela temática dos direitos fundamentais e pela busca constante da concretização das normas constitucionais. Consequentemente, o direito de família deve ser visto a partir desses aportes teóricos, de modo a adotar uma relação dialógica com os princípios e com os direitos fundamentais. Este proceder poderá conceder espaço para a sustentação da afetividade como princípio no sistema jurídico brasileiro.

Essa diretriz partir dos direitos fundamentais permitirá um outro olhar sobre a metodologia do direito civil, que influencia, sobremaneira, a leitura do direito brasileiro a partir desses pressupostos.

#### **Seção IV. Reflexos dos novos aportes teóricos no cenário brasileiro pós-Constituição de 1988**

No quadro internacional, não é possível sustentar a prevalência absoluta de uma das três principais teorias sobre a forma de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas (eficácia direta, eficácia indireta e deveres de

---

<sup>362</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Tomo II, p. 41.

proteção), entretanto é inegável que o posicionamento sobre tais temas exige análise das disposições constitucionais do país analisado.

No caso brasileiro, há que se considerar que a Constituição é *dirigente*<sup>363</sup> e instituiu como seu fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, de modo que essas opções trazem elementos para o debate<sup>364</sup>. Partindo dos pressupostos expostos nos capítulos anteriores, defende-se que no quadro constitucional brasileiro todos – inclusive os particulares – devem respeitar os direitos fundamentais.

A Constituição de 1988 é claramente intervencionista e social, traz vasto rol de direitos individuais (arts. 6º e 7º) e, para ser mais clara ainda, diz expressamente que seu objetivo é construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I). Em outro trecho, é explícita sobre a aplicabilidade dos direitos fundamentais: “As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (art. 5º, § 1º).

---

<sup>363</sup> Na difundida classificação do professor José Joaquim Gomes Canotilho. Registra-se, desde já, que não se ignoram as recentes posições do autor discorrendo sobre certa inadequação do *dirigismo* constitucional em face do quadro europeu contemporâneo. Apesar disso, entende-se que as bases teóricas centrais características do conceito de *Constituição dirigente* seguem adequadas para o cenário constitucional brasileiro atual. Tal entendimento, em resumo, leva em conta as características da Constituição Federal de 1988, bem como considera a realidade social brasileira que se apresenta. Ante tal ausência de concretização de diversas metas constitucionais, é pertinente seguir trilhando os passos que indicam a busca pela efetivação de uma *Constituição dirigente*. Nesse sentido: “A Constituição dirigente não está condenada ao fracasso. Também não é assunto do passado, desatualizado, vetusto. Ao máximo, é cabível dizer que morreu um tipo de dirigismo constitucional. Não a diretividade enquanto arquétipo constitucional. Morreu o constitucionalismo dirigente percebido como capaz de transformar ou revolucionar, por si só, a sociedade; a *folha de papel* contra os *fatores reais de poder*; morreu o dirigismo constitucional compreendido como sistema unívoco e fechado; morreu o dirigismo constitucional estabelecido pelo texto primevo da Constituição portuguesa. Não obstante, permanece viva a Constituição Dirigente enquanto programa de base para a política; enquanto normatividade vinculante do legislador, do administrador, do juiz e da sociedade; enquanto eficácia jurídica das normas programáticas; enquanto conformadora positiva e negativa, vinculação e discricionariedade; enquanto pauta material para os processo e para as deliberações da democracia; enquanto projeto estruturante do Estado Social Democrático do Direito; enquanto força dos direitos fundamentais. [...] A nosso ver, faz-se velório de quem ainda está vivo.” (OLIVEIRA, Fábio Corrêa de Souza. *A Constituição Dirigente Está Morta... Viva a Constituição Dirigente!* In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 111-112)

<sup>364</sup> 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, portanto, 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 a 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.” (BERCOVICI, Gilberto. *A Constituição Dirigente e a Constitucionalização de Tudo* (ou do Nada). In: 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)

Em um quadro constitucional como o brasileiro, é possível (e necessário) admitir que tal incidência deve, em muitos casos, se dar de modo direto, mesmo que de maneira diversa do que ocorre com o Estado. Tal entendimento é adotado, entre outros, por Luís Roberto Barroso, que afirma que “o ponto de vista da aplicabilidade direta e imediata afigura-se mais adequado para a realidade brasileira e tem prevalecido na doutrina”<sup>365</sup>.

A realidade social de desigualdades e as orientações da nossa Constituição não permitem outra conclusão a não ser admitir a intervenção sempre que se perceba sacrificado indevida e injustificadamente um direito fundamental. Conforme se percebe, a teoria que admite a eficácia direta em relações privadas é a que melhor permite tal intervenção, sendo esta, portanto, uma solução que pode ser tida como adequada ao cenário jurídico-social brasileiro.

Daniel Sarmento se posiciona sobre qual teoria entende cabível no contexto constitucional brasileiro: “no caso brasileiro, a eficácia dos direitos individuais nas relações privadas é direta e imediata, não dependendo da atuação do legislador ordinário, nem se exaurindo na interpretação das cláusulas gerais do Direito Privado”<sup>366</sup>.

A Constituição brasileira também agasalha outros valores tidos como socialmente relevantes, tais como a autonomia privada e a liberdade individual, de modo que não se cogita uma aplicação incomensurável e absoluta dos direitos fundamentais nos litígios entre particulares. As peculiaridades da questão concreta quando do envolvimento de dois particulares – potenciais titulares de direitos fundamentais – exigem atenção extrema e cautela do aplicador no momento da solução. A busca deve ser pela preservação possível dos direitos fundamentais envolvidos, com a intervenção necessária apenas para preservar aquele que se percebe que não pode ser sacrificado naquela situação específica.

Nesse sentido é o posicionamento de Ingo Wolfgang Sarlet, ao tratar da incidência dos direitos fundamentais no quadro brasileiro:

Inclinamo-nos hoje – pelo menos à luz do direito constitucional positivo brasileiro – em prol da necessária vinculação direta (imediata) *prima facie* também dos particulares aos direitos fundamentais, sem deixar de

<sup>365</sup> BARROSO, Luís Roberto. A Constitucionalização do Direito e o Direito Civil. In: **Direito Civil Contemporâneo**: novos problemas à luz da legalidade constitucional. Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008. p. 260.

<sup>366</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. *Op. cit.*, p. 237.

reconhecer, todavia, na esteira de Canotilho e outros, que o modo pelo qual se opera a aplicação dos direitos fundamentais às relações jurídicas entre particulares não é uniforme, reclamando soluções diferenciadas.<sup>367</sup>

Diversas são as críticas que são postas a essa assunção da possibilidade de incidência direta, que merecem atenção para eventual resposta e correção de rumo na sua aplicação<sup>368</sup>. Em que pese não se entenda que tais objeções inviabilizem a aplicação da teoria direta, não se deve ignorar tais críticas, sendo o mais indicado refletir sobre elas e admitir que:

[...] de outra parte, há que se levar em consideração a necessidade de se tomar a sério, também na esfera de uma eficácia (especialmente em se cuidando de uma eficácia direta!) dos direitos fundamentais nas relações privadas, a crítica de que se está a deslocar para o Judiciário a decisão final sobre a ponderação dos direitos esgrimidos entre os sujeitos privados, ainda mais quando se está a invocar valores mais ou menos abstratos e sujeitos às mais variadas interpretações, o que, no nosso entender, não impede uma eficácia direta (ainda mais no sentido de uma eficácia direta *prima facie*), mas impõe cautela redobrada no seu manejo.<sup>369</sup>

Os fundamentos teóricos da teoria da eficácia direta e imediata nos relações privadas seguem robustos, sendo que muitas críticas se apegam apenas a possíveis efeitos negativos que ela – em tese - poderia gerar. Há que se afastar tais possíveis excessos, sem abandonar as estruturas centrais que se mostrem adequadas à realidade jurídico-constitucional brasileira<sup>370</sup>.

<sup>367</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 382-383.

<sup>368</sup> Daniel Sarmiento procura resumir todas elas em cinco principais argumentos, não sem antes destacar que considera todas improcedentes: “Poderíamos, num esforço de síntese, resumir os argumentos esgrimidos contra a tese da vinculação direta e imediata dos particulares aos direitos fundamentais às seguintes proposições, de resto já anunciadas assistematicamente ao longo deste trabalho: (a) esta vinculação direta compromete em demasia a autonomia privada; (b) ela é antidemocrática, pois importa em atribuição de poderes excessivos ao juiz, em detrimento do legislador, que é quem deve ponderar os direitos e interesses constitucionais em jogo nos litígios privados; (c) ela gera insegurança jurídica, na medida em que enseja que os conflitos privados sejam solucionados com base em princípios constitucionais vagos e abstratos, cuja aplicação é muitas vezes imprevisível; (e) ela põe em risco a autonomia e identidade do Direito Privado, permitindo a sua ‘colonização’ pelo Direito Constitucional. Um quinto argumento também às vezes utilizado no Direito Comparado, e se relaciona à divisão de funções entre o juiz civil e o juiz constitucional na aplicação dos direitos fundamentais.” (SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. *Op. cit.*, p. 239. Sobre as respostas a cada uma delas, pede-se licença para indicar as páginas seguintes desta mesma obra, nas quais o autor refuta cada uma fundamentadamente [p. 240-244]).

<sup>369</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. *Op. cit.*, p. 383.

<sup>370</sup> “Assim, a concepção de que os direitos fundamentais incidem diretamente nas relações privadas é uma consequência natural e lógica da adoção de um modelo hermenêutico comprometido com o caráter normativo da constituição. Isso não significa dizer, como é evidente, que os direitos fundamentais devam incidir de forma absoluta e incondicionada nas relações entre particulares.



Pode-se concluir, assim, que, no cenário brasileiro, é possível admitir a eficácia dos direitos fundamentais até mesmo de modo direto (sem negar a sua incidência indireta) e horizontal nas relações entre particulares, variando conforme o caso concreto a intensidade dessa intervenção<sup>371</sup>.

Entretanto, parece que mais do que uma discussão (que pode ser estéril) sobre a incidência direta ou indireta das normas constitucionais o debate deve centrar na efetiva concretização dos direitos fundamentais. Para atender a esse *mister* se utilizará ora da incidência direta ou da indireta, mas sempre com o intuito de consagrar os direitos fundamentais, na esteira do que sustenta – há muito – Pietro Perlingieri<sup>372</sup>. Nas palavras de Gustavo Tepedino:

Há de se superar a discussão acerca da aplicação direta ou indireta das normas constitucionais. Em um ordenamento unitário (como não pode deixar de ser), a norma constitucional deve prevalecer com ou sem regra específica, vez que a legislação ordinária apenas encontra legitimidade se conformada aos valores constitucionais, de modo que sua aplicação deve traduzir, sempre, a aplicação da própria Constituição.<sup>373</sup>

A aceitação de que a consagração das normas constitucionais não deve ficar restrita a pormenores dogmáticos (tais como distinções entre incidência direta e indireta) pode auxiliar na elucidação da questão dos direitos fundamentais.

A doutrina brasileira vem participando ativamente do atual debate teórico sobre os temas trazidos pelo novo constitucionalismo, eis que a Constituição de 1988 foi atualizada em alguns aspectos que até então não eram tratados pela Carta constitucional anterior e se colocou na vanguarda em diversos temas.

Esse é um aspecto importante a ser destacado, na medida em que as diversas críticas à tese da eficácia imediata costumam recorrer ao argumento *ad absurdum*, apontando os riscos e incongruências de uma incidência irrestrita dos direitos fundamentais nos negócios privados.” (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. *Op. cit.*, p. 185)

<sup>371</sup> “No marco da ordem constitucional da República Federativa do Brasil, os melhores argumentos corroboram a tese de que direitos fundamentais – exceto, evidentemente, aqueles direitos fundamentais cujos sujeitos passivos ou destinatários são exclusivamente os poderes públicos – vinculam imediata ou diretamente os particulares”. (STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. *Op. cit.*, p. 271)

<sup>372</sup> “Pode-se afirmar, pois, que seja na aplicação dita indireta – que sempre acontecerá quando existir na legislação ordinária uma normativa específica, ou cláusulas gerais ou princípios expressos –, seja na aplicação dita direta – assim definida pela ausência de intermediação de qualquer enunciado normativo ordinário –, a norma constitucional acaba sempre por ser utilizada. O que importa não é tanto estabelecer se em um caso concreto se dê aplicação direta ou indireta (distinção nem sempre fácil), mas sim, confirmar a eficácia, com ou sem uma específica normativa ordinária, da norma constitucional [...]” (PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. *Op. cit.*, p. 589-590)

<sup>373</sup> TEPEDINO, Gustavo. Itinerário para um imprescindível debate metodológico. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, Padma, n. 35, p. iv, jul./set. 2008.

O entendimento decorrente da teoria dos princípios influencia doutrinadores e tribunais pátrios, estando incorporada à teoria jurídica nacional, logicamente que não sem diferenças de concepções e sentidos.

A práxis vem auxiliando na crescente assimilação da relevância do papel essencial conferido aos princípios nesse novo contexto. Mais do que uma simples alteração de conceito, há inequivocamente um novo paradigma em vigor, que confere aos princípios a centralidade na metodologia aplicativa do direito contemporâneo. Como resume a lição de Francisco Amaral:

Os princípios são premissas do raciocínio prático, que contribuem para a habilitação da filosófica ou da razão prática, no sentido de uma razão jurídica dirigida à práxis intersubjetiva, superando a crise de paradigmas que demonstra a dissolução de escolas consolidadas (normativismo, realismo, jusnaturalismo) e aponta para novos endereços, que têm em comum a concepção procedimental do direito e a importância do raciocínio jurídico como tipo especial de raciocínio prático. Diversamente das normas jurídicas, que exigem um cumprimento pleno, podendo ser apenas cumpridas ou descumpridas, os princípios são '*mandamentos de otimização*' que podem cumprir-se em diversos graus. A forma característica de se realizarem é, portanto, a ponderação.<sup>374</sup>

O “estado da arte” do quadro constitucional brasileiro hodierno envolve esses novos pressupostos teóricos objeto de diversas construções doutrinárias e relevantes decisões judiciais que os aplicam concretamente<sup>375</sup>.

Entretanto, não se pode ignorar que essa nova forma de assimilação e de realização do Direito preconizada pelos reflexos do denominado novo constitucionalismo sofre severas críticas e questionamentos<sup>376</sup>. Uma das objeções que se faz a esta perspectiva metodológica é que ela conferiria poder demasiado ao juiz,

---

<sup>374</sup> AMARAL, Francisco. Uma carta de princípios para um direito como ordem prática. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). **O Direito e o Tempo: Embates Jurídicos e Utopias Contemporâneas – Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 135.

<sup>375</sup> Os exemplos de decisões judiciais que aplicam tais conceitos são inúmeros. Cumpre ressaltar o importante papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça neste trilhar. Em que pese se questionem alguns aspectos pontuais, o que é certo, não se pode deixar de anotar suas relevantes contribuições e admitir que – de modo geral – estas Cortes Superiores estão participando ativamente do processo de aplicação e construção renovada dos princípios constitucionais e direitos fundamentais. Para uma análise de alguns exemplos concretos: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo. (Orgs.). **O Superior Tribunal de Justiça e a Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011; e também: ESTEVES, João Luiz M. **Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Método, 2007.

<sup>376</sup> STRECK, Lenio Luiz. O papel da Constituição dirigente na batalha contra decisionismos e arbitrariedades interpretativas. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Estudos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 195.

o que acabaria por ofender a parcela de poder que caberia ao legislador ordinário e afetaria a esfera da autonomia privada.

Não se pode concordar com a crítica da forma como posta, pois eventual “insegurança” não deve imputada apenas a esta nova abordagem do Direito, que envolve princípios e direitos fundamentais. Em decorrência das diversas transformações sociais ocorridas nas últimas décadas atualmente vivemos o que pode ser chamado de *a era da incerteza* (se comparada à *era da segurança* que imperava no século XIX). Conforme já deixou claro Ulrich Beck, estamos na era da *sociedade de risco* e isso inevitavelmente traz consequências<sup>377</sup>.

Ainda assim, certa atenção a essa assertiva crítica merece ser conferida, sempre com o intuito de se realizarem eventuais acertos de rumo no caminho que se percorre. Em resposta a tal crítica, Maria Celina Bodin de Moraes afirma:

Na realidade, a vagueza e ambigüidade intrínsecas às normas jurídicas não são ampliadas pela utilização dos princípios; ao contrário, é a identificação dos princípios que as justificam que fornecem segurança jurídica. O papel que os princípios exercem como *ratio* (razão) em cada interpretação-aplicação jurídica é que garante a coerência entre elas<sup>378</sup>.

De fato, vive-se um período de maior insegurança e é legítimo que se busque minimizar tal sentimento, mas não é correta a imputação de tal consequência unicamente à disseminação do uso de princípios e direitos fundamentais, até mesmo porque o quadro dogmático-positivista anterior conferia uma segurança altamente questionável.

Uma fundamentada construção teórica sobre o significado dos princípios, que impeça idiosincrasias poderá contribuir para evitar a pecha de insegurança que vez ou outra é lançada sobre o direito aplicado sobre as égides deste “novo constitucionalismo”.

Quem procura responder a tal objeção é Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] a inevitável tensão entre o que se poderia designar de um conteúdo (ou talvez fosse melhor falar em potencial) autoritário e as dimensões plural e democrática dos princípios, que, a despeito de todas as possíveis objeções (parte das quais já apontadas), não têm o condão – pelo menos tal é a nossa convicção – de neutralizar as virtudes normativas dos princípios e o

<sup>377</sup> BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**: rumo a uma outra modernidade. *Op. cit.*, p. 149.

<sup>378</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Perspectivas a partir do direito civil constitucional. In: **Direito civil contemporâneo**: novos problemas à luz da legalidade constitucional. Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008. p. 41.

papel crucial que exercem não apenas para o direito como um todo, mas também e de modo em especial para o desenvolvimento do direito por meio da jurisprudência.<sup>379</sup>

Outra crítica que é lançada sobre a constitucionalização do Direito é que, em face da extensão da matéria tratada pelo texto constitucional em Cartas como a brasileira, praticamente todos os temas seriam de tratamento exclusivo do direito constitucional<sup>380</sup>.

Cabe, desde logo, registrar que o texto constitucional efetivamente se reflete por todo ordenamento, inexistindo “guetos” que fiquem imunes à Constituição. Entretanto, tal aspecto não significa que o direito constitucional vá se sobrepor às outras matérias por completo, mas apenas que se trabalhará a partir de uma nova concepção unitária do ordenamento, na qual o direito constitucional realiza salutar diálogo com os demais ramos.

Não se nega que existam limites para o processo de constitucionalização, conforme percebe e Daniel Sarmento, que, ao tratar de um de seus aspectos (no caso, da filtragem), afirma:

Sem embargo, há limites para a filtragem constitucional do Direito. Se quisermos levar a sério a democracia, o impacto negativo que uma ‘panconstitucionalização’ do Direito pode exercer sobre ela tem que ser sopesado.<sup>381</sup>

Em seguida, Sarmento argumenta sobre os motivos que o levam a admitir que uma Constituição não deve ser vista como um remédio jurídico apto a responder sozinha pelas questões postas no cotidiano da sociedade:

Uma teoria constitucional minimamente comprometida com a democracia deve reconhecer que a Constituição deve deixar espaços de liberdade para o legislador e para os indivíduos, nos quais a autonomia política do povo e a autonomia privada da pessoa humana podem ser exercitadas.<sup>382</sup>

<sup>379</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Breves notas sobre a contribuição dos princípios para a renovação da jurisprudência brasileira. In: **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008. p. 308-309.

<sup>380</sup> “Ou seja, ao constitucionalizar tudo, tornando o tribunal constitucional o grande ator da concretização e da interpretação do texto constitucional, o risco é de que isto represente, como reação, a constitucionalização do nada, com a atividade político-partidária cada vez menos vinculada, na prática, às determinações constitucionais.” (BERCOVICI, Gilberto. A constitucionalização dirigente e a constitucionalização de tudo (ou do nada). *Op. cit.*, p. 174.

<sup>381</sup> SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda. *Op. cit.*, p. 140.

<sup>382</sup> *Idem*, p. 140.

São relevantes os riscos descritos e certamente merecedores de consideração, entretanto, o próprio autor das objeções auxilia na resposta ao concluir que “de qualquer forma, é importante frisar que a filtragem constitucional não conduz, necessariamente, à anarquia metodológica e à ‘carnavalização’ da Constituição”<sup>383</sup>.

Em outros termos, a construção dogmático-teórica e a experiência jurisprudencial constitucional brasileira não indicam que se estejam ignorando limites constitucionais ou legitimando excessos injustificáveis, pelo contrário. Ainda assim, é importante sempre ter em vista as objeções apresentadas e refletir detidamente sobre elas, eis que tal cautela permitirá não perder de vistas os limites de tais procedimentos.

As concepções sobre princípios e direitos fundamentais advindas desse novo constitucionalismo certamente não são a panaceia do Direito – e nem mesmo têm tal pretensão, mas permitem a análise do tema de acordo com os tempos vividos e conforme as mediações teóricas possíveis. A superação do modelo anterior (positivista clássico, lastreado na subsunção) era inevitável e necessária, sendo que paulatinamente se está adaptando o modelo atualmente em voga às demandas contemporâneas e aos limites de sua própria proposta.

Maria Celina Bodin de Moraes reconhece certa crítica e o risco que é inerente a este método de aplicação do direito:

A consolidação da metodologia pós-positivista em nossa doutrina e, especialmente, em nossos tribunais, tem sinalizado para o crescente perigo do excesso de voluntarismo do juiz. A necessária superação do formalismo por uma perspectiva mais flexível e principiológica tem sido efetivada os tribunais e agora nos deparamos com o perigo oposto. O receio dos juristas atuais parece encontrar eco nas tantas decisões que, sob a alegação da aplicação de princípios constitucionais, servem a dar vazão à opinião pessoal do juiz, sem outras motivações racionalistas ou substanciais. [...] De fato a ‘constitucionalização’ não pode funcionar como um pretexto para conferir ao magistrado carta branca para decidir conforme suas convicções pessoais, acobertado pelo manto da invocação genérica e falaciosa de algum princípio constitucional que nele acredite amparar sua própria e individual versão de justiça.<sup>384</sup>

Há que se estar atento ao risco de excessos para que se possa, adequadamente, evitar tais equívocos na adoção das premissas que são

---

<sup>383</sup> *Idem*, p. 140 e 147.

<sup>384</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na Medida da Pessoa Humana**: estudos sobre direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. x-xi.

defendidas. Por outro lado, há que reconhecer que parcela da realização do direito é inevitavelmente subjetiva, o que é inerente à própria condição humana. Em vista disso, a busca não deve ser por tentar se tolher (ou esconder) tal característica, mas sim por se reconhecê-la e externá-la, exigindo que se explicitem sua argumentação e fundamentação.

A realidade constitucional brasileira é vasta na adoção de princípios e direitos fundamentais, o que deve ser compreendido e incorporado ao sistema jurídico como um todo, eis que deve ser visto como unitário e harmônico. A partir da adoção dos aportes teóricos advindos do chamado novo constitucionalismo será outra a leitura que se fará dos diversos ramos do Direito, inclusive do direito civil. Esta ordem de ideias trará consequências de tal relevância que acabará por influenciar até mesmo a metodologia de aplicação do direito na atualidade.

## CAPÍTULO IV – METODOLOGIA INTERPRETATIVA DO DIREITO CIVIL NA CONTEMPORANEIDADE

### Seção I. Reconhecimento das diversas formas de expressão do Direito

Percebe-se ainda hoje a presença de uma das principais heranças do projeto jurídico moderno: a identificação do Direito com a lei. Também acirrada pela leitura positivista, esta redução do que se entende por Direito é tão marcante que ultrapassa a mente dos juristas e se dissemina na própria sociedade. Durante aproximadamente dois séculos, construiu-se a noção de que o Direito significa precipuamente o direito posto pelo Estado (na forma de lei)<sup>385</sup>.

Para esta leitura, a percepção do que seria o Direito em determinada sociedade equivaleria às leis por ela expressamente adotadas como vigentes em dado momento histórico. Esta ideia, com algumas variações, permeou grande parte das teses jurídicas do direito moderno. O espaço deixado para o que poderiam ser outras formas de expressão do Direito<sup>386</sup> (doutrina, jurisprudência, costumes, valores, princípios, práticas consolidadas) era reduzido e delimitado. Pode-se dizer que de diminuto no máximo culminou com a aceitação tímida no auge da leitura positivista<sup>387</sup>.

---

<sup>385</sup> “O problema das fontes, do sistema das fontes – de todas as fontes –, é sentido pela cultura jurídica burguesa como problema intimamente, genuinamente, constitucional, no coração da constituição do novo Estado; ou seja, não somente no heróico momento da conquista ou próximo a essa, mas também em tempos bastante distantes, com uma continuidade inerte que tem muito a dizer. Vêm em mente os escritos dos civilistas italianos do início do século XX, que recentemente reli para uma pesquisa, os quais estariam inclinados a reconhecer a doutrina e a jurisprudência como fontes de direito, mas o negam categoricamente por motivos de índole exclusivamente constitucional: tal fato teria constituído uma lesão à coluna que sustenta todo o Estado de direito burguês, ou seja, o princípio de divisão dos poderes.” (GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. *Op. cit.*, p. 98)

<sup>386</sup> Opta-se aqui pela expressão adotada pelo professor Limongi França, que preferia tal denominação a por muitos adotada como ‘fontes do direito’: “Na verdade, as impropriamente chamadas ‘fontes formais’ do Direito, a rigor, não constituem *fontes* porque não *geram* as regras jurídicas; antes, são simples *modos de expressão*, são meios através dos quais, pela mão do legislador (Lei), do povo (Costume) ou dos jurisperitos (Direito Científico), o Direito se exterioriza, assumindo a feição de norma coercitiva.” (FRANÇA, R. Limongi. **Princípios Gerais do Direito**. *Op. cit.*, p. 26).

<sup>387</sup> No Brasil, essa posição era adotada claramente pela antiga Lei de Introdução ao Código Civil (hoje Lei de Introdução às Normas), particularmente pelo seu art. 4º, conforme visto no tópico que tratou da alteração do entendimento sobre princípios. Um dos autores que questiona a manutenção atual deste dispositivo no nosso sistema é Lucas Abreu Barroso: “Causa-nos espécie constatar que em meio a tantos debates levados a efeito com a promulgação da

Do culto à lei da Escola da Exegese ao positivismo normativista do século XX consolidou-se a noção de que a assimilação do Direito cinge a uma análise da lei. Apenas em casos de omissão do sistema legal é que seria admissível um recurso a outros elementos. A influência de tal concepção na formação do jurista brasileiro ressoa ainda contemporaneamente:

Ocorre que a grande maioria dos nossos operadores jurídicos se graduou no auge do positivismo e aprendeu que 'direito é lei' e que, no nosso caso, 'lei é código' e, portanto, quanto mais se conhece 'o Código', mais direito se sabe. Com efeito, no tempo do positivismo jurídico, estudar direito significava apreender e compreender o significado das regras jurídicas contidas no Código Civil através, principalmente, da sua memorização.<sup>388</sup>

Uma das nuances do pós-positivismo envolveu a crítica de tal concepção, de modo a procurar reconstruir a inteireza do Direito, com a retomada de outras dimensões que não a legal. Historiadores do direito trouxeram estudos de outros períodos históricos para aclarar que essa redução do Direito à lei não imperou desde sempre, mas, sim, restou vincada pelo recorte realizado pelo direito da modernidade<sup>389</sup>.

A partir do impulso conferido pelo novo papel dos princípios e a assunção da relevância dos direitos fundamentais, tomou corpo a análise que passou a sustentar o reconhecimento jurídico das diversas formas de expressão que o Direito pode ter. Ante ao patente reconhecimento que a lei não respondeu, isoladamente, a todos os desafios que os séculos XIX e XX lhe apresentaram, conforme apostavam os defensores do projeto jurídico moderno, restou inevitável o abandono de tal dogma.

O isolamento do Direito, adotado em decorrência de um discurso que sustentava que tal proceder levaria à sua correta percepção e aplicação, acabou por

---

Constituição Federal de 1988 e com a edição do Código Civil de 2002 questões tão relevantes não tenham sido levantadas. Algumas delas referem-se à Lei de Introdução ao Código Civil no confronto com a constitucionalização do direito privado. [...] Destarte, parece evidente a revogação do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil." (BARROSO, Lucas Abreu. **A Realização do Direito Civil: entre normas jurídicas e práticas sociais**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 41-43)

<sup>388</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na Medida da Pessoa Humana: estudos de direito civil**. *Op. cit.*, p. xiii.

<sup>389</sup> "O súbito esquecimento e a impiedosa repressão da cultura jurídica pluralista mais antiga por parte do iluminismo passaram despercebidos, como é também o caso da ainda dominante cultura histórica sobre a construção da modernidade na Europa. [...] De facto, a maior parte dos juristas, bem como dos leigos, partem do princípio de que o direito está irredutivelmente ligado ao modernismo, tão profundo é o esquecimento a que foram votadas as mais antigas concepções sobre a ordem social e tão inevitável parecer ser hoje a identificação entre direito (hoje lei) e Estado. Pretendo provar que não é assim." (HESPANHA, António Manuel. **Os juristas como couteiros – A ordem na Europa Ocidental nos inícios da Idade Moderna**. *Op. cit.*, p. 243)



não se mostrar adequado, a partir do que houve paulatina busca pela retomada do influxo com as outras disciplinas.

É necessário privilegiar o retorno ao estudo das fontes em uma acepção ampla sem distinções excessiva entre fontes jurídicas e não jurídicas, com consciência de que o fenômeno jurídico não se exaure naquele legislativo e jurisprudencial, mas se identifica com a experiência global do social.<sup>390</sup>

A rediscussão das formas de manifestação do Direito perpassou pela questão da retomada da conexão do Direito com a moral, com a filosofia, com a antropologia, com a sociologia, com a psiquiatria, com a economia, enfim, com todas as disciplinas correlatas relevantes na adequada percepção da experiência<sup>391</sup>.

Após o quadro de crise do Direito delineado na metade do século passado, defendeu-se mais incisivamente que o Direito não se subsume à lei, sendo esta apenas uma parte do fenômeno jurídico, relevante – o que é verdade – mas não a única<sup>392</sup>. A doutrina discorreu sobre a inclusão dos princípios como elementos integradores do sistema jurídico, ainda que não positivados<sup>393</sup>. No mesmo sentido cresceu a defesa pelo reconhecimento dos valores como elementos integrantes do Direito.

Valores e princípios tornaram-se, por isso, objeto de crescente interesse da doutrina jurídica, diversamente do pensamento jurídico da modernidade que, sob a influência do positivismo normativista, considerava o direito apenas como um sistema de normas e estas como o seu elemento fundamental. Juntamente com os costumes, os princípios jurídicos são

<sup>390</sup> PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. *Op. cit.*, p. 62.

<sup>391</sup> “Na complexidade, esse fenômeno apresenta, neste momento, um interessante banco de prova que se abre em afazeres epistemológicos que acolhem as novas demandas da juridicidade, ao lado da recuperação discursiva de valores como ética e justiça. Um ensaio pode ser caminho aconselhável para encontrar interrogações que entrelaçam o Direito e a sociedade.” (FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. *Op. cit.*, p. 4)

<sup>392</sup> Nesse sentido a posição dos professores de direito de família José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz: “No plano da teoria das fontes, o emprego aqui feito da palavra «regra» não significa uma opção legalista ou positivista: pelo contrário, admitimos não ser a lei a única fonte do direito, admitimos o caráter de fonte que tem, por exemplo, a jurisprudência e admitimos ainda a existência de fontes não estatais, como é o caso do costume.” (OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de direito de família**. *Op. cit.*, p. 26)

<sup>393</sup> “Os princípios jurídicos, na qualidade de Fontes de direito, são normas jurídicas fundamentais que resultam da aplicação do princípio da justiça a várias situações de interesse da natureza em geral. Perante o seu carácter geral deduzido da *ideia de direito* em termos objectivamente cognitivos eles não podem ser desconhecidos em qualquer comunidade jurídica. Pertencem ao direito positivo e não ao chamado ‘direito suprapositivo’, conferindo a qualquer ordem jurídica fundamento normativo e emprestando-lhe o conteúdo mínimo ético.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Princípios: Entre a Sabedoria e a Aprendizagem**. *Op. cit.*, p. 8)

fontes extralegais do direito, no sentido de não se tornarem explícitos em enunciados jurídicos.<sup>394</sup>

A partir disso, parte relevante do discurso jurídico passou a sustentar que as formas de expressão do Direito envolveriam a lei, os princípios, o costume e a jurisprudência<sup>395</sup>. Também a doutrina passou a conquistar algum espaço, ainda que não central, como manifestação legítima do Direito<sup>396</sup>.

Claramente se delineou um momento plural na percepção das diversas manifestações que o Direito poderia ter, sendo a lei apenas uma delas. Essas formas de expressão estão, de certo modo, assimiladas por grande parte dos juristas na atualidade. Entretanto, há relevante aspecto que não pode ser ignorado e merece ser destacado. Ao perceber que o foco da atenção do Direito deve ser a sociedade e seus problemas, transparecem novamente os fatos sociais como elementos relevantes. *A força construtiva dos fatos sociais*, locução que se tributa a Luiz Edson Fachin, deve ser reconhecida como forma de expressão do Direito:

Esse quadro não possui cores tão bem definidas, pois é precisamente a demanda suscitada pela realidade que impinge ao Direito uma providência, sendo que esta muitas vezes pode não se encontrar definida na codificação, porém convencionalizada na jurisprudência e na doutrina. São fatos, portanto, que originariamente se encontram fora dessa moldura, mas que gradativamente no interior dela vão se compondo.<sup>397</sup>

Urge permitir, de algum modo, que os fatos sociais que possuem robustez suficiente sejam assimilados pelo Direito, o que consagrará o saudável e constante contato do Direito com a realidade<sup>398</sup>. O Direito – e particularmente o direito civil –

<sup>394</sup> AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: Introdução. 7. ed., rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 61.

<sup>395</sup> “A doutrina identifica as fontes formais de um sistema de direito, que são aquelas que resultam obrigatoriamente de uma norma de reconhecimento. Possuem este caráter a lei, bem como os princípios gerais do direito, o costume – nos casos reconhecidos pelo ordenamento – e a jurisprudência obrigatória.” (LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial**: fundamentos de direito. *Op. cit.*, p. 77)

<sup>396</sup> “O papel da doutrina, no âmbito do direito civil, adquire maior importância, empenhada não mais em dar forma racional a uma realidade que lhe é oferecida pela História, como fez a Escola da Exegese, mas em construir as bases objetivas e funcionais para a realização de um direito civil que corresponda à tábua de valores prevista constitucionalmente.” (TEPEDINO, Gustavo. Por Uma Nova Dogmática. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Tomo II, p. 348)

<sup>397</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. *Op. cit.*, p. 39.

<sup>398</sup> “Nos dias de hoje, o reconhecimento legal, pela Constituição Federal, da separação de fato e da chamada união estável como produtores de efeitos jurídicos demonstra a tendência do Direito Civil a afastar-se dos formalismos para aproximar-se da realidade da vida (das chamadas relações fáticas). Sobressai, sob este prisma, o estudo jurídico das relações de fato [...]”

não é imutável ou indene às alterações sociais da sociedade que regula. Em um quadro contemporâneo como o já descrito anteriormente (no qual as constantes e céleres alterações são a marca registrada do momento), é essencial que a teoria permita ao Direito perceber tais alterações e, quando necessário, as assimile.

Como as decisões judiciais geralmente são as primeiras chamadas a responder aos reclamos originados dos fatos sociais ainda não legislados, “lugar especial, para além da mecânica hermenêutica, há de ser dado à jurisprudência, a ensejar um sistema aberto e democrático”<sup>399</sup>. O percurso construtivo percorrido pela afetividade no direito de família brasileiro bem demonstra esta relevância da jurisprudência nesta tarefa, eis que foi acolhida pelos tribunais antes de qualquer positivação anterior.

A contribuição da doutrina pode merecer certo relevo nesse quadro de instabilidade, pois se mostra – de modo geral – mais ágil e sensível aos reclamos sociais. Melhor ainda se tanto doutrina como jurisprudência procurassem se aproximar uma da outra, de modo a fornecer elementos mais substanciais a quem pretende compreender o que querem dizer.

Outra peculiaridade que merece destaque é a disseminação dos estatutos, que passam a tratar, de modo apartado, de diversos setores específicos das relações sociais (criança e adolescente, idoso, consumidor etc.). Paralelo a isso, a ainda incipiente, mas crescente, necessidade de aceitação e harmonia de ordenamentos alienígenas ou comunitários. Essa pluralidade pode levar a um *diálogo das fontes*, na lição de Claudia Lima Marques<sup>400</sup>, baseada nos conceitos de Erik Jaime<sup>401</sup>.

---

(MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As Famílias Não Fundadas no Casamento e a Condição Feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 48)

<sup>399</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. *Op. cit.*, p. 69.

<sup>400</sup> MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

<sup>401</sup> “Em seu Curso Geral de Haia, de 1995, Erik Jayme ensinava que face ao ‘pluralismo pós-moderno’ de fontes legislativas (cada vez mais se legisla, nacional e internacionalmente, sobre temas convergentes), ressurge a necessidade de coordenação entre as leis no mesmo ordenamento jurídico, a exigência de um sistema eficiente e justo. [...] Como ensina Erik Jayme, em tempos pós-modernos, o diálogo só se inicia na consciência das diferenças e de que a pluralidade de modelos é considerada um valor jurídico. Em outras palavras, o diálogo significa duas lógicas (di-a-logos), é o contrário da monossolução (monólogo) e se dá verdadeiramente quando é um ‘diálogo entre as diferenças’.” (MARQUES, Claudia Lima. Direito na Pós-Modernidade e a Teoria de Erik Jayme. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de (Org.). **Faces do Multiculturalismo**: Teoria – Política – Direito. Santo Ângelo: Ediuri, 2007. p. 30)

Nessa ordem de ideias, é possível sustentar a necessidade de superação do monismo de fonte e o reconhecimento das diversas manifestações do Direito, que deve envolver uma pluralidade de expressões e conceder espaço para a força criativa dos fatos sociais<sup>402</sup>. Nas palavras de Luiz Edson Fachin:

A expressão apreendida no 'mundo da vida' e cooptada pelo sistema mostra que há uma lógica na apropriação desses fenômenos, e esta significa um recolhimento com alguma congruência. Nessa perspectiva, há a marca da lógica no sistema, caracterizada pela congruência da relação que interpenetra o Direito e a sociedade, sofrendo uma contínua turbulência. O sistema jurídico sofre os abalos do dinamismo que compões a história, pois os valores a ele incorporados estão em constante mutação.<sup>403</sup>

Uma postura aberta no momento da verificação das manifestações do Direito poderá permitir o reconhecimento da afetividade presente nos relacionamentos sociais pelo direito de família, sendo exemplo de como os fatos podem possuir força construtiva que influenciem o próprio Direito.

Essa leitura plural das diversas formas de expressão que o Direito pode ter é necessária para que ele possa persistir na busca por bem regular a sociedade complexa e fluida que ora se apresenta<sup>404</sup>.

## Seção II. Hermenêutica tópico-sistemática com prevalência da Constituição

O direito civil, como não poderia deixar de ser, sofreu influxos de todos esses aportes teóricos desenvolvidos nos últimos anos, sendo reflexo desta

<sup>402</sup> “Eis que, quiçá, desmontem duas estruturas fundantes: a razão normativa como fonte estatal única e a autonomia da vontade como sustentadora do sujeito universal. O pluralismo de fontes, a força criativa dos fatos e a afirmação dos espaços de não-direitos como ensejadores de transformação social e jurídica implicam a primeira estrutura, e abrem possibilidades antes negadas.” (FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. *Op. cit.*, p. 83)

<sup>403</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. *Op. cit.*, p. 202.

<sup>404</sup> “A sociedade atual, diversamente da que existia à época da aprovação do Código Beviláqua, é uma sociedade complexa, pluralista e de risco, fragmentada, dominada pelo conhecimento e pela informação. Nela não se aceita irrestritamente o monismo jurídico, no sentido do monopólio estatal da produção jurídica. Substituiu-o, embora não totalmente, a crença no pluralismo das fontes do direito, nas quais têm importância crescente os princípios jurídicos. À crença na abstração e na generalidade das regras jurídicas, típicas do direito moderno, contrapõe-se a admissibilidade de normas concretas e individuais, como as que emergem, por exemplo, de uma sentença judicial, de um contrato, de um ato administrativo específico.” (AMARAL, Francisco. O Código Civil e o Problema Metodológico de sua Realização. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Orgs.). **Direito Civil**: direito patrimonial; direito existencial. Estudos em Homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Método, 2006. p. 14-15)

passagem que se percebe do direito moderno ao que se entende por direito contemporâneo<sup>405</sup>.

A forma de compreensão do Direito está profundamente interligada a outras concepções teóricas adotadas (filosóficas, políticas, sociológicas), de modo que esta definição envolve extensas e complexas questões<sup>406</sup>. Sem adentrar na seara de uma teoria geral contemporânea de direito civil, eis que não é objeto deste trabalho, citar-se-ão algumas posições adotadas que parecem necessárias ao prosseguimento do que aqui se pretende, especificamente quanto à questão hermenêutica<sup>407</sup>.

O atual debate envolve alteração da matriz posta com o direito moderno<sup>408</sup>, superação da leitura positivista, constitucionalização do Direito, novo constitucionalismo, teoria dos princípios, direitos fundamentais e aspectos críticos da teoria geral clássica do direito civil<sup>409</sup>. Tais concepções inevitavelmente ressoam no

---

<sup>405</sup> “Vivemos numa sociedade complexa, pluralista e fragmentada, para a qual os tradicionais modelos jurídicos já se mostraram insuficientes, impondo-se à ciência do direito a construção de novas e adequadas ‘estruturas jurídicas de resposta’, capazes de assegurar a realização da justiça e da segurança, em uma sociedade de rápido processo de mudança.” (AMARAL, Francisco. O Direito Civil na Pós-Modernidade. *Op. cit.*, p. 63-64)

<sup>406</sup> “O direito é um produto histórico-cultural, como já assinalado, sendo manifesta a sua conexão com o poder, seja ele econômico, ideológico ou político. Esse último dispõe o poder coativo, garantia do direito e monopólio do Estado. A conexão entre o direito e a força cria as condições para a existência de um sistema jurídico e institucionaliza o sistema das fontes do direito.” (AMARAL, Francisco. O Direito Civil na Pós Modernidade. *Op. cit.*, p. 72)

<sup>407</sup> Em que pese não seja o objeto central deste trabalho parece necessário pontuar algumas questões preliminares sobre a concepção hermenêutica adotada, sem que isso signifique que se ignorem outras teorias a respeito. Há ainda profundo dissenso teórico sobre o tema, o que dificulta em muito qualquer exposição sobre o tema. Entretanto, com este esclarecimento inicial, ciente dos riscos e das dificuldades, e também com a noção de que até mesmo a concepção hermenêutica adotada sofre críticas e tem questões a aperfeiçoar e responder externam-se brevemente algumas posições.

<sup>408</sup> Para essa racionalidade, resumidamente, só haveria direito onde houvesse um modelo de regulação expressa previamente posta que o concedesse guarida, caso contrário inexistia qualquer direito, pouco importando a situação fática que se apresentava. Essa formatação de elevada abstração e inevitável exclusão se mostrou um instrumento ideológico hábil. Seus fundamentos teóricos se vinculavam a uma forte ideia de igualdade formal. Posteriormente, o positivismo agravou ainda mais este quadro de abstração com sua tentativa de depuração metodológica do Direito e forte defesa de uma racionalidade sistêmica do Estado, do mercado e do direito. Com base nestes pressupostos, cria-se um sistema que não compatibiliza a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas; inexistente vínculo com a realidade; ignora-se a pessoa humana (concreta) e sua dignidade (na *práxis*). É possível notar que esta estrutura clássica possui racionalidade diversa da que compreende a Constituição como elemento central do ordenamento, que confere primazia à pessoa humana e reconhece a incidência dos direitos fundamentais até mesmo nas relações privadas (conforme exposto no Capítulo II).

<sup>409</sup> Aspectos já analisados mais detidamente no Capítulo III.

entendimento do que se entende por interpretação do Direito<sup>410</sup>, afetando o modelo exegético tradicional<sup>411</sup>.

Nesse contexto, a interpretação assume um relevante papel, que não o mero esclarecimento do sentido de um texto isolado, conforme enfatiza Pietro Perlingieri:

A teoria da interpretação, mais do que técnica voltada a esclarecer os significados de normas bem individuadas, assume, em um ordenamento complexo e aberto, a função mais delicada de individuar a normativa a ser aplicada ao caso concreto, combinando e coligando disposições, as mais variadas, mesmo de nível e proveniência diversos, para conseguir extrair do caos legislativo a solução mais congruente, respeitando os valores e os interesses considerados normativamente prevalentes assim como os cânones da equidade, proporcionalidade e razoabilidade.<sup>412</sup>

Essa perspectiva hermenêutica envolve a relevante tarefa de exprimir o espírito do sistema e externar a normativa que dele extrai para solução de determinado caso concreto<sup>413</sup>. A adoção desse viés interpretativo faz ressurgir com intensidade o destaque ao papel do Direito solucionador de conflitos. Todo o sistema jurídico é pensado com a finalidade de dar resposta a uma demanda concreta da sociedade, e esta percepção é vital (embora tenha sido subjugada por muito tempo)<sup>414</sup>. É possível afirmar que “o sentido tradicionalmente hermenêutico e positivista vem a ser substituído por um sentido prático normativo”<sup>415</sup>, o que desenha um novo paradigma hermenêutico.

<sup>410</sup> Aqui se adota o termo *hermenêutica* como sinônimo de interpretação, conforme posição de Juarez Freitas. (FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. *Op. cit.*, p. 23-24)

<sup>411</sup> “Esse modelo seguia a concepção tradicional, o método exegético, que estava na base do direito francês, de grande influência na primeira codificação brasileira. Para esse modelo, a interpretação jurídica, que não era uma simples interpretação literária, cultivava grande fidelidade ao texto legal, de modo a dizer-se que culto da lei substituía o culto do direito. O direito é o que estava na lei, a única fonte do direito, e os juízes deviam ser apenas *‘la bouche qui prononce les paroles de la loi’*. Se o texto era claro, não devia interpretar-se a lei (*in claris non fit interpretatio*). Se obscuro, devia pesquisar-se a vontade do legislador, recorrendo-se à exposição de motivos, aos trabalhos preparatórios. A interpretação jurídica era assim concebida como tarefa secundária, ocasional e meramente declaratória. Quanto ao processo adotado, seguia-se o método lógico-dedutivo, na forma do silogismo judiciário.” (AMARAL, Francisco. *A Interpretação Jurídica Segundo o Código Civil*. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, Forense, n. 29, p. 20-21, 2º sem./2007)

<sup>412</sup> PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. *Op. cit.*, p. 222-233.

<sup>413</sup> “Se o ordenamento é unitário, moldado na tensão dialética da argamassa única dos fatos e das normas, cada regra deve ser interpretada e aplicada a um só tempo, refletindo o conjunto das normas em vigor. A norma do caso concreto é definida pelas circunstâncias fáticas na qual incide, sendo extraída do conjunto normativo em que se constitui o ordenamento como um todo.” (TEPEDINO, Gustavo. *O Ocaso da Subsunção*. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Tomo III, p. 444-445)

<sup>414</sup> NEVES, Castanheira. **Metodologia Jurídica**. Problemas fundamentais. *Op. cit.*, p. 108.

<sup>415</sup> AMARAL, Francisco. *A Interpretação Jurídica Segundo o Código Civil*. *Op. cit.*, p. 38.

Acrescenta-se a isso tudo o fato de que a sociedade deste novo milênio possui características próprias, já brevemente analisadas, e que certamente não simplificam a tarefa dos juristas<sup>416</sup>. Esse conjunto de aportes teóricos e práticos traz à tona a necessidade de reflexão sobre a forma de realização do Direito na atualidade, ou seja, como o jurista deve proceder para a materialização do direito no caso concreto de acordo com estas premissas contemporâneas<sup>417</sup>. Nessa toada, é possível sustentar que o

Desafio será compreender o Direito Civil do terceiro milênio para estar próximo aos fatos e às circunstâncias, saber conviver com uma indispensável instabilidade que lhe dê entradas e saídas, dos fatos para o Direito e do Direito para os fatos. Daí por que, talvez, há de se pensar o sistema jurídico como um sistema que se reconstrói cotidianamente, que não é pronto e acabado, que está à disposição dos indivíduos e da sociedade para nele se retratarem.<sup>418</sup>

Na tentativa de perseguir tal tarefa, sustenta-se que o direito civil deve caminhar para a superação da rigidez literal hermenêutica – posição, não unânime, mas que aqui é adotada. Inicialmente impende destacar que se entende interpretação e aplicação do direito como ato único, que não se desenvolve em fases distintas como se defendeu outrora, pois são inseparáveis<sup>419</sup>. Na esteira do pensamento de Castanheira Neves, é crescente o reconhecimento de que a interpretação envolve a realização do direito no caso concreto, em um processo único, conforme esclarece Francisco Amaral:

Hoje consideração interpretação jurídica como operação intelectual única e integral. Não mais a interpretação da lei, mas sim um ato de realização do direito, reconhecendo-se que a interpretação jurídica é essencialmente a compreensão do critério normativo da concreta solução do problema.<sup>420</sup>

<sup>416</sup> Faz-se remissão às considerações do Capítulo I. Sobre uma análise neste sentido: AMARAL, Francisco. O Direito Civil na Pós-Modernidade. *Op. cit.*, p. 61-77.

<sup>417</sup> “[...] a interpretação é o acto metodológico de determinação no sentido jurídico-normativo de uma fonte jurídica em ordem a obter dela um critério jurídico (um critério normativo de direito) no âmbito de uma problemática realização do direito e enquanto momento normativo metodológico dessa mesma realização.” (NEVES, Castanheira. **Metodologia Jurídica**. Problemas fundamentais. *Op. cit.*, p. 83)

<sup>418</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. *Op. cit.*, p. 129.

<sup>419</sup> “Não será demasiada a insistência neste ponto: interpretação e aplicação não se realizam autonomamente. A separação em duas etapas – de interpretação e aplicação – decorre da equivocada concepção da primeira como mera operação da subsunção.” (GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. *Op. cit.*, p. 35)

<sup>420</sup> AMARAL, Francisco. O Código Civil e o problema metodológico de sua realização. *Op. cit.*, p. 22.

A interpretação do direito visa solucionar situações concretas, cientes da historicidade que lhe é subjacente, como um “*procedimiento dialéctico que problematiza y que se basa en la crítica y la permanente reconstrucción de los sentidos que se le atribuyen al campo jurídico*”<sup>421</sup>. Isso exige que sua interpretação se desenvolva com um método flexível, ciente de tais variáveis. Nessa perspectiva, a norma (lei) será apenas um dos fatores que influenciarão no resultado hermenêutico, mas não o único<sup>422</sup>. Para além das normas, também os fatos farão parte do processo interpretativo, de modo que o resultado do processo hermenêutico será influenciado pelos dados concretos que o compõem<sup>423</sup>.

Outra premissa que merece atenção é que toda norma é resultado de um processo hermenêutico sobre um texto, com vistas à sua aplicação concreta. Tal procedimento envolve a compreensão de todo e qualquer texto, exige interpretação, e não apenas daqueles tidos por obscuros ou complexos:

A concretização implica um caminhar do texto da norma para a norma concreta (a norma jurídica), que não é ainda, todavia, o destino a ser alcançado; a concretização somente se realiza em sua plenitude no passo seguinte, quando é definida a norma de decisão, apta a dar solução ao conflito que consubstancia o caso concreto. Por isso, sustento que interpretação e concretização se superpõem. Inexiste, hoje, interpretação do direito sem concretização, esta é a derradeira etapa daquela.<sup>424</sup>

Esse trilhar permitirá que se chegue a respostas diversas para um mesmo problema, afastando a concepção que sustenta que em cada sistema há apenas uma resposta correta<sup>425</sup>. Há que se superar a técnica da subsunção<sup>426</sup>, eis que a

<sup>421</sup> FACHIN, Luiz Edson. La Construcción del Derecho Privado Contemporáneo Brasileño. **Revista de Derecho Comparado**, n. 15: reformas concursales: segunda parte/dirigido por Júlio César Rivera Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2009. p. 244. Em tradução livre: “*procedimiento dialéctico que problematiza e que se embasa na crítica e na permanente reconstrução dos sentidos que se atribuem ao campo jurídico*”.

<sup>422</sup> “A norma assim compreendida-determinada é, pois, só um ponto de partida, apenas um factor (factor-critério) da dialéctica judicativo-decisória do caso concreto. Dialéctica essa em que se vem reconhecer o *continuum*, já referido, entre o que se dizia *interpretação, aplicação e integração* e através do qual a interpretação jurídica verdadeiramente se consuma”. (NEVES, Castanheira. **Metodologia Jurídica**. Problemas fundamentais. *Op. cit.*, p. 154)

<sup>423</sup> “O intérprete procede à interpretação dos textos normativos e, concomitantemente, dos fatos, de sorte que o modo sob o qual os acontecimentos que compõem o caso se apresentam vai também pesar de maneira determinante na produção da(s) norma(s) aplicável(eis) ao caso.” (GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. *Op. cit.*, p. 26)

<sup>424</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. *Op. cit.*, p. 29.

<sup>425</sup> “Nego peremptoriamente a existência de uma única resposta correta (verdadeira, portanto) para o caso jurídico – ainda que o intérprete esteja, através dos princípios, vinculado pelo sistema



interpretação deve ser vista como um *posterius* e não como um *prius*, como defende a teoria subsuntiva<sup>427</sup>. Tal ordem de ideias envolve uma outra metodologia interpretativa do direito contemporâneo, que diverge do procedimento exegético do positivismo legalista da modernidade<sup>428</sup>.

Uma das principais consequências é o reconhecimento do primado dos princípios: eles é que balizarão a interpretação da regra, de modo que, para Francisco Amaral, se contrária ao princípio, a norma poderá ceder em favor dele, ou seja, dever-se-ão privilegiar os fundamentos axiológicos do sistema. Ressalte-se, que a decisão do caso será sempre de acordo com os elementos fáticos que o orientem (ou seja, esta não é uma solução obtida *a priori*, formalmente, e nem mesmo há de ser a mesma em todos os casos, de acordo com a situação fática *sub examen* é possível que o sistema indique, até mesmo, que a norma deva mesmo prevalecer em determinada situação)<sup>429</sup>.

Essa hermenêutica é frontalmente diversa da aplicada pelo sistema positivista clássico, sendo necessário se livrar dos resquícios excessivamente

jurídico.” (GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. *Op. cit.*, p. 40)

<sup>426</sup> “A evolução da reflexão hermenêutica permitiu a superação da concepção da interpretação como técnica da subsunção do fato no álveo da previsão legal e instalou a verificação de que ela se desenvolve a partir de pressuposições.” (GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. *Op. cit.*, p. 41)

<sup>427</sup> NEVES, Castanheira. **Metodologia Jurídica**. Problemas fundamentais. *Op. cit.*, p. 118.

<sup>428</sup> “Obtem-se, com isso, uma gradativa passagem do normativismo legalista da modernidade, cujas principais coordenadas eram a norma jurídica como ponto de partida, a concepção do direito como um sistema de normas e o pensamento jurídico como intencionalmente referido a normas, com objetivo da sua aplicação (paradigma da aplicação), tendencialmente dedutiva desse mesmo sistema, para uma perspectiva capaz de recuperar o sentido do próprio direito, o direito como *iuris-prudentia*, por isso mesmo chamado jurisprudencialismo, cujas coordenadas seriam o caso, o problema, como ponto de partida e os princípios axiológico-normativos como fundamento, e o pensamento jurídico como pensamento judicativo-decisório.” (AMARAL, Francisco. O Código Civil e o Problema Metodológico de sua Realização. *Op. cit.*, p. 23)

<sup>429</sup> “A interpretação conforme os princípios, que pode ser simultânea com as outras modalidades, implica, portanto, a passagem metodológica da *ratio legis* a *ratio iuris*, isto é, do sentido da norma legal ao sentido dos fundamentos do próprio sistema, isto é os princípios jurídicos. Ocorrendo contradição entre estes e as normas do sistema, isto é, uma contradição entre a norma e seu fundamento normativo (o princípio-fundamento), suscita-se duas soluções diversas. Uma primeira, da correção da norma, conforme aos princípios. A norma deve adequar-se ao princípio. Uma segunda solução, no caso da norma ser claramente contraditória ou oposta aos fundamentos axiológicos que o princípio representa, deve preferir-se a *ratio iuris* à *ratio legis*. Há assim, uma preterição e superação da norma, pois os fundamentos normativos (os princípios jurídicos) devem prevalecer contra os critérios jurídicos positivados (as normas). Verifica-se uma decisão jurídica *contra legem*, mas *secundum iuris*. O decidir *contra legem* legitima-se pelos fundamentos axiológicos do sistema.” (AMARAL, Francisco. A Interpretação Jurídica Segundo o Código Civil. *Op. cit.*, p. 39-40)

formalistas que ainda impregnam a mente e os corações dos juristas<sup>430</sup>. Em outras palavras, manter a necessária dogmática, mas abandonar o dogmatismo<sup>431</sup>.

Ao lado dessas premissas, importa reconhecer que o Direito exige sua assimilação, envolto na noção de sistema<sup>432</sup>, para que faça um sentido harmônico, mantenha a necessária unidade, ordenação e previsibilidade, com vistas a atender às tarefas que lhe são postas.

Ressalte-se, outrossim, que o conceito de sistema ora adotado parte de uma perspectiva sistemática que vê o sistema jurídico como

[...] uma rede axiológica e hierarquizável de princípios fundamentais de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos, cuja função é a de, evitando ou superando antinomias no sentido lato, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição<sup>433</sup>.

É imperioso admitir uma noção aberta de sistema<sup>434</sup>, diversa do que entendem muitas teorias sistêmicas exegéticas<sup>435</sup>. A abertura do sistema é essencial para sua correta assimilação, e não o descaracteriza como meio apto a aplicar o Direito<sup>436</sup>.

<sup>430</sup> “Oxalá a cultura jurídica brasileira consiga desvencilhar-se da subsunção, para que a força normativa da Constituição, hoje já quase consensualmente admitida, possa se transformar em efetiva primazia do Texto Maior no cotidiano da atividade hermenêutica.” (TEPEDINO, Gustavo. *O Ocaso da Subsunção*. *Op. cit.*, p. 445)

<sup>431</sup> “O objetivo proposto neste estudo não é esgotar a explicação do funcionamento do processo hermenêutico, mas sim, destacar a abertura hermenêutica e a imperatividade da aplicação sistemática a partir da ordem constitucional, de modo a tornar possível que se pense a decisão judicial sem recorrer a métodos positivistas de interpretação e ao mesmo tempo, sem perder a dimensão normativa do fenômeno jurídico. Por isso, chegou a hora de reunir esses elementos e ultimar as conclusões que vêm sendo construídas ao longo do texto.” (MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica e Sistema Constitucional**: a decisão judicial *entre* o sentido da estrutura e a estrutura do sentido. *Op. cit.*, p. 182)

<sup>432</sup> “O conceito de sistema jurídico deve-se desenvolver a partir da função do pensamento sistemático. [...] Uma vez determinado o conceito de sistema com referência às ideias de adequação valorativa e unidade interior do Direito, deve-se definir o sistema jurídico como «ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais.” (CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Trad. portuguesa António Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 280)

<sup>433</sup> FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. *Op. cit.*, p. 273)

<sup>434</sup> “Aqui se defende a relevância de reformular o conceito de sistema jurídico, dado que o seu conteúdo, por força da natureza valorativa, transcende o esparsamente positivado.” (FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. *Op. cit.*, p. 21)

<sup>435</sup> Como a sugerida por Niklas Luhmann: (LUHMANN, Niklas. Por que uma “teoria dos sistemas”? In: STEIN, Ernildo; BONI, Luís A. de (Orgs.). **Dialética e liberdade**: Festschrift em homenagem a Carlos Roberto Cirne Lima. Petrópolis: Vozes; Porto Alegre: Editora da UFRGS, 1993)

<sup>436</sup> “Este sistema não é fechado, mas antes *aberto*. Isto vale tanto para o sistema de proposições doutrinárias ou «sistema científico», como para o próprio sistema da ordem jurídica, o «sistema objectivo». A propósito do primeiro, a abertura significa a incompletude de conhecimento científico, e a propósito do último, a mutabilidade dos valores jurídicos fundamentais. [...] A

Contemporaneamente, para que possa bem corresponder à sociedade que lhe é subjacente, a interpretação deve ser tópico-sistemática<sup>437</sup>, nos moldes da defendida por Juarez Freitas.

A interpretação sistemática do Direito tem por objeto a rede de princípios, regras e valores na condição da totalidade dialética, maior que o conjunto de regras jurídicas. Não é meio adicional de interpretação, pois, de certo modo, compreende todos os métodos exegéticos. A interpretação sistemática não apenas sucede: antecipa e é contemporânea do sistema. Empresta-lhe sensibilidade, razão e energia. Nesses moldes, a legalidade, por exemplo, faz as vezes de valioso princípio, mas somente experimenta sentido na relação com os demais princípios. Pensar o Direito como um conjunto de regras seria subestimar a complexidade do fenômeno jurídico. Com efeito, força assumir a dimensão hierarquizadora e sistematizante da hermenêutica.<sup>438</sup>

Ou seja, há que se interpretar princípios, regras e valores na totalidade do sistema (aberto), atuando dialeticamente, sempre em comunicação constante com os dados de realidade que orientam o intérprete. A legislação positivada é apenas um dos elementos a figurar. A dimensão hierarquizadora e sistematizante dos elementos do sistema será dada pela hermenêutica.

Eventuais antinomias do sistema, em sentido amplo, são solucionadas com base no critério hierárquico-axiológico. Na tese de Juarez Freitas, “o princípio da hierarquização axiológica é uma espécie de ‘metaprincípio’<sup>439</sup>, que não será apurado formal e hipoteticamente, mas sim sob um paradigma *hermenêutico-dialético*, funcionando como “uma diretriz-mor para a solução prática dos conflitos”<sup>440</sup>.

Os aportes teóricos contemporâneos e as demandas desta fragmentada e instável sociedade do presente parecem indicar a interpretação tópico-sistemática como adequada para tais desafios. Quem também adota tal posicionamento é Luiz Edson Fachin:

---

abertura do sistema jurídico não contradita a aplicabilidade do pensamento sistemático na Ciência do Direito.” (CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. *Op. cit.*, p. 281)

<sup>437</sup> FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. *Op. cit.*, p. 12. Esta proposta concilia duas propostas até então tidas como divergentes: a tópica de Viehweg e o pensamento sistemático de Canaris, conforme percebe Paulo Bonavides: “Ao fazer a harmonia dessas direções que dantes pareciam colidir, a *interpretação sistemática do direito* contribui de maneira significativa e relevante para formar novos conceitos hermenêuticos que afastam e revogam posições tidas até então por inarredavelmente antagônicas e inconciliáveis” (*idem*, p. 12)

<sup>438</sup> FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. *Op. cit.*, p. 21.

<sup>439</sup> *Idem*, p. 281.

<sup>440</sup> *Idem*, p. 282.

*Debe enfatizarse, por lo tanto la necesidad de una interpretación tópico-sistemática, que debe ser aprehendida aquí en sentido propio, que permita una axiológica ‘corrección hermenéutica’ del Derecho, adecuándolo a los preceptos constitucionales de tutela y promoción de los derechos fundamentales.*<sup>441</sup>

A abertura hermenêutica que ora se sustenta também não é ilimitada, mas sim resta delimitada pelos próprios contornos do sistema, sendo a ele estritamente vinculada, de modo que deve corresponder aos seus fundamentos justificadamente<sup>442</sup>. A segurança jurídica se altera, mas não se pode dizer que esteja mitigada. Ela agora resta fortemente vinculada à fundamentação e argumentação da solução jurídica sustentada para aquele determinado caso concreto<sup>443</sup>.

Consequência direta dessa percepção é que a resposta final do direito estará marcada não apenas pelo texto da norma, mas também por aspectos histórico-sociais do intérprete e principalmente pelas características do caso decidendo<sup>444</sup>. Há que se assumir que “toda interpretação jurídica que deixar de ser, a um só tempo, aberta e sistemática será simples simulacro de exegese, manifestadamente sem conexão com a necessidade do Direito vivo”<sup>445</sup>.

No cenário brasileiro, é inafastável assumir a prevalência da Constituição na assimilação do direito. Portanto, de acordo com as premissas adotadas, a

<sup>441</sup> FACHIN, Luiz Edson. La Construcción del Derecho Privado Contemporáneo Brasileño. *Op. cit.*, p. 250-251. Em tradução livre: “Deve-se enfatizar, para tanto, a necessidade de uma interpretação tópico-sistemática que aqui deve ser entendida em sentido próprio, que permita uma axiológica ‘correção hermenêutica’ do Direito, adequando-o aos preceitos constitucionais da tutela e da promoção dos direitos fundamentais.”

<sup>442</sup> “A ‘abertura’ dos textos de direito, embora suficiente para permitir que o direito permaneça ao serviço da realidade, não é absoluta. Qualquer intérprete estará, sempre, permanentemente por eles atado, retido. Do rompimento dessa retenção pelo intérprete autêntico resultará a subversão do texto.” (GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. *Op. cit.*, p. 56)

<sup>443</sup> “A segurança jurídica há de ser redesenhada, a partir do vasto material jurisprudencial, por força da fundamentação e da argumentação que legitimam decisões, não já pela mera invocação de regras legais e abstratas, que sirvam de salvo conduto para o magistrado, excluindo-lhe a responsabilidade política de suas atividades.” (TEPEDINO, Gustavo. Velhos e Novos Mitos da Teoria da Interpretação. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro: Padma, v. 28, p. v, out/dez. 2006)

<sup>444</sup> “E mais: o juiz decide sempre dentro de uma situação histórica determinada, participando da consciência social de seu tempo, considerando o direito todo, e não apenas um determinado texto normativo. Por isso mesmo – como direito ao final deste Discurso –, o direito é contemporâneo à realidade.” (GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. *Op. cit.*, p. 42)

<sup>445</sup> FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. *Op. cit.*, p. 289.

interpretação há de ser tópico-sistemática com prevalência principiológica axiológica constitucional<sup>446</sup>.

Em outras palavras, é possível sustentar que

O modelo que se propõe para dar conta da essencial identidade entre o sistemático e o tópico vem a ser o da dialética tensão que expunge antinomias e que pressupõe que o positivado e o conteúdo axiológico – que o transcende – sejam vistos com um olhar abarcante<sup>447</sup>.

Um das consequências de tal assunção será a aceitação que o sistema jurídico está em constante construção, não é um dado posto, não possui um sentido ontológico, mas sim é resultado contemporâneo daquele momento histórico-social. Esta percepção permite que o Direito veicule permanentemente as premissas de um sistema em movimento. No caso objeto deste estudo, será o resultado da construção doutrinária a jurisprudencial sobre a realidade contemporânea dos relacionamentos familiares que irá ditar qual o papel da afetividade no sistema jurídico brasileiro.

Como está na ordem do dia a reconstrução do direito privado, tal flexibilidade é vital para a própria sobrevivência do próprio sistema, eis que a contemporaneidade exige projetos e análises que revelem todas as possibilidades interdisciplinares e multidisciplinares<sup>448</sup>.

Ciente de que os elementos do direito perfazem um sistema, resta translúcido o fato de que não é possível interpretar isoladamente um elemento apenas sem que se verifique a coerência com os demais princípios do próprio sistema. Em outras palavras, não é possível obter a interpretação de uma regra isoladamente, ignorando os demais dados fornecidos pelo sistema<sup>449</sup>.

<sup>446</sup> “A impostergável tarefa delegada à hermenêutica construtiva, como a defendemos, fundada numa principiologia axiológica de índole constitucional, revela por si só a atualidade e oportunidade de um conhecimento crítico, de base teórico-prática.” (FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. *Op. cit.*, p. x)

<sup>447</sup> FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. *Op. cit.*, p. 289.

<sup>448</sup> “Numa só palavra de síntese: do sistema que se parte chega-se a um novo sistema como resultado, pela mediação do problema – ou mais exactamente, pela mediação da experiência problemática que entretanto superou o primeiro sentido do sistema e exige a reconstrução-elaboração de um outro sentido sistemático que assimile a regressiva e reconstrutivamente essa experiência.” (NEVES, Castanheira. **Metodologia Jurídica**. Problemas fundamentais. *Op. cit.*, p. 159)

<sup>449</sup> “A interpretação do direito é interpretação *do direito*, no seu todo, não de textos isolados, desprendidos do direito. Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição. Um texto de direito isolado,

A interpretação tópico-sistemática permite outras leituras de um mesmo texto que embasa o sistema, ou seja, mesmo sem alteração das regras, é possível a apuração de uma outra resposta do sistema para um caso similar em um momento posterior, eis que, como visto, não resta adstrito à lei positivada<sup>450</sup>.

Em apertada síntese, é possível dizer – metaforicamente – que o sistema jurídico se liberta da camisa de força do texto normativo.

O legislador estabelece o Direito originário, sobremodo como referencial. Contido, o Direito é o resultado vitalizante da exegese, mormente em sua feição jurisdicional. Em outras palavras, deve o intérprete perscrutar soluções e garimpar riquezas, especialmente ocultas nas entrelinhas. O texto exige ir além do texto.<sup>451</sup>

Obviamente que tal tarefa não é ilimitada ou totalmente livre, eis que deve guardar coerência e respeitar os princípios e valores do próprio sistema. Com serenidade e eventual recurso aos critérios da adequação, razoabilidade e proporcionalidade, é possível conferir a estabilidade que se exige do sistema<sup>452</sup>.

Outra característica que uma prática tópico-sistemática traz consigo é a que assimila o realce da importância dos princípios, que possuem papel central nesta teoria<sup>453</sup>. Essa postura hermenêutica permite conferir espaço especial para as normas constitucionais, que exercerão seu papel unificador do sistema jurídico, indicarão seus princípios centrais orientadores e ainda traçarão as balizas que delimitam o processo interpretativo<sup>454</sup>.

destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum.” (GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. *Op. cit.*, p. 44)

<sup>450</sup> FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. *Op. cit.*, p. 290.

<sup>451</sup> *Idem*, p. 24.

<sup>452</sup> “Não obstante a prudência recomenda seja a interpretação adequada a algumas pautas, a três das quais desejo deitar alguma atenção, (i) a primeira relacionada à interpretação do direito no seu todo; (ii) a segunda, à finalidade do direito; (iii) a terceira, aos princípios.” (GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. *Op. cit.*, p. 43)

<sup>453</sup> Castanheira Neves ressalta que uma prática judicativo-decisória deve utilizar não apenas os princípios positivados: “Com uma última nota: o argumento judicativo segundo os princípios jurídicos não terá decerto de limitar-se aos princípios induzidos do direito positivo, terão ainda de considerar-se todos os princípios normativos-jurídicos relevantes e assumíveis pelo direito vigente, já em sentido transpositivo, já mesmo em sentido suprapositivo.” (NEVES, Castanheira. **Metodologia Jurídica**. Problemas fundamentais. *Op. cit.*, p. 264)

<sup>454</sup> “Enfim, fica demonstrado que o processo decisão/aplicação de uma norma ao caso concreto, o ato de dar um sentido jurídico deve ser atrelado à idéia de sistema constitucional para que arbitrariedades sejam evitadas, sem ignorar que a formação do juízo e da consciência do aplicador traz, em si, uma abertura inafastável, porque sempre depende da racionalidade hermenêutica impregnada com a condição de ‘ser-no-mundo’ do intérprete, formadora de sua pré-estrutura de compreensão, ou ainda da antecipação de sentido que pode ocorrer de um giro na estrutura lingüística, causada pelo inconsciente.” (MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica**

Importa destacar que a mentalidade que orienta a hermenêutica atualmente é efetivamente diversa da exegese clássica; assim, não basta apenas reconhecer a supremacia da Constituição e seguir com uma interpretação silogística lógico-subsuntiva tradicional. A alteração que se processa é mais profunda e afeta a própria formação do pensamento jurídico.

Neste momento histórico-social, diversas funções são contemporaneamente conferidas ao Direito, e a proposta sistemática permite atender a tais múltiplas tarefas:

A interpretação sistemática, nesta ótica mais compatível com as presentes e multifacetadas funções do Direito Contemporâneo, realiza-se em consonância com a rede hierarquizada, máxime na Constituição, de princípios, regras e de valores compreendidos dinamicamente e em conjunto. Assim, o controle de constitucionalidade pode ser representado como espécie de controle de sistematicidade do Direito Positivo.<sup>455</sup>

Como não poderia deixar de ser, essa concepção tópico-sistemática não resta indene de críticas, de diversas ordens, principalmente relacionadas à ausência de segurança jurídica. Mesmo diante de tais objeções, é possível persistir com esta posição, a uma, porque, como visto, estamos certamente em uma era em que a segurança (na concepção dos modernos) não é o seu forte; a duas, porque a crítica não parece que atinge alguma premissa estrutural da teoria, mas apenas recomenda algumas eventuais correções periféricas<sup>456</sup>.

---

**e Sistema Constitucional:** a decisão judicial *entre* o sentido da estrutura e a estrutura do sentido. *Op. cit.*, p. 187-188)

<sup>455</sup> FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. *Op. cit.*, p. 276. Aqui é possível pensar se não foi algo similar que se deu na recente decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro ao julgar a questão das uniões homoafetivas (ADI 4277 e ADPF 132, julgamento em 04 de maio de 2011). Como destaca Gustavo Tepedino, neste caso, a Corte Superior julgou inconstitucional a regra do Código Civil que trazia texto muito similar ao próprio texto constitucional. Sem qualquer alteração legislativa (constitucional ou infraconstitucional) o tribunal conferiu outra resposta a partir do mesmo sistema. (TEPEDINO, Gustavo. *Uniões de Pessoas do Mesmo Sexo e teoria da interpretação*. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, Padma, v. 45, jan./mar. 2011. p. v-vii)

<sup>456</sup> Conforme responde Luiz Edson Fachin, a crítica que sustenta uma perda da segurança com tal proposta tópico-sistemática é calcada em uma *fetichização* da racionalidade sistêmica codificada, pois vê o direito de forma ontológica, como um fim em si mesmo, se olvidando que ele é apenas um instrumento para realização dos direitos da pessoa e da sua dignidade. Como bem salienta o autor: “*La crítica fundada en la autonomía conceptual, sin embargo, puede interpretarse como un síntoma que confirma a pertinencia de la problemática a la que alude el presente estudio: la estructura conceptualista de la Parte General del Código Civil puede, desde una interpretación que se comprenda al “sistema” de Derecho Privado como dotado de autonomía principiológica y conceptual, revelar una supuesta incompatibilidad entre la estructura patrimonialista y la abstraccionista del Código Civil y la racionalidad protectiva de la persona que emerge de la Constitución*”. (FACHIN, Luiz Edson. *La Construcción del Derecho Privado Contemporáneo Brasileño*. *Op. cit.*, p. 264-265). Em tradução livre: “A crítica fundada na autonomia conceitual, não obstante, pode ser interpretada como um sintoma que confirma a pertinência da

Novamente aqui importa registrar que as objeções a tal perspectiva hermenêutica devem ser assimiladas e suas assertivas podem servir de bússola para eventual correção de rumo e, por que não, até mesmo para certo reconhecimento de que algum passo atrás em um ou outro aspecto pontual deva ser dado<sup>457</sup>. Por outro lado, importa consignar que, mesmo com tais desafios a enfrentar, a metodologia tópico-sistemática, calcada em um sistema aberto<sup>458</sup>, nos moldes acima delineados, parece mais apta a enfrentar as demandas da *sociedade de risco* que se apresenta na *modernidade líquida* do presente do que uma metodologia que se apegue a uma interpretação sistêmica hermética<sup>459</sup>.

---

problemática a que alude o presente estudo: a estrutura conceitualista da Parte Geral do Código Civil pode, partindo de uma interpretação que compreende o sistema de direito privado como dotado de autonomia principiológica e conceitual, revelar uma suposta incompatibilidade entre a estrutura patrimonialista e a abstrata do Código Civil e a racionalidade protetiva da pessoa que emerge da Constituição.” É provável que isto se reflita no próprio acerto dos casos concretos, pois ao invés de uma solução tópica, com base na situação específica em análise, consideração dos princípios constitucionais e direitos fundamentais envolvidos, há quem opte pela solução estritamente com base no modelo codificado, subsuntiva, abstrata, categorial. Esta visão sistêmica codificada pode acabar por negar direitos quando não previstos expressamente nas molduras positivadas, o que muitas vezes poderá caracterizar ofensa aos direitos fundamentais e gerar vítimas de uma exclusão, inviabilizando qualquer emancipação. (FACHIN, Luiz Edson. *La Construcción del Derecho Privado Contemporáneo Brasileño*. *Op. cit.*, p. 265)

<sup>457</sup> “É certo que uma qualificada interpretação sistemática não resolve todas as perplexidades, porém se evidencia como o melhor modo de enfrentá-las.” (FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. *Op. cit.*, p. 174)

<sup>458</sup> “Um dos grandes desafios de novos sistemas jurídicos será compreender a instabilidade, a porosidade entre fato e direito, e a transitoriedade”. (FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. *Op. cit.*, p. 190)

<sup>459</sup> A racionalidade das teorias sistêmicas parte de uma perspectiva de legitimação formal e busca de uma estabilização de expectativas (por ex. Lhumann). Para tanto, elegem algumas condutas que se integrarão ao sistema e excluirão as demais. A opção sistêmica envolve a adoção de eleições prévias que consideram uma presunção de concordância geral. Posteriormente se verificará a realidade de acordo com os modelos eleitos pelo sistema. Como bem percebe Luiz Edson Fachin “*En este orden de ideas existe una semejanza evidente con la concepción de relación jurídica propuesta por la Parte General de las codificaciones*” (FACHIN, Luiz Edson. *La Construcción del Derecho Privado Contemporáneo Brasileño*. *Op. cit.*, p. 260). Em tradução livre: “Nesta ordem de ideias, existe uma semelhança evidente com a concepção de relação jurídica proposta pela Parte Geral das codificações. [...]”. A proposta de leitura sistêmica reflete, por certo, um elemento ideológico. Isto porque, em que pese os defensores de uma leitura sistêmica sustentarem a possibilidade de alteração e inclusão de elementos externos dentro do sistema, a probabilidade até que isto ocorra é a exclusão destes elementos. Não se pode deixar de anotar que em uma sociedade complexa e diversificada como a contemporânea uma ruptura sistêmica restaria cada vez mais difícil. Fachin sustenta que nesta perspectiva o “sujeito frágil” descrito por Pietro Barcellona se assemelha com o *homem sistêmico* de Lhumann, que é aquele que se limita a contribuir para o adequado funcionamento do sistema autopoietico. O que se percebe é que nessa troca de elementos sistêmicos não há espaço para a concretização dos direitos fundamentais, que restarão apenas como “elementos de legitimação discursiva”. Para além disso, na espacialidade pública, esta formatação sistêmica traz problemas até mesmo para a noção de democracia, eis que esta exige a luta constante entre atores e elementos extrassistêmicos. Mais uma vez nas palavras de Fachin: “*Sin embargo el Derecho Civil que se ha construído sobre la estructura de una parte general, con base en el modelo de relación jurídica, se muestra propicio para el mantenimiento de un orden sistémico autopoietico. No se puede decir lo mismo en lo referente a la efectivación de los derechos fundamentales, que puede acarrear la*



Sinteticamente, são essas as coordenadas metodológico-hermenêuticas que devem orientar a compreensão do Direito na contemporaneidade<sup>460</sup>. A reconstrução

---

*necesidad de insertar racionalidades no sistêmicas en el interior del Derecho. El orden sistémico no ha hecho otra cosa sino reproducir la racionalidad patrimonialista sobre la que se erigió.*” (FACHIN, Luiz Edson. *La Construcción del Derecho Privado Contemporáneo Brasileño. Op. cit.*, p. 262). Em tradução livre: “No entanto, o direito civil que se construiu a partir de uma estrutura de parte geral, com base no modelo da relação jurídica, se mostra propício para a manutenção de uma ordem sistêmica autopoiética. Não se pode dizer o mesmo referente à efetivação dos direitos fundamentais, que podem acarretar a necessidade de inserir racionalidades não sistêmicas no interior do Direito. A ordem sistêmica não tem feito outra coisa senão reproduzir a racionalidade patrimonialista sobre a qual se erigiu.”. Na teoria geral se endossam as extensas críticas tecidas por Pietro Barcellona às concepções sistêmicas. (BARCELLONA, Pietro. **El individualismo propietario. Op. cit.**). Para a realidade brasileira, tais objeções a uma teoria jurídica sistêmica se mostram ainda mais manifestas: com a eleição da pessoa humana e sua dignidade como elementos centrais da ordem jurídica, a adoção de elementos não sistêmicos se mostra possível e altamente indicada, ou seja, há a desejável abertura para elementos concreto da vida. Nessa singra, os direitos fundamentais desempenham um papel vital, pois permitem a análise da situação concreta, com a entrada de elementos não sistêmicos. Esta contraposição dos direitos fundamentais é a que pode ser feita a uma análise estritamente codificada, sistêmica, fechada, ainda lastreada em uma separação do público e privado. Por tudo isso, qualquer leitura sistêmica hermética não parece a mais indicada para o cenário civil-constitucional brasileiro contemporâneo. Quem faz coro na crítica às teorias sistêmicas é Plauto Faraco do Azevedo: “Esse pressuposto é capaz de obscurecer o trato das questões jurídicas, notadamente a aplicação e interpretação do direito. Nessa trilha o pensar dogmático, desenvolvido em circuito fechado, tratando das normas e dos conceitos jurídicos, de seu arranjo e funcionalidade internos, de suas inter-relações e de sua sistematização na ordem jurídica positiva, termina por esvair-se em considerações intra-sistêmicas, esquecendo ou deixando de lado a circunstância por certo não negligenciável de que o direito existe para satisfazer necessidades e interesses individuais e sociais. Desemboca-se, por essa forma, no reducionismo logicista e formalista pelo qual se quer construir uma ciência jurídica tão perfeita que termina por não dever satisfação à vida e aos dramas humanos.” (AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicação do Direito e Contexto Social. Op. cit.**, p. 29). Finalmente, há que se registrar que não é possível se deixar levar nem mesmo pela promessa de que tais teorias sistêmicas confeririam maior segurança jurídica, eis que este parece ser apenas um artifício retórico: “Cumprir enfatizar que, despeito da eterna busca pela segurança, a incerteza causada pelos riscos sociais não se combate pela ilusão de que a norma irá prever todas as possibilidades que o mundo real pode oferecer. Muito ao contrário. A segurança jurídica não se revela pelo fechamento da linguagem do legislador com a utilização de tipos fechados ou conceitos classificatórios, que, se já não se mostravam remédios adequados à primeira modernidade, hoje se revelam absolutamente incompatíveis com a variedade e imprevisibilidade dos perigos, que caracterizam a ambivalência da sociedade de risco.” (RIBEIRO, Ricardo Lodi. *A Constitucionalização do Direito Tributário. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 1007)*

<sup>460</sup> “No início do Terceiro Milênio, os juristas encontram-se entre dois paradigmas, o da *modernidade* e o da *pós-modernidade*. O primeiro compreendia o *racionalismo*, que defendia a razão e o sistema reorganizando o direito, o *individualismo* e a *subjetividade jurídica*, a consideração da regra jurídica como imperativo, o *monismo jurídico*, a *segurança jurídica*, como valor fundamental do direito, o *formalismo*, que reduzia o direito à norma e à lei, o pensamento sistemático. O segundo, o paradigma da *pós-modernidade*, compreende a substituição do Código Civil pela Constituição Federal no centro da estatuição jurídica da sociedade civil; a personalização ou humanização do indivíduo, que passa a titular de novos direitos e deveres; o pluralismo das fontes e das soluções no interior do mesmo sistema; a perda crescente da importância da certeza e da segurança jurídica em favor do primado de outro valor fundamental, que é a justiça; o pensamento problemático, ou o direito como experiência problemática imposta pela realidade social, em detrimento do pensamento sistemático, de natureza lógico-dedutiva. Enfim, a superação da idéia do direito como sistema hierárquico e axiomático, próprio da cultura dos códigos que usavam a razão em sentido teórico, e sua substituição pelos microssistemas

do denominado direito civil – que segue na ordem do dia dos juristas, é importante anotar – a partir dessas diretrizes metodológicas pode adquirir certamente outra coloração.

### Seção III. Repersonalização do direito civil

O direito civil vive um momento de *repersonalização* que busca, em síntese, uma correção de rumo, para voltar sua centralidade à pessoa, como dele se espera. Este movimento foi assim designado por Orlando de Carvalho:

A “repersonalização” do direito civil, ou a polarização da teoria em volta da pessoa, que lá se preconiza, não parte de nenhum *parti-pris* filosófico jusnaturalista ou «personalista» [...] é pura e simplesmente de [...] repor “o indivíduo e os seus direitos no topo da regulamentação *jure civile*”, não apenas «como o actor que aí privilegiadamente intervém mas, sobretudo, como o móbil que privilegiadamente explica a característica técnica dessa regulamentação».<sup>461</sup>

Em decorrência dos corolários do fenômeno da constitucionalização, o direito civil vive um profícuo processo de reconstrução, marcado pelo viés da *repersonalização*<sup>462</sup>. Esse movimento teve início a partir do fim do século passado e, pode-se dizer, perdura até os dias de hoje.

Tal ordem de ideias defende a superação de modelo abstrato do *sujeito de direito* para a pessoa concreta, de *carne e osso*<sup>463</sup>, o que traz consequências de diversas ordens. A pessoa (e não mais o indivíduo proprietário) passa a ser o principal objeto de proteção do direito: das legislações, da jurisprudência e dos

---

jurídicos, tudo isso, implicando a retomada da razão prática e do saber prático da realização do direito.” (AMARAL, Francisco. O Direito Civil na Pós Modernidade. *Op. cit.*, p. 76)

<sup>461</sup> CARVALHO, Orlando de. **A Teoria Geral da Relação Jurídica**. 2. ed. Coimbra: Centelha, 1982. p. 10.

<sup>462</sup> “Neste sentido se julga oportuna a «repersonalização» do direito civil – seja qual for o invólucro em que esse direito se contenha –, isto é, a acentuação da sua raiz antropocêntrica, da sua ligação visceral com a pessoa e os seus direitos.” (CARVALHO, Orlando de. **A Teoria Geral da Relação Jurídica**. *Op. cit.*, p. 90)

<sup>463</sup> Locução clarificadora utilizada por Pietro Barcellona e Paolo Grossi: “O sujeito, porém, que o direito respeita, tutela e incentiva não pode ser o *indivíduo*, microcosmo da modernidade, mas sim uma *pessoa* de carne e osso, imersa no centro de um relacional de direitos e de deveres, sempre pensando na dialética com o *outro* e inserida em formações sociais que a enriquecem e incrementam a sua envergadura. O sujeito deve encontrar as suas raízes naturais para poder reencontrar um papel de protagonista na atual complexidade; e isto será possível se se quiser depor aquele subjetivismo exasperado que foi a divisa e o programa da modernidade”. (GROSSI, Paolo. Para além do subjetivismo moderno. *Op. cit.*, p. 12)

juristas de um modo geral<sup>464</sup>. Reflexo dos tempos vividos é que será compreendida a pessoa na sua coexistência com os demais, ciente de que não é possível ao Direito neste estágio tratar do indivíduo de modo insular<sup>465</sup>.

Advoga-se a necessidade de superação da noção clássica abstrata de relação jurídica para admitir a tutela das situações subjetivas concretas, como defende Pietro Perlingieri<sup>466</sup>. Não se pode mais venerar a parte geral das codificações civis como obras perfeitas que funcionariam como verdadeiros filtros para entrada dos fatos no mundo jurídico<sup>467</sup>. A vida concreta não pode ser submetida a filtros (ainda mais estritamente teórico-abstratos) para que seja tutelada<sup>468</sup>.

Esse olhar voltado à pessoa concreta (de *carne e osso*) permitirá dar primazia à sua subjetividade, proceder que alcançará a afetividade que espraia nos diversos relacionamentos intersubjetivos.

Percebe-se assim um novo direito civil, que passa a adotar técnicas na defesa efetiva da pessoa humana. Adota-se a *funcionalização*<sup>469</sup> dos institutos privados clássicos, de modo a lhes conferir maior limitação, responsabilidade e adequação ao projeto social daquela coletividade<sup>470</sup>. Essa atenção primordial para outros valores além do patrimônio permite que se perceba uma flagrante

<sup>464</sup> “Restaurar a primazia da pessoa é assim o dever número um de uma teoria do direito que se apresente como teoria do direito civil.” (CARVALHO, Orlando de. **A Teoria Geral da Relação Jurídica**. *Op. cit.*, p. 92-93)

<sup>465</sup> SESSAREGO, Carlos Fernández. **Derecho y Persona**. *Op. cit.*, p. 83-84.

<sup>466</sup> “As situações jurídicas subjetivas devem ser consideradas sob diversos aspectos entre eles concorrentes; estes, unitariamente entendidos, dão a exata dimensão delas. Um primeiro perfil é aquele que se refere ao efeito; toda situação encontra sua origem em um fato, voluntário ou natural, juridicamente relevante.” (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional**. *Op. cit.*, p. 106)

<sup>467</sup> “É como se a resposta sempre estivesse formulada antes da elaboração da própria pergunta. Enfeixa-se aí a aletéia conceitual da parte geral, nas codificações e na teoria geral da doutrina tradicional, concebida como represa e vertedouro das questões suscitadas sob suas categorias e premissas.” (FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. *Op. cit.*, p. 96-97)

<sup>468</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. *Op. cit.*, p. 92.

<sup>469</sup> “Entendo ‘por função promocional’ a ação que o direito desenvolve pelo instrumento das ‘sanções positivas’, isto é, por mecanismos genericamente compreendidos pelo nome de ‘inventivos’, os quais visam não a impedir atos socialmente indesejáveis, fim precípua das penas, multas, indenizações, reparações, restituições, ressarcimentos, etc., mas, sim, a ‘promover’ a realização de atos socialmente desejáveis.” (BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. *Op. cit.*, p. 53-54)

<sup>470</sup> “A função permite o exercício de faculdades como as que se reconhecem ao proprietário, mas ao mesmo tempo se impõem deveres, como os que resultam do uso regular deste direito conforme uma finalidade social. Esta tarefa impõe ao titular o dever de cumprir ou de desenvolver uma atividade tendente a lograr o objetivo proposto. Para tais fins a função outorga poderes, faculdades, direitos e deveres num feixe unificado pela finalidade que lhe confere homogeneidade.” (LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. *Op. cit.*, p. 312)

*despatrimonialização*<sup>471</sup> do direito civil. Comparada à época que reinava a dicotomia clássica, é possível perceber, ainda, uma certa *publicização*<sup>472</sup> do direito privado.

A releitura dos institutos clássicos de direito privado à luz destes aportes deve, portanto, visar tutelar a pessoa (concreta) na sua integridade<sup>473</sup>. O atual momento da sociedade contemporânea trouxe demandas, que não são mais compatíveis com a formatação conservadora, abstracionista e reducionista que os institutos privados de outrora possuíam<sup>474</sup>.

Não se concebe mais trabalhar com uma leitura abstrata dos institutos, lastreada em uma visão meramente codificada, com o Código no centro do sistema, eis que assentou a necessidade de um diálogo constante das diversas formas de expressão do Direito e da prevalência da Constituição. Não se ousa mais defender a dicotomia que imperou entre os ramos público e privado. Não se ignora mais a supremacia e a eficácia da Constituição. Em conclusão, não é possível negar que a *pessoa concreta* deve ser o foco central de preocupação do Direito.

Em consequência, transparecerá a abertura axiológica do sistema, que há muito era reclamada pelas teorias críticas, auxiliando na busca pela superação do arraigado formalismo<sup>475</sup>. Tal porosidade permite que se efetive a necessária

<sup>471</sup> “Com o termo, certamente não elegante, ‘despatrimonialização’, individua-se uma tendência normativo-cultural; se evidencia que no ordenamento se operou uma opção, que, lentamente, se vai concretizando, ente personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores).” (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional** *Op. cit.*, p. 33)

<sup>472</sup> No sentido sustentado pelo autor italiano Michele Giorgianni: GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 747, jan. 1998.

<sup>473</sup> “Esta dicotomia, nascida no Direito clássico, também se submete a alguma interrogação. Com isso, parece ficar claro que a ligação entre a lei, os direitos reais, os direitos pessoais e o contrato, se explicita nesta medida e, obviamente, também se submete a alguns novos parâmetros que são congruentes com os valores desta transição entre os séculos. Neles, ao centro, está a pessoa e a realização de suas necessidades fundamentais, pessoais e coletivas. Daqui se extrai a inviabilidade de articular, com segurança desejável, um porto de atracagem, eis que o tempo sugere, nesse espaço contemporâneo, constantes renovações de significantes e de significados. Essa contínua transformação é compreensível na axiologia e na ideologia.” (FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. *Op. cit.*, p. 231)

<sup>474</sup> “La crítica fundada en la autonomía conceptual, sin embargo, puede interpretarse como un síntoma que confirma la pertinencia de la problemática a la que alude el presente estudio: la estructura conceptualista de la Parte General del Código Civil puede, desde una interpretación que se comprenda al ‘sistema’ de Derecho Privado como dotado de autonomía principiológica y conceptual, revelar una supuesta incompatibilidad entre la estructura patrimonialista y la abstraccionista del Código Civil y la racionalidad protectora de la persona que emerge de la Constitución.” (FACHIN, Luiz Edson. *La Construcción del Derecho Privado Contemporáneo Brasileño*. *Op. cit.*, p. 265)

<sup>475</sup> Essa abertura axiológica já era defendida pelo próprio professor português Orlando de Carvalho: “Sem dúvida esta directriz personalista tende a imprimir-se a todo o mundo do Direito, salientando-se [...] que o Direito, não sendo um sistema lógico, como pretendia a jurisprudência

adequação histórico-social dos conceitos privados, bem como não deixa esquecer que é a pessoa (concreta, não mais abstrata), na coexistência com as demais, quem deve estar no centro de atenção de todo o sistema jurídico<sup>476</sup>.

A *repersonalização*, a *funcionalização* e a *despatrimonização* do vetusto direito civil certamente alteraram sua fisionomia e lhe conferiram outros contornos. Os fundamentos que sustentavam a concepção tradicional há muito que não estão mais presentes, de modo que se mostra inevitável sua constante reconstrução sob estas novas bases<sup>477</sup>.

A reconstrução do direito civil com base nessas premissas pode levá-lo a se aproximar de seu verdadeiro papel na sociedade que é, acima de tudo, ser um direito a serviço da vida<sup>478</sup>.

#### Seção IV. A doutrina do direito civil constitucional

Em decorrência dos aportes teóricos do novo constitucionalismo e partindo das bases que se delinearam a reconstrução do direito privado, edificou-se a doutrina do direito civil-constitucional<sup>479</sup>. A disseminação do estudo do direito civil na

conceitual, é, todavia, um sistema axiológico, um sistema ético a que o homem preside como o primeiro e mais imprescritível dos valores.” (CARVALHO, Orlando de. **A Teoria Geral da Relação Jurídica**. *Op. cit.*, p. 90-91)

<sup>476</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

<sup>477</sup> Quem também reconhece o momento reconstutivo do direito é o professor português Antonio Menezes Cordeiro, ao prefaciar a edição portuguesa da obra de C. Canaris: “*Eis, pois, o desafio. Confrontado com as insuficiências do formalismo e do positivismo, o discurso jurídico tem de, como primeira tarefa, ampliar a sua base de incidência. Todo o processo de realização de Direito, portanto todos os factores que interferem, justificam ou explicam as decisões jurídicas, devem ser incluídos no discurso juscientífico. Noutras termos: o discurso científico deve ser integral.*” (CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. *Op. cit.*, p. XXIX). E adiante Cordeiro prossegue: “*A natureza cultural do Direito e a estruturação científica das suas decisões apresentam-se, assim, como dois pólos de uma realidade destrinchada, apenas pelas necessidades de estudo. A permanente tensão existente nessa realidade, entre um conjunto de elementos pré-dados, que o intérprete aplicador intenta conhecer e as necessidades de soluções cientificamente elaboradas é, no entanto, bem conhecida pelos juristas. O problema a enfrentar reside, pois, na busca de esquema que permitam lidar com os dois pólos em causa na realidade jurídica.*” (CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. *Op. cit.*, p. LXII)

<sup>478</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. *Op. cit.*, p. 218.

<sup>479</sup> *Ab initio*, deve se registrar que efetivamente todo o direito civil deve ser necessariamente também constitucional (face à unidade do ordenamento e da interpretação), parecendo não ser necessária esta adjetivação. Entretanto, face imperar disseminada doutrina que não assimila o

legalidade constitucional deve ser tributada ao professor italiano Pietro Perlingieri<sup>480</sup>, que desde a década de 70 do século passado desenvolve e divulga seus conceitos<sup>481</sup>.

O ponto de partida dessa tese é a assunção que as normas de direito privado devem necessariamente ser lidas e interpretadas em harmonia com a Constituição, em face de sua posição superior hierárquica (ou seja, a Constituição está no vértice do ordenamento jurídico e isto não pode ser relegado). Nas palavras desse autor: “a Constituição ocupa o lugar mais alto na hierarquia das fontes”<sup>482</sup>.

A doutrina do *direito civil na legalidade constitucional* (expressão de preferência de Pietro Perlingieri, que inclusive nomina uma de suas obras) é reflexo direto da incidência do constitucionalismo contemporâneo sobre o direito privado<sup>483</sup>.

Entre as diversas bandeiras defendidas pela teoria do direito civil constitucional, é possível dizer que se vinculam basicamente a três principais linhas centrais: a) admite a natureza normativa das Constituições; b) reconhece a complexidade e o caráter unitário do ordenamento (decorrente de um pluralismo das fontes); c) sustenta uma renovada teoria da interpretação com fins aplicativos do direito<sup>484</sup>.

vigor ora sustentado dos princípios e normas constitucionais sobre os institutos civilísticos opta-se por manter a nomenclatura para que reste clara a posição ora seguida.

<sup>480</sup> A importância de Pietro Perlingieri para esta corrente do direito do direito civil é reconhecida também por Paolo Grossi: “*Cade il mito della perfetta autarchia del civilista, il quale dovrà chiedere alla indagine sociologica di contribuire al maturarsi del suo processo conoscitivo. Più risolta è la posizione assunta del 69 da Pietro Perlingieri: partendo da «una concezione dinamica del diritto civile» [...]»* (GROSSI, Paolo. **Scienza Giuridica Italiana: Un profilo storico**. *Op. cit.*, p. 157-158) Em tradução livre: “Cai o mito da perfeita independência do civilista, o qual deverá pedir à investigação sociológica para contribuir ao desenvolvimento do seu processo cognitivo. Mais resolvida é a posição assumida desde 1969 por Pietro Perlingieri: partindo de uma ‘concepção dinâmica do direito civil’ [...]”

<sup>481</sup> A obra que marca o início desta tese é datada de 1975, na Itália, o que desvela o caráter precursor da sua pesquisa. No Brasil, essa obra foi traduzida com a seguinte catalogação: PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

<sup>482</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional**. *Op. cit.*, p. 4.

<sup>483</sup> Registre-se neste ponto que também esta teoria possui diversas vertentes, concepções e correntes, de modo que não se adentrará nestes pormenores por não ser o objeto específico deste estudo. A perspectiva civil-constitucional – apesar do amplo reconhecimento e aceitação – não raro é alvo de fortes críticas e questionamentos. Os marcos teóricos indicados permitem perceber a concepção civil-constitucional que ora se adota e, eventualmente, recolher algumas considerações sobre as questões tidas como polêmicas ou controversas.

<sup>484</sup> PERLINGIERI, Pietro. La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 31, p. 75-79, jul./set. 2007.

A ‘revisão dos institutos jurídicos à luz da legalidade constitucional’ indica a releitura das categorias privadas a partir da Constituição, ou seja, a interpretação de uns em função dos outros, sempre a partir dela (e não o contrário), conforme a técnica da aplicação ao caso concreto<sup>485</sup>. Admite-se que o ordenamento jurídico é uno e complexo, e são os princípios constitucionais que farão o papel de guia, de integradores dessa pluralidade. Não se podem conceber os diversos microssistemas como policêntricos, eis que devem observar o projeto daquela sociedade eleito na Carta Constitucional<sup>486</sup>.

O princípio da legalidade constitucional exige que a lei (e todos os atos normativos) se sujeite à Constituição não apenas formalmente, mas também substancialmente (ao conteúdo do ato)<sup>487</sup>. Conforme sustenta Maria Celina Bodin de Moraes:

Daí a necessidade, para os operadores do direito, do conhecimento da lógica do sistema, oferecida pelos valores constitucionais, pois que a norma ordinária deverá ser aplicada juntamente com a norma constitucional, que é a razão de validade para a sua aplicação naquele caso concreto. Sob esta ótica, a norma constitucional assume, no direito civil, a função de, validando a norma ordinária aplicável ao caso concreto, modificar, à luz de seus valores e princípios, os institutos tradicionais<sup>488</sup>.

Consequência direta de tal posicionamento é a necessária adoção de uma teoria da interpretação jurídica que não seja formalista, baseada na norma abstrata e na técnica da subsunção, mas sim uma metodologia hermenêutica que permita uma interpretação sistemática a axiológica. Ou seja, não basta assumir o papel central da Constituição e manter uma exegese clássica (lógico-subsuntiva).

A correta compreensão da doutrina do direito civil na legalidade constitucional acarreta uma alteração na forma de pensamento do Direito, conforme elucida Perlingieri:

---

<sup>485</sup> “Daí a obrigação – não mais livre escolha – imposta aos juristas de levar em consideração a prioridade hierárquica das normas constitucionais, sempre que se deva resolver um problema concreto.” (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3. ed. *Op. cit.*, p. 5)

<sup>486</sup> “O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional.” (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3. ed. *Op. cit.*, p. 6)

<sup>487</sup> PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. *Ob. cit.*, p. 217.

<sup>488</sup> TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. *Op. cit.*, p. 29.

Pode-se concluir, então, que o surgimento do constitucionalismo moderno e a introdução da legalidade constitucional permitem considerar hoje, finalmente adquirido o método de interpretação constitucional, que consiste: a) em reconhecer que «a Constituição, como qualquer outra lei, é sempre antes de tudo um ato normativo, que contém disposições preceptivas» [...]; b) em argumentar sobre normas-princípios, cuja aplicação não assume a forma silogística da subsunção, mas aquela da otimização ao realizar o preceito segundo uma sua hierarquia, mas também segundo uma sua razoável ponderação em relação ao caso concreto a ser decidido; c) em ter consciência de que a idéia de sociedade e ética pressuposta na Constituição deve ser relevante e que, dessa forma, no ordenamento jurídico penetram valores e princípios historicamente caracterizados.<sup>489</sup>

A teoria da interpretação deve ser sempre unitária, englobando tanto as leis como a Constituição. O cânone sistemático exige interpretação na sua unidade. Já o cânone axiológico pressupõe que os valores constitucionais se vivifiquem em cada norma, anteriores ou posteriores, aparentemente claras ou não. Com isso se faz o controle da legitimidade constitucional, o que evidencia que a clareza será sempre um *posterius* e não um *prius*<sup>490</sup>.

A interpretação deve ser tida como unitária, seja das normas constitucionais, seja das infraconstitucionais, o que resulta em uma aplicação combinada dos dispositivos, aplicando-se imediatamente as normas constitucionais<sup>491</sup>. A leitura sistemática do direito poderá levar a interpretações *conforme* à Constituição, ou seja, releituras das normas infraconstitucionais de acordo com os princípios e valores da Constituição. Em conformidade com as normas constitucionais, deve-se extrair ‘o sentido possível com a Constituição’<sup>492</sup>.

<sup>489</sup> PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. *Ob. cit.*, p. 595-596.

<sup>490</sup> “*Il sistema giuridico non è un dato del quale tenere conto soltanto se fa comodo nell’interpretazione della singola norma; è un insieme di valori ed ha specifici contenuti, i quali guidano l’interpretazione di ogni norma. L’unità interna dell’ordinamento giuridico è un dato non contingente ma essenziale: le norme presuppongono il sistema e concorrono a formarlo. La ‘chiarezza’ non è un a priori: l’enunciato è ‘chiaro’ non in sé ma soltanto in un determinato contesto e in una determinata applicazione. La ‘chiarezza’ è il risultato dell’interpretazione non la sua premessa.*” (PERLINGIERI, Pietro. **Manuale di Diritto Civile**. 6. ed. amp. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2007. p. 97-98) Em tradução livre: “O sistema jurídico não é um dado que se leva em conta apenas se for conveniente para a interpretação da norma singular; é um conjunto de valores e tem específicos conteúdos, os quais guiam toda a interpretação. A unidade interna do ordenamento jurídico é um dado não contingente, mas essencial: as normas pressupõem o sistema e contribuem para formá-lo. A “clareza” não é um *a priori*: o enunciado é “claro” não em si, mas somente em um determinado contexto e em uma determinada aplicação. A “clareza” é o resultado da interpretação, não a sua premissa.”

<sup>491</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Manuale di Diritto Civile**. *Op. cit.*, p. 99-101.

<sup>492</sup> “Em conclusão, mesmo quando o legislador ordinário permanecer inerte, deve o juiz e o jurista proceder ao inarredável trabalho de adequação da legislação civil, através de interpretação dotadas de particular ‘sensibilidade constitucional’, que, em última análise – e sempre – vivifiquem o teor e o espírito da Constituição.” (MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na Medida da Pessoa Humana**: estudos sobre direito civil. *Op. cit.*, p. 20)



A norma constitucional é chamada para solução do caso concreto, seja na interpretação da norma infraconstitucional, seja na aplicação direta dos princípios e normas constitucionais<sup>493</sup>. A busca é por um sistema civil que respeite a legalidade constitucional, procurando rever institutos, repensar técnicas e aprimorar a argumentação a este quadro<sup>494</sup>. Ressalta, neste trilhar, a importância dos princípios, o que deve ser compreendido pelo operador do direito<sup>495</sup>.

Para se superar o formalismo e o conceitualismo, não se pode perder de vista que uma interpretação é sempre histórica e relativa, representa o resultado momentâneo de uma engenharia constitucional dos poderes do Estado<sup>496</sup>. Gustavo Tepedino descreve pormenorizadamente os contornos desse novo viés interpretativo:

Vale sublinhar algumas premissas essenciais do direito civil constitucional. (i) o reconhecimento do direito como realidade cultural, e não como resultado (*rectius*, submissão) da ordem jurídica vigente: o direito tem uma intrínseca função promocional e não apenas uma função mantenedora do *status quo* (repressora) e reguladora de divergências; (ii) o decisivo predomínio das situações existenciais sobre situações patrimoniais, devido à tutela constitucional da dignidade humana; (iii) a valorização do perfil funcional em detrimento do perfil estrutural dos institutos jurídicos, impedindo, por essa via, a perpetuação do esquema da subsunção, já completamente ultrapassado, e libertando o fato – e juntamente com ele o juiz – dos enquadramentos rígidos em prol da aplicação normativa mais adequada ao caso concreto; (iv) o reconhecimento da historicidade dos institutos, na medida da importância da função que exercem naquela determinada sociedade, naquele determinado momento histórico; (v) a relatividade dos princípios, das regras e dos direitos, na medida em que todos exercem sua função em sociedade, isto é, em relação ao outro.<sup>497</sup>

A doutrina do direito civil-constitucional parte de uma pluralidade de formas de expressões do Direito, reconhece a supremacia da Constituição, se coaduna com

<sup>493</sup> PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. *Op. cit.*, p. 589.

<sup>494</sup> TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: \_\_\_\_\_. **Temas de direito civil**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 14.

<sup>495</sup> “Uma das características fundantes do direito civil constitucional é a aplicação direta dos princípios constitucionais às relações privadas. Isto significa dar grande peso aos princípios no processo de interpretação-aplicação do direito. Sua importância decorre, evidentemente, do reconhecimento do caráter normativo dos princípios, ao lado das regras, na já consagrada distinção de Dworkin.” (MORAES, Maria Celina. **Na Medida da Pessoa Humana**: estudos sobre direito civil. *Op. cit.*, p. 65)

<sup>496</sup> “Uma vez especificado que o direito faz parte da complexa realidade social e que o ordenamento é unitário e, portanto, sistemático, é preciso inserir o fato singular ou o problema particular na mais vasta e global problemática sócio-jurídica, sem cair no excessivo amor pelas generalizações e pelas chamadas teorias gerais.” (PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. *Op. cit.*, p. 143)

<sup>497</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Tomo II, p. 378.

a teoria dos princípios<sup>498</sup>, permite uma ampla incidência dos direitos fundamentais, assimila as lições da hermenêutica, ou seja, aplica os aportes decorrentes do constitucionalismo contemporâneo na seara do direito civil<sup>499</sup>.

Na esteira do que já foi analisado anteriormente, Pietro Perlingieri cita uma série de relevantes consequências que a assunção dessas premissas teóricas irão ocasionar:

- a) na concepção do moderno constitucionalismo a pessoa humana e os direitos fundamentais são valores conquistados e são lei posta também, direito positivo; o dever-ser assume um conteúdo ético, apurado de acordo com a modificação daquela determinada comunidade; o primado da pessoa e dos direitos fundamentais impede que o direito civil seja vista daquela forma patrimonialista de outrora;
- b) o direito civil constitucional prega a supremacia da política sobre o mercado, com o fim da divisão público e privado;
- c) nova composição dos institutos jurídicos, reafirmados pela igualdade e pelo respeito a diferença, sempre marcados pela solidariedade;
- d) é prerrogativa do juiz singular, ao lado da Corte Constitucional, promover o controle de Constitucionalidade das leis e atos normativos, com base no caso concreto apreciado;<sup>500</sup>

A abertura promovida pela leitura axiológica civil-constitucional permite um saudável contato com os valores adotados e, também, viabiliza uma interlocução constante do Direito com as premissas sociais e éticas da sociedade que é tutelada<sup>501</sup>. A metodologia civil-constitucional aplicada ao direito de família brasileiro jogará luz sobre a questão da afetividade inerente a muitos dos relacionamentos

<sup>498</sup> “Os autores que trabalham na linha do direito civil constitucional se servem da teoria dos princípios como forma de se desenredar da malha firme dos Códigos e da legislação arcaica.” (NEVES, Guilherme Kloh Muller. Os Princípios entre a teoria geral do direito e o direito civil constitucional. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira et al. (Org.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 14)

<sup>499</sup> “*Che il civilista se faccia forte degli incrementi culturali accumulati negli ultimi cento anni, soprattutto del sentimento di storicità della regola giuridica, e non si lasci sedurre dal canto delle sirene a pro della sua autopoiesi. Come per il navigatore antico, sarebbe un autentico suicidio.*” (GROSSI, Paolo. **Scienza Giuridica Italiana: Un profilo storico**. Op. cit., p. 162) Em tradução livre: “Que o jurista se faça forte pelos ganhos culturais acumulados nos últimos cem anos, sobretudo do sentimento de historicidade da regra jurídica, e não se deixe seduzir pelo canto das sereias em prol da sua *autopoiese*. Como para o navegador antigo, seria um autêntico suicídio.”

<sup>500</sup> PERLINGIERI, Pietro. A Doutrina do Direito Civil na Legalidade Constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 5-6.

<sup>501</sup> “A defesa da pessoa humana passou a ser o centro da atenção de um novo direito, cujos primados da dignidade e da cidadania, elevados ao nível constitucional, exigem o desvio da atenção, antes focada no indivíduo isoladamente considerado, para uma preocupação perene com a efetivação dos direitos fundamentais de todos os homens, coletiva e solidariamente considerados.” (HORINAKA, Giselda. Responsabilidade Civil: Estado da Arte no Declínio do Segundo Milênio e Alguns Sabores de Um Novo Tempo. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONINI, Rogério (Orgs.). **Responsabilidade Civil: Estudos em Homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 191)

familiares hodiernos, de modo a viabilizar a sua eventual valoração pelo sistema jurídico. Um aspecto que merece relevo é a percepção das três dimensões do fenômeno da constitucionalização; nas palavras de Luiz Edson Fachin “cumpre, agora, no outro tripé, arrojar-se nos três sentidos possíveis de constitucionalização (formal, substancial e prospectiva)”<sup>502</sup>.

A *dimensão formal* é representada pelo texto positivado. Apesar de relevante, é apenas o primeiro degrau. A *dimensão material* (substancial) se localiza acima das normas positivadas, sendo consubstanciada pelos princípios explícitos (como mandamentos de otimização) e implícitos (derivados de princípios ou regras constitucionais expressas)<sup>503</sup>. As dimensões formal e material envolvem os dois aspectos intrassistêmicos<sup>504</sup>.

Finalmente, há a *dimensão prospectiva*, que trata de um processo de constitucionalização permanente, em uma construção contínua que assimile fatos sociais que se projetam sobre o Direito:

Não obstante, o desafio é apreender extra-sistematicamente o sentido de possibilidade da *constitucionalização* como ação permanente, viabilizada na força criativa dos fatos sociais que se projetam para o Direito, na doutrina, na legislação e na jurisprudência, por meio da qual os significados se constroem e refundam de modo incessante, sem juízos apriorísticos de exclusão. Nessa toada, emerge o mais relevante desses horizontes que é a dimensão prospectiva dessa travessia. O compromisso se firma com essa constante travessia que capta os sentidos histórico-culturais dos códigos e reescreve, por intermédio da *ressignificação* dessas balizas lingüísticas, os limites e as possibilidades emancipatórias do próprio Direito.<sup>505</sup>

Com isso, resta possível ao Direito permanentemente captar os sentidos histórico-culturais para ressignificar suas balizas lingüísticas. Ou seja, a partir desta tarefa prospectiva se mostra viável a obtenção de significados distintos com um

<sup>502</sup> FACHIN, Luiz Edson. A Construção do Direito Privado Contemporâneo na Experiência Crítico-Doutrinária Brasileira. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 15.

<sup>503</sup> FACHIN, Luiz Edson. Em defesa da Constituição Prospectiva e a nova Metodica Crítica do Direito Civil e suas ‘constitucionalizações’. In: \_\_\_\_\_. **Questões do Direito Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 6-8.

<sup>504</sup> FACHIN, Luiz Edson. A Construção do Direito Privado Contemporâneo na Experiência Crítico-Doutrinária Brasileira. *Op. cit.*, p. 15.

<sup>505</sup> *Idem*, p. 15 e ss.

mesmo texto (significante)<sup>506</sup>. Este proceder pode auxiliar a evitar o distanciamento entre a Constituição e as demandas sociais<sup>507</sup>.

A complexidade do ordenamento e a saudável possibilidade de constante alteração do Direito, sempre a partir da Constituição, são destacadas por Paulo Lôbo:

De tudo resulta que o Direito Civil brasileiro atual integra sistema hipercomplexo, em constante interação com a mutabilidade social, tendo no ápice a Constituição, que inspira interpretação do Código Civil e sua interlocução com a legislação especial e os microssistemas jurídicos.<sup>508</sup>

A reconstrução do direito civil não tem que se dar necessariamente pela perspectiva civil-constitucional<sup>509</sup>; há outras correntes teóricas que sustentam a re colocação de suas categorias sob premissas diversas, com ideias e resultados distoantes do que aqui exposto, em pleno vigor. Entretanto, de acordo com as mediações desenvolvidas no presente estudo, a metodologia que estuda o direito civil na legalidade constitucional parece a que melhor se conecta com tais posições.

---

<sup>506</sup> “A certeza da permanente constitucionalização, com a revitalização do sentido de suas normas, assegurar-lhe-á durabilidade pela pertinência com as mutações sociais.” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Parte Geral**. *Op. cit.*, p. 58)

<sup>507</sup> “É essa atuação diária, uma espécie de *modos vivendi* de índole constitucional, que poderá trazer no presente e no porvir, o respeito simbólico e a percepção real de que a Constituição integra o cotidiano da cidadania em emancipação, o ensino jurídico em formação transformadora e o Direito que seja mais justa e menos formalidade.” (FACHIN, Luiz Edson. Em defesa da Constituição Prospectiva e a Nova Metodica Crítica do Direito Civil e suas ‘Constitucionalizações’. *Op. cit.*, p. 7)

<sup>508</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional. **Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 28.

<sup>509</sup> “[...] o Direito Civil Constitucional pode ser encarado como um novo caminho metodológico que procura analisar os institutos de Direito Privado, tendo como ponto de origem a Constituição Federal de 1988. Não se trata apenas de estudar os institutos privados previstos na Constituição Federal de 1988, mas sim de analisar a Constituição sob o prisma do Direito Civil, e vice-versa” (TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: direito de família**, v. 5. 6. ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 33)

## PARTE II

### RECONHECIMENTO JURÍDICO DAS SITUAÇÕES AFETIVAS EXISTENCIAIS

#### CAPÍTULO V – AFETIVIDADE NAS RELAÇÕES FAMILIARES

##### Seção I. Reconhecimento da subjetividade e da afetividade nas relações interpessoais

As diversas concepções históricas de família nem sempre adotaram a afetividade como elemento constituinte do elo entre seus integrantes, eis que a noção do afeto envolve uma visão de pessoa, e da sua subjetividade, que nem sempre esteve presente. Na família antiga, não faria sentido sustentar a relevância da afetividade na formação do vínculo familiar, eis que, como anota Fustel de Coulanges, “a base da família não era encontrada no afeto natural. Tanto o direito grego quanto o romano não levavam em conta este sentimento”<sup>510</sup>.

Nas sociedades antigas, nem mesmo o critério biológico era preponderante para a formação de família, pois os elos familiares envolviam, muitas vezes, escravos e pessoas que não possuíam qualquer vínculo consanguíneo<sup>511</sup>. O laço que preponderava era o religioso<sup>512</sup>, que ditava as regras que acabavam por vincular pessoas e outras gerações em torno de uma mesma família<sup>513</sup>. Tanto é que na

<sup>510</sup> COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. Trad. Heloisa da Graça Burati. São Paulo: Rideel, 2005. p. 30.

<sup>511</sup> “Historiadores do direito romano, de modo muito justo, têm notado que nem o nascimento, nem o afeto foram fundamento da família romana.” (COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. *Ob. cit.*, p. 31)

<sup>512</sup> “O que uniu os membros da família antiga foi algo mais poderoso do que o nascimento, o sentimento ou a força física: esse poder se encontra na religião do lar e na dos antepassados. A religião fez com que a família formasse um corpo nesta e na outra vida. A família antiga é desse modo mais uma associação religiosa do que uma associação da natureza.” (COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. *Ob. cit.*, p. 31)

<sup>513</sup> “Pode-se afirmar, nesse sentido, que a família era mais uma associação religiosa do que uma associação natural [...]. O critério predominante na determinação do parentesco não era, portanto, a consangüinidade, mas a sujeição ao mesmo culto, a adoração aos mesmos deuses-lares, a submissão ao mesmo *pater famílias*. Dessa feita, a família ou *gens* era um grupo mais ou menos numeroso subordinado a um chefe único: o *pater famílias*, cujo poder ilimitado era concedido pela religião.” (NOGUEIRA, Jenny Magnani. A Instituição da Família em A Cidade Antiga. *Op. cit.*, p.102-103)

família romana, por exemplo, havia vasto poder concentrado na figura do *pater familias*, que gozava de hierarquia e autoridade perante os demais integrantes<sup>514</sup>.

Durante a Idade Média, o aspecto religioso manteve importância central nos relacionamentos familiares, com a forte presença da Igreja disseminando seus dogmas pela sociedade com naturalidade. A noção de família envolvia diversas pessoas que viviam sob a tutela do “senhor”, incluindo mulher, crianças, escravos e servidores<sup>515</sup>. O casamento era visto como uma instituição religiosa, regado e tutelado pelas leis da Igreja, de modo que restava claro o respeito precípua às orientações sacras. Também preponderavam interesses econômicos, patrimoniais e sociais, os quais balizavam as decisões acerca das conveniências das uniões matrimoniais e, de certo modo, refletiam sob a concepção de família de então<sup>516</sup>. No contexto medieval não era perceptível a concessão de espaço para o exercício de uma maior subjetividade.

Até o século XVII restava improvável imaginar o respeito a uma esfera pessoal sentimental, pois tanto a mentalidade reitora como as condições de vida até então dificultavam em muito tal aspecto<sup>517</sup>. As casas eram habitadas por muitas pessoas, com camas por toda parte, muitas delas próximas. Grande parte do tempo se passava na sociedade, na coletividade, com pouco espaço privado. O próprio

<sup>514</sup> “Na família romana, o *pater familias*, com relação aos cognados e agnados, era o chefe absoluto, era o sacerdote incumbido de officiar a veneração dos penates, deuses domésticos. Era o chefe do grupo familiar, exercente do poder marital, com direitos absolutos sobre a mulher, que remanesce *in loco filiae*. Dispunha de poderes também absolutos sobre os filhos, com direito de vida e morte sobre eles, *jus vitae necisque*.” (LIRA, Ricardo Pereira. Breve Estudo Sobre as Entidades Familiares. In: BARRETO, Vicente (Org.). **A Nova Família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 27)

<sup>515</sup> “A terceira parte do governo dos lares depende do poder do senhor para com seus escravos e do mestre para seus servidores. Pois o próprio nome de família vem de *famulis* e *famulatio*, porque nelas havia grande número de escravos, e por causa dessa maior parte dos seus membros o conjunto do lar recebia o nome de família. Ou então, como não havia outra riqueza que não os escravos, denominou-se as companhias dos escravos famílias e a sucessão de um defunto família.” (BODIN, Jean. **Os Seis Livros da República: Livro Primeiro**. Trad. José Carlos Orsi Morel. São Paulo: Ícone, 2011. p. 101)

<sup>516</sup> “A análise iconográfica leva-nos a concluir que o sentimento da família era desconhecido da Idade Média e nasceu nos séculos XV-XVI, para se exprimir com um vigor definitivo no século XVII.” (ARIÈS, Philippe. **História Social da Criança e da Família**. Trad. Dora Flaksman 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981. p. 210-211)

<sup>517</sup> “O universo teria um ordem iluminada por Deus como causa suprema. As instituições humanas inserir-se-iam nesta ordem, organizadas segundo o modelo ‘cósmico’. O ‘Estado’, presidido pelo príncipe, integrar-se-ia na Igreja Universal, como expressão do seu ramo temporal. O mosteiro e a família, presididos pelo abade e pelo marido/pai, seriam instituições religiosas, pontes entre a cidade dos homens e a cidade de Deus. Nesta ‘ordem’ se situaria o homem, elemento dela na medida em que se revestia de um ‘estado’ social que o enquadrava, lhe assinalava as suas funções e as vias da sua salvação.” (CAMPOS, Diogo Leite de. **A Nova Família**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Direitos de Família e do Menor: inovações e tendências – doutrina e jurisprudência**. 3. ed., rev. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 19)

trabalho (em geral árduo, precipuamente agrícola ou manual) e os costumes vigentes não incentivavam esta dimensão pessoal, tudo priorizava o coletivo, o grupo ou o sagrado. Essa era a realidade da grande maioria da população. Como a onipresença da Igreja reduzia os espaços privados, não houve um aprimoramento da esfera subjetiva dos indivíduos durante grande parte do período medieval<sup>518</sup>. Apenas quando tais condições se alteraram é que esta esfera particular deu sinais de desenvolvimento.

A partir do início da Modernidade, mais claramente após o final do século XVIII, é que restou possível perceber o nascimento de outra noção de pessoa, com crescente reconhecimento de sua subjetividade e dedicação maior aos sentimentos:

No final do século XVIII e, principalmente, após a Revolução Francesa, a juventude começou a dar mais atenção aos seus próprios sentimentos e não às considerações exteriores. A propriedade, o desejo dos pais e as injunções de ordem social foram negligenciadas na escolha do cônjuge. Surgia um novo mundo marcado por uma nova mentalidade.<sup>519</sup>

O decréscimo da importância da Igreja, o cartesianismo que se disseminava e a consciência do indivíduo como sujeito dotado de vontade e potencialidades alteraram o quadro e passaram a envolver a percepção da pessoa como um sujeito racional, consciente e com uma parcela de individualidade<sup>520</sup>. As bandeiras da liberdade, igualdade e fraternidade se estenderam, em certo grau, também à família<sup>521</sup>. Os costumes passam a se alterar, a própria arquitetura das casas desse período refletia a mudança que se processava<sup>522</sup>. Para a maioria da população, o

<sup>518</sup> “A vida no passado, até o século XVII, era vivida em público [...] A densidade social não deixava lugar para a família. Não que a família não existisse como realidade vivida: seria paradoxal contestá-la. Mas ela não existia como sentimento ou como valor. Assistimos ao nascimento e ao desenvolvimento desse sentimento da família desde o século XV até o século XVIII.” (ARIÈS, Philippe. **História Social da Criança e da Família**. *Ob. cit.*, p. 273)

<sup>519</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de Direito de Família: Origem e Evolução do Casamento**. Curitiba: Juruá, 1991. p. 277.

<sup>520</sup> DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&M, 2010. p. 63-70.

<sup>521</sup> Esclarece-se que essa afirmação leva em conta a ótica do cenário anterior, ou seja, apenas a título de comparação do modelo de família que passava a se mostrar vigente com o que era vivificado no período medieval (certamente mais desigual e mais autoritário) e não a analisa pela noção contemporânea que se tem desses temas (ótica pela qual a conclusão certamente seria outra). Também não se ignora que as bandeiras de igualdade, liberdade e fraternidade não se estendiam a toda população; visavam a um projeto de poder e serviram como apelo discursivo apto a consagrar os interesses da ascendente classe burguesa.

<sup>522</sup> “No século XVIII, a família começou a manter a sociedade a distância, a confiná-la num espaço limitado, aquém de uma zona cada vez mais extensa de vida particular. A organização da casa passou a corresponder a essa nova preocupação de defesa contra o mundo. Era já a casa moderna, que assegurava independência dos cômodos, fazendo-os abrir para um corredor de

trabalho também se modificou, passando a ser exercido em grande parte nas cidades (e menos no campo).

Em consequência, gradativamente se permitiu uma esfera individual que deveria ser observada e respeitada. Nesse momento restou possível perceber o reconhecimento de um espaço que se entende por uma esfera de subjetividade. Quanto às relações pessoais, houve a concessão de certa liberdade (se o indivíduo possuía liberdade para contratar, também deveria poder decidir sobre sua vida pessoal), o que viabilizava uma seara propícia ao reconhecimento do afeto. Nas palavras de Eduardo de Oliveira Leite, o século XVIII será precursor nesse aspecto:

A submissão desaparece e, pela primeira vez na história da humanidade, surge um maior espaço ao amor como uma tímida, mas nítida, busca de satisfação pessoal, realização íntima, gerando uma nova concepção do casamento, com espaço mesmo ao prazer.<sup>523</sup>

Na esteira das ideias francesas de 1789, as pessoas buscaram certas condições de igualdade e liberdade (a partir do que lhes possível e se mostrava cabível naquele momento), o que refletiu até no modo de viver em família. A partir dessa época, cresceu o movimento feminista, que sustentou um maior respeito à mulher desde então (ainda que tenha se mantido, grande parte, o preconceito). A secularização do casamento e a admissão do divórcio no período pós-revolucionário foram fatores que alteraram o quadro de relacionamentos nesse período, caracterizando outro momento da família na modernidade, diverso daquele que caracterizava a Idade Média<sup>524</sup>.

Essa família moderna foi a base da Codificação Francesa de 1804, que teve grande influência em diversos países<sup>525</sup>. Não se pode negar que a abertura à

acesso. [...] A reorganização da casa e a reforma dos costumes deixaram um espaço maior para a intimidade, que foi preenchida por uma família reduzida aos pais e às crianças, da qual se excluíam os criados, os clientes e os amigos.” (ARIÈS, Philippe. **História Social da Criança e da Família**. *Op. cit.*, p. 265-267)

<sup>523</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de Direito de Família: Origem e Evolução do Casamento**. *Op. cit.*, p. 295.

<sup>524</sup> “O amor romântico, que começou a marcar a sua presença a partir do final do século XVIII, utilizou tais idéias e incorporou elementos do *amour passion*, embora tenha-se tornado distinto deste. [...] O complexo de ideias associadas ao amor romântico pela primeira vez vinculou o amor com a liberdade, ambos sendo considerados como estados normativamente desejáveis. [...] A idéia de ‘romance’, no sentido que o termo veio a assumir no século XIX, tanto expressou quanto contribuiu para as mudanças seculares, afetando a vida como um todo.” (GIDDENS, Anthony. **A Transformação da Intimidade: Sexualidade, Amor & Erotismo nas Sociedades Modernas**. *Op. cit.*, p. 50-51)

<sup>525</sup> François Luchaire informa que a Declaração de 1789 não fazia referência à família. Já o Código de Napoleão definia o que era família legítima (vinculada ao casamento) e estendia a noção de



subjetividade que era reconhecida nesse estágio era mínima, um verdadeiro projeto. Isto porque, o indivíduo era visto sob o prisma de um exacerbado individualismo, restava presente uma ampla superioridade masculina, as mulheres seguiram com muitos direitos não reconhecidos, as crianças não eram adequadamente tuteladas e protegidas pelo Estado e a noção de família era atrelada ao matrimônio<sup>526</sup>. Os relacionamentos familiares restavam vinculados à noção de legitimidade, que era estendida à família e ao parentesco (filhos legítimos). Como anota Guilherme de Oliveira, ao analisar o tratamento da paternidade pelo Código de Napoleão, “a preocupação reitora do direito francês foi de proteger a legitimidade”<sup>527</sup>.

Portanto, o espaço destinado à subjetividade (e, de certo modo, a uma esfera afetiva), em que pese pela primeira vez presente, era de fato reduzidíssimo. Entretanto, foi a partir desse cenário que restou possível perceber na experiência concreta uma alteração no rumo dos relacionamentos desde então, com consequências de diversas ordens<sup>528</sup>. Esse pequeno espaço conferido às

---

legitimidade aos filhos. (LUCHAIRE, François. *Les Fondements Constitutionnels Du Droit Civil. Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris: Sirey, n. 2, 81<sup>o</sup> année, p. 245-328, abril/juin 1982, p. 258)

<sup>526</sup> “Como lembra com precisão Marie-Thérèse Meulders-Klein, ‘restabelecendo o poder paterno, mesmo que limitado no tempo, estabelecendo a incapacidade da mulher casada, o poder marital sobre sua pessoa e a soberania do marido sobre os bens da família, restringindo o acesso ao divórcio e à adoção, discriminando novamente a criança natural e mais ainda a criança adúltera, o Código Civil francês de 1804 restabelecia uma outra imagem da família (que aquela da Revolução Francesa), forma de compromisso entre o Antigo direito e a nova ordem burguesa secular. Ele lembrava assim com força que a família era bem uma questão de ordem pública, que a ordem familiar vinculava-se à ordem social e política. Nos trabalhos preparatórios do Código Civil, o próprio Portalis considera que a família é o arbusto do Estado, que ela é a fonte e a base da grande sociedade civil, o berço do Estado, e as virtudes domésticas são todas virtudes dos cidadãos’. Segundo Marie-Thérèse Meulders-Klein, daí se origina uma teoria ‘institucional’ laica do casamento e da família Institucional, no sentido de direito público, porque ultrapassando a autonomia das vontades individuais em vista de um bem superior: o bem das famílias, e através dele da ordem social. Também o estado das pessoas, o casamento, o divórcio, a filiação, as obrigações legais... são considerados como de ‘ordem pública’.” (COMMAILLE, Jacques. *Direito e Costumes ou o surgimento de um modelo de ilegitimidade recíproca*. In: BARRETO, Vicente (Org.). **A Nova Família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 4-5)

<sup>527</sup> OLIVEIRA, Guilherme de. **Crítério Jurídico da Paternidade**. *Op. cit.*, p. 28. No decorrer da obra (p. 115-117), o autor descreve a influência pessoal exercida por Napoleão Bonaparte sobre a comissão redatora do *Code* para restringir as possibilidades de investigação de paternidade de filhos ilegítimos, no que acabou atendido (após até mesmo retirar da comissão que não compartilhasse das suas ideias neste sentido). Esse fato auxilia a percepção da mentalidade que imperava naquele momento (prevalência da família como instituição e dos interesses dos progenitores do que concessão de alguma proteção aos filhos, aos quais sequer era dedicada maior atenção).

<sup>528</sup> “Qualquer que seja a resposta encontrada ou as medidas tomadas na solução do problema, o Século XX se abrirá com uma tendência que marcará todo o período com traço indelével: a realização e o desenvolvimento do indivíduo independente da estabilidade da comunidade. A carreira e a felicidade dos indivíduos que compões a família sobrepujarão a preocupação com a linhagem. [...] Os valores modernos, absolutamente diferentes dos padrões herdados, privilegiarão o individualismo e o desenvolvimento da pessoa, antes da submissão e da

particularidades individuais permitiu seu paulatino crescimento (o projeto, em certo sentido, frutificou). Outros fatores que também influenciam o meio social contribuíram para a alteração da sociedade e, conseqüentemente, afetaram a família.

Durante todo o século XIX<sup>529</sup> alargou-se o exercício do espaço individual, com maior importância progressivamente conferida à subjetividade pessoal<sup>530</sup>. A “grande família” irá diminuir com a disseminação da família nuclear, momento característico na mudança que passa a ceder maior espaço ao sentimento e à afetividade.

Esquemmatizava-se com traços marcantes a nova família, a família nuclear, que tende a se manter invulnerável até o final do século. Perdia a grande família, deslocava-se, para a sociedade conjugal, a primazia exercida pelo parentesco. Ganhava o casal, perdia, definitivamente, a família tronco. Perdia-se em quantidade de membros, **ganhava-se na qualidade de afeto** entre o reduzido círculo da família conjugal.<sup>531</sup> [Grifeij]

A reduzida família nuclear acabou por aproximar seus integrantes, permitindo um vínculo efetivo e cada vez mais afetivo entre eles, “a *pequena*-família, distante da família patriarcal caracterizada por ser uma unidade de produção, é muito mais um núcleo onde são dominantes as relações de afeto, de solidariedade e de cooperação”<sup>532</sup>. A forma de relacionamento entre os integrantes dessa família acabou por se demonstrar mais sentimental, igualitária e liberal do que nos períodos anteriores. Houve um decréscimo de interferências da religião, do meio social e do interesse da família como instituição, para se conferir maior liberdade para a pessoa deliberar sobre sua opção de vida familiar.

Na constatação de Diogo Leite de Campos: “O século XIX e a primeira metade do século XX gostavam de representar dest’arte a ‘nova família’: núcleo de

---

solidariedade coletiva.” (LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de Direito de Família: Origem e Evolução do Casamento.** *Op. cit.*, p. 321-322)

<sup>529</sup> Nesse período o processo descrito se percebe com mais intensidade no cenário europeu ocidental. No Brasil, as características econômicas e sociais fizeram com que tal transição se desenvolvesse apenas em meados do século seguinte.

<sup>530</sup> “O alvorecer do século XX esboça, sob certo ponto de vista, uma outra modernidade. [...] Mais emancipados dos constrangimentos do tempo e do espaço, os indivíduos aspiram à livre escolha de seu destino pela estrada ilusoriamente aberta pela ambição. O cuidado consigo, com um corpo mais bem tratado e conhecido em sua complexidade nervosa, com uma psique cujos abismos se começa a divisar, com uma sexualidade liberada da reprodução, até mesmo do casamento e do credo heterossexual, está no coração tanto da nova estética como das indagações filosóficas.” (PERROT, Michelle. (Org.). **História da Vida Privada. 4: Da Revolução Francesa à Primeira Guerra Mundial.** *Op. cit.*, p. 569-570)

<sup>531</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de Direito de Família: Origem e Evolução do Casamento.** *Op. cit.*, p. 337.

<sup>532</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida.** *Op. cit.*, p. 25.

pais e filhos, ligados intimamente pelos laços do amor<sup>533</sup>. Durante o decorrer do século XX, os relacionamentos restaram marcados cada vez mais por interesses subjetivos, pessoais, particulares, com redução de outras funções ou interesses nesta atividade<sup>534</sup>. Esta pode ser considerada a pedra de toque desse período.

A eleição do cônjuge e a deliberação sobre as opções que serão adotadas no formato da família restavam vinculadas à esfera particular de cada um. Após a Segunda Guerra Mundial, verificou-se um processo de avultamento da subjetividade<sup>535</sup>, que passará a ser o traço característico desta sociedade<sup>536</sup>. Relativamente aos laços familiares:

A segunda metade do século XX verá triunfar, definitivamente, o amor sobre qualquer consideração de ordem prática ou utilitária [...]. Com o triunfo do sentimento, o casal moderno se liberta de toda pressão do meio social, da família, da comunidade, mesmo a mais jovem. [...] Restringindo-se o nível de relacionamento ao pai, mãe e filhos, aumentava-se proporcionalmente o estreitamento dos laços afetivos.<sup>537</sup>

Transpareceu, assim, o aspecto subjetivo nas relações interpessoais, ou seja, houve a percepção de que a pessoa, como indivíduo particular, poderia deliberar sobre seus relacionamentos e optar, de acordo com seus interesses pessoais, pela forma de viver em família que melhor lhe aprouvesse. Não imperavam mais outras instâncias a decidir pelo destino afetivo e matrimonial das pessoas; o indivíduo, no exercício da sua individualidade e subjetividade, livremente, exerceria a escolha. Resumidamente, nessa quadra histórica já era possível afirmar que “o afeto é matéria-prima da subjetividade”<sup>538</sup>.

<sup>533</sup> CAMPOS, Diogo Leite de. *A Nova Família*. *Op. cit.*, p. 23.

<sup>534</sup> “Com a emergência da modernidade, a emoção torna-se de muitas maneiras uma questão de política de vida.” (GIDDENS, Anthony. **A Transformação da Intimidade: Sexualidade, Amor & Erotismo nas Sociedades Modernas**. *Op. cit.*, p. 220)

<sup>535</sup> Exemplo disso foram os diversos movimentos libertários da década de 1960, da segunda fase do feminismo ao *rock and roll* (passando pela pílula anticoncepcional) muitas dessas bandeiras exigiam, em última análise, um maior espaço de subjetividade e individualidade.

<sup>536</sup> OLIVEIRA, Guilherme de; PEREIRA COELHO, Francisco. **Curso de direito de família**. *Op. cit.*, p. 103.

<sup>537</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de Direito de Família: Origem e Evolução do Casamento**. *Op. cit.*, p. 338.

<sup>538</sup> Expressão que se tributa a Giselle Groeninga, proferida no seguinte contexto: “Ainda neste diapasão de integração, temos observado um crescente valor dado ao afeto, uma qualidade da pessoa que finalmente ganha valor jurídico diferenciado. O afeto é matéria-prima da subjetividade, como também é ele o que pavimenta as relações intersubjetivas. É na subjetividade das diferenças, e na intersubjetividade das semelhanças, que se forma a personalidade. E, com a contribuição da interdisciplina, deve-se buscar a necessária objetividade e a materialização objetiva dos Direitos da Personalidade. Neste sentido, a interface entre o Direito e a Psicanálise torna-se de rigor na necessária busca da objetividade que possa assim, integrar o afeto. Cabe

Obviamente que este percurso não foi realizado de imediato, visto que foi resultado de um longo processo que iniciou com o desenvolvimento da noção de sujeito, dotado de individualidades, pois só a partir dele restou viável reconhecer uma dimensão de subjetividade que lhe fosse inerente. Giselle Groeninga descreveu a questão ao se referir aos direitos da personalidade:

Além da ausência de ideia da vida privada, aliada a uma ênfase na patrimonialização das relações, o surgimento destes direitos, relativamente recentes na história da humanidade, também tem a ver com o desenvolvimento da noção de indivíduo. Afora outras considerações de caráter sociológico, a concepção de indivíduo ganhou o estatuto científico com a psicologia moderna fundada por Wilhem Wundt, na segunda metade do século XIX e, sobretudo, com a Psicanálise, fundada por Sigmund Freud no século XIX.<sup>539</sup>

Essa percepção da pessoa como indivíduo dotado de particularidades demonstrava um quadro diverso do que foi tratado por grande parte das legislações codificadas (que privilegiavam a família instituição, fortemente apegadas à ideia de legitimidade, com priorização dos vínculos matrimoniais e biológicos, na esteira do previsto pelo *Code*). Em decorrência da crescente liberdade e subjetividade<sup>540</sup>, da percepção do consciente e do inconsciente, aliada a outros fatores econômicos, sociais, políticos e filosóficos, surgiram outras entidades familiares ao lado da “família legítima”, consubstanciadas apenas por vínculos afetivos (como as uniões livres)<sup>541</sup>.

As relações de parentesco também passam a ser travadas com igualdade e liberdade crescentes, de modo que restou difícil sustentar uma relação parental apenas com base no vínculo institucional, na autoridade e na hierarquia. A proximidade das pessoas, e o reconhecimento da sua subjetividade e a defesa de

---

repensar, nos novos tempos, um novo equilíbrio entre o afeto e o intelecto, na balança da Justiça.” (GROENINGA, Giselle Câmara. Os Direitos da Personalidade e o Direito a Ter Uma Personalidade. In: ZIMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Orgs.). **Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica**. 3. ed. Campinas: Millenium, 2010. p. 59-60)

<sup>539</sup> GROENINGA, Giselle Câmara. Os Direitos da Personalidade e o Direito a Ter Uma Personalidade. *Op. cit.*, p. 63.

<sup>540</sup> Registre-se que a subjetividade envolve um espectro muito mais amplo que o da afetividade, eis que engloba diversas outras esferas. Entretanto, para que a afetividade possa efetivamente se desenvolver, é necessário o exercício de certa subjetividade, pois é neste espaço que ela encontra abrigo. A análise deste estudo fica restrita à afetividade por ser seu objeto específico.

<sup>541</sup> “Vista sob o ângulo do discurso jurídico, a família sem casamento é uma situação de fato, envolvendo uma realidade sócio-afetiva, que aflora espontaneamente no mundo real, engendrando um relacionamento de tipo familiar, que contraria a natureza dos negócios de direito de família, caracteristicamente típicos, formais, nominados, legítimos.” (RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. **Família Sem Casamento**: de relação existencial de fato à realidade jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 40)

maior liberdade e igualdade também no trato familiar levaram tais relacionamentos a assumir outra faceta, mais privada, calcada precipuamente na afeição, do que em critérios formais ou institucionais<sup>542</sup>.

A alteração evidenciada no final do século XX é singular se comparada aos períodos anteriores; a *repersonalização* e o arrefecimento das antigas ordens naturais e sociais deixaram marcas na forma de viver e conviver:

Os seres humanos, transformados em indivíduos, singulares e inomináveis, perdem as referências tradicionais, entram em desequilíbrio, e relativizam todos os valores. A ordem social fundar-se-ia unicamente no livre, contingente e instável equilíbrio das vontades individuais, e com ela, o casamento e a família 'privatizam-se', deixam de ser elementos de uma ordem social, regulados por normas de Direito Público; para passarem a construir quadro, livremente construídos e, conseqüentemente, livremente dispostos, de interesses individuais, soberanos [...].<sup>543</sup>

Como visto, transpareceu que a sociedade alterou seu modo de viver em família, inclusive adotando outros vínculos como suficientes para tal, desvelando a culturalidade desta relação, sem que o Direito (moderno) tenha acompanhado o movimento<sup>544</sup>. O descompasso restou evidente com a manutenção de uma legislação restrita à família legítima, ou seja, que tutelava apenas as relações oriundas do casamento ou decorrentes de vínculos de sangue, enquanto a experiência concreta já percebia e aceitava outras manifestações.

<sup>542</sup> “Assim ocorreu com a família e com as relações dela decorrentes. A sociedade aceitou com naturalidade novas conformações de convívio. O casamento continua e merece a tutela da lei. Ao seu lado erigiram-se novos perfis da partilha existencial. O concubinato sempre existiu e foi reabilitado da conotação pejorativa que o tiznava. O constituinte foi sensível a esse novo quadro e contemplou a *união estável*. Outro rótulo para situação idêntica, mas escoimada de carga repulsiva que sempre acompanhou a figura mais frágil – a concubina. Resquício de machismo que impregnava a cultura e, por conseqüência, o direito então vigente. Ao lado do casamento e da união estável, novos desenhos se delinearam. Relações ocasionais e não duradouras, mas geradores de prole ou de efeitos patrimoniais. Filiação autônoma, desvinculada de casamento ou de união estável. Filhos gerados em relacionamento biológico ou fruto da fecundação *in vitro*, *barrigas de aluguel*, doação de óvulos ou de sêmen.” (NALINI, José Renato. *Ética e Família na Sociedade Pós-Moralista*. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Coord.). **Estudos Jurídicos em Homenagem ao Centenário de Edgard de Moura Bittencourt**: a revisão do direito de família. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p. 386)

<sup>543</sup> CAMPOS, Diogo Leite de. *A Nova Família*. *Op. cit.*, p. 24.

<sup>544</sup> Analisando as disposições do Código Civil de 1916 perante a realidade que se constatava em 1991, Eduardo de Oliveira Leite afirmava: “O Direito, ancorado numa concepção tradicional, não consegue responder aos anseios das novas gerações e, num processo de contínua esclerosação, afasta-se cada vez mais da realidade. Questões como as uniões livres estabelecidas à margem da lei, a inseminação artificial e a fecundação extra-uterina, a adoção, o concubinato e a filiação ilegítima, no caso brasileiro, encontram-se aguardando uma abordagem real, concreta e objetiva que satisfaça juridicamente os sujeitos envolvidos a nível de realidade fática. O Direito precisa caminhar para novos rumos, adaptando-se à realidade social em constante mutação.” (LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de Direito de Família**: Origem e Evolução do Casamento. *Op. cit.*, p. 355)

A afetividade assumiu paulatinamente importância crescente nas questões familiares, eis que mesmo na família tradicional (biológica e matrimonial) acabou por ser considerada como digna de atenção e exercício efetivo. Em outros relacionamentos figurou como único elo a sustentá-los. É possível afirmar que os relacionamentos interpessoais, de modo geral, restaram a partir de então, de alguma forma, influenciados pela indelével marca da afetividade<sup>545</sup>.

## Seção II. Da margem ao centro: a afetividade como vetor dos relacionamentos familiares contemporâneos

A partir do seu reconhecimento como elemento do convívio familiar, a afetividade fez um percurso que pode ser descrito como da periferia ao cerne destas relações e, a partir de então, passou a exercer um outro e importante papel<sup>546</sup>.

O início deste século XXI<sup>547</sup> tornou perceptível como a afetividade passou a figurar de forma central nos vínculos familiares<sup>548</sup>, não em substituição aos critérios biológicos ou matrimoniais (que persistem, com inegável importância), mas ao lado deles se apresentou como relevante uma ligação afetiva<sup>549</sup>. Em grande parte dos casos se acumulam duas ou mais espécies de elos, o afetivo com algum outro (biológico, matrimonial ou registral).

<sup>545</sup> “O amor conjugal, filial e parental surge como o alfa e o ômega da família.” (CAMPOS, Diogo Leite de. *A Nova Família. Op. cit.*, p. 25)

<sup>546</sup> “Cada vez mais se reconhece que, em nossa cultura, é a ligação socioafetiva que se tem com a criança que se mostra verdadeiramente importante na estruturação da personalidade e no desenvolvimento do sujeito, sendo por isso essa ligação a grande merecedora de toda a valorização sociojurídica”. (PAULO, Beatrice Marinho. *Ser Mãe nas Novas Configurações Familiares: a Maternidade Psicoafetiva. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, Magister; Belo Horizonte, IBDFAM, v. 9, abr./maio 2009, p. 57)

<sup>547</sup> Sintomas claros dessa gradativa alteração no papel da afetividade passaram a ser sentidos com mais intensidade a partir da segunda metade do século passado. Como se trata de um processo gradativo, não é simples fixar um período que seja marco da transição. Opta-se, aqui, por centrar a análise nos relacionamentos contemporâneos deste início de século para facilitar a ilustração do que se pretende descrever.

<sup>548</sup> “É que a família da pós-modernidade é fundada no amor e na consagração da pessoa.” (NALINI, José Renato. *Ética e Família na Sociedade Pós-Moralista. Op. cit.*, p. 399)

<sup>549</sup> “A desvalorização do aspecto institucional exige, como compensação necessária, uma supervalorização da vida afetiva, à qual nem sempre as pessoas estão preparadas.” (LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de Direito de Família: Origem e Evolução do Casamento. Op. cit.*, p. 349)

Por outro lado, não raro passou a persistir somente o liame afetivo em diversas situações, mesmo sem a concomitância de qualquer outro<sup>550</sup>. Isso restou evidenciado, por exemplo, no grande número de uniões livres<sup>551</sup> (estáveis) e pela crescente quantidade de filiações socioafetivas (que não possuíam concomitante vínculo registral ou biológico) que acabaram por se apresentar<sup>552</sup>. Também agregou elementos ao debate o crescente número de procriações assistidas, nas quais muitos dos pais acabavam por não manter laços biológicos com seus filhos<sup>553</sup>. Nessas diversas situações, claramente apenas a afetividade sustentava aquele envolvimento interpessoal<sup>554</sup>.

Não menos relevante foi a percepção de que mesmo nos relacionamentos calcados em vínculos matrimoniais, registrais ou biológicos a dimensão afetiva conquistou espaço e reconhecimento<sup>555</sup>. O que se percebeu é que a afetividade

<sup>550</sup> Semy Glanz informa que o relatório elaborado por juristas para tratar da reforma do direito de família francês em 1998 trazia dentre seus temas: “Reconstruir o direito da filiação, incluindo – Perfazer a igualdade das filiações; Assegurar o equilíbrio entre o liame de sangue, de vivência e a vontade individual.” (GLANZ, Semy. **A Família Mutante – sociologia e direito comparado**: inclusive o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 76)

<sup>551</sup> “Tão importante quanto as prescrições legais, os vínculos afetivos e os papéis sociais por eles gerados passaram a ser reconhecidos pelo direito, de que é exemplo cabal a união estável. Gerada por laços afetivos, a união entre homem e mulher sem casamento chegou a ser considerada imoral no início do século passado, e só após décadas de batalhas judiciais foi reconhecida como entidade familiar, passando pelo concubinato, pelo companheirismo e chegando finalmente à união estável.” (BARBOZA, Heloísa Helena. Efeitos Jurídicos do Parentesco Socioafetivo. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, v. 9, abr./maio 2009, p. 25-26)

<sup>552</sup> “Nas novas configurações familiares, oriundas de descasamentos e recasamentos, há homens que acolhem como seus os filhos de outro homem, mantendo relações parentais com os descendentes de suas parceiras, com os quais não possuem nenhum laço biológico. É o que se costuma chamar de paternidade socioafetiva.” (PAULO, Beatrice Marinho. Ser pai nas novas configurações familiares: a paternidade psicoafetiva. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, Magister; Belo Horizonte, IBDFAM, v.10, jun./jul. 2009. p. 25).

<sup>553</sup> “Há algumas décadas, contudo, ampliaram-se as preocupações – que não eram tantas, diante das conseqüências da manipulação dos organismos, especialmente com a manipulação genética, talvez a maior de todas as inovações da biotecnologia.” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. As Inovações Biotecnológicas e o Direito das Sucessões. In: MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PEREIRA, Sérgio Gischkow (Coords.). **Direito Contemporâneo de Família e das Sucessões**: estudos jurídicos em homenagem aos 20 anos de docência do professor Rolf Madaleno. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p. 78)

<sup>554</sup> “A família atual, estruturada dentro de uma ótica nova – não necessariamente de acordo com o padrão tradicional imposto pela rede de parentesco, mas exclusivamente dentro dos interesses da sociedade conjugal – possui, na sua estrutura e nas suas funções, elementos de permanência que excedem largamente a sua concepção meramente biológica, extravasando sua concepção em terrenos até então desconsiderados pelo Direito, como as funções afetivas, emotivas e até mesmo psicológicas.” (LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de Direito de Família**: Origem e Evolução do Casamento. *Op. cit.*, p. 345)

<sup>555</sup> “Hoje, são as necessidades afetivas e sexuais que reclamam satisfação em primeiro lugar, o que explica, numa primeira abordagem, a coabitação pré-nupcial.” (LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de Direito de Família**: Origem e Evolução do Casamento. *Op. cit.*, p. 360)

disseminou-se de forma crescente e com relevância ímpar na sociedade, nos mais variados relacionamentos.

Uma outra forma de convivência familiar foi constatada a partir do final do século XX, com preponderância da afeição, da liberdade, da igualdade e do respeito nos relacionamentos, o que permitiu enxergar uma nova família a partir de então, retrato desta modernidade líquida que acabou por se apresentar<sup>556</sup>. Nessa “nova” forma de viver em família, a afetividade assumiu relevante papel como vetor das suas relações, em substituição ao que outrora foi deixado a encargo da Igreja, do Estado, do meio social, dos interesses institucionais ou patrimoniais<sup>557</sup>.

A alteração é de tal monta que, paralelamente à perda das funções institucionais da família, restou possível sustentar o surgimento de uma *função afetiva*, direcionada para a realização pessoal de cada membro, ao encontro da função eudemonista.

A realização pessoal da afetividade, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época. Suas antigas funções econômica, política, religiosa e procracional feneceram, desapareceram ou desempenham papel secundário. Até mesmo a função procracional, com a secularização crescente do direito de família e a primazia atribuída ao afeto, deixou de ser finalidade precípua.<sup>558</sup>

O reconhecimento da realização individual da afetividade como função precípua da família contemporânea indicava sua centralidade na análise do tema, o que refletia não apenas nas questões de parentesco, mas também se espraiava por todo o direito de família. Desse modo, por mais que parecesse um assunto a princípio árduo ao direito, deveria ser enfrentado pelos juristas familiaristas.

---

<sup>556</sup> “A partir de agora, já não basta a instituição matrimonial para legitimar a sexualidade: é preciso amor. [...] O casamento então deixa gradativamente de ser uma instituição para se converter em uma formalidade. Com a evolução educacional, os jovens conquistaram uma grande independência dentro da família: já não precisam se casar para escapar do poder dos pais. Mas também não é mais necessário se casar para manter relações regulares com um parceiro de outro sexo, já que essas relações só terão alguma consequência se os parceiros assim quiserem.” (PROST, Antoine; VINCENT, Gérard (Orgs.). **História da Vida Privada**. 5: Da Primeira Guerra aos Nossos Dias. *Op. cit.*, p. 77-78)

<sup>557</sup> “A nova família, estruturada nas relações de autenticidade, afeto, amor, diálogo e igualdade, em nada se confunde com o modelo tradicional, quase sempre próximo da hipocrisia, da falsidade institucionalizada, do fingimento. A noção de vida em comum atual repousa soberana sobre sua solidariedade constantemente provocada pela intensidade afetiva. [...] Uma tal família, convivendo no afeto, na liberdade, na responsabilidade mútua, desempenha um papel decisivo no rumo dos fatos sociais, determinando as verdadeiras valorações que orientam o convívio social.” (LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de Direito de Família: Origem e Evolução do Casamento**. *Op. cit.*, p. 367)

<sup>558</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 15.



Certamente remanesceram em grande parte relações sustentadas por aspectos biológicos, matrimoniais ou registrais, muitas vezes cumuladas com o liame afetivo, de modo que não se fala em qualquer substituição de um vínculo por outro<sup>559</sup>. O que se notou foi que, mesmo quando presentes outras espécies de vínculos, o que se dava na maioria dos casos, se agregava uma dimensão afetiva, o que era realizado naturalmente pelos integrantes dessa relação. Por outro lado, acabou por se mostrar inegável que um outro número expressivo de relações era efetivamente sustentado apenas pelo vínculo afetivo<sup>560</sup>.

Não restava possível verificar uma supremacia, sobreposição ou qualquer hierarquia entre tais critérios, muito menos se mostrava indicado o apontamento de uma resposta única, para todos os casos, previamente elaborada<sup>561</sup>. Em consequência, havia que se administrar a convivência e coexistência das diversas formas de viver em família: matrimoniais, heteroafetivas, homoafetivas, uniões simultâneas etc.; o mesmo ocorrendo com os diversos modos de parentescos: biológicos, registrais, matrimoniais, afetivos, multiparentalidades etc. Esse vasto mosaico se mostrou factível na experiência da vida concreta. Coube, portanto, ao direito assimilar este contexto e conceder a competente tutela para preservar a harmonia possível e desejável<sup>562</sup>.

<sup>559</sup> A convivência da afetividade com outros critérios está presente na leitura tridimensional de Belmiro Pedro Welter, para quem “A afetividade é defendida nos campos neurológico, psicológico, psicanalítico, pedagógico, demonstrando que, em pleno século XXI, não é possível continuar compreendendo o ser humano pela teoria cartesiana, porque a condição humana é um modo de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico.” (WELTER, Belmiro Pedro. **Teoria Tridimensional do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 52)

<sup>560</sup> “As evoluções que tem ocorrido no Direito de Família são evidentes nas diferenças relativas à consideração das entidades familiares, como por ex. no tratamento dado às uniões informais, antes só de fato, e agora também de direito – visto que estáveis. E o mesmo movimento tem se dado com as entidades familiares compostas por casais homossexuais, ou homoafetivos, que ainda se encontram no estágio de reconhecimento como sociedade de fato e de benefícios previdenciários.” (GROENINGA, Giselle Câmara. A Função do Afeto nos “Contratos Familiares”. In: DIAS, Maria Berenice *et al.* (Coords.). **Afeto e Estruturas Familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 202-203)

<sup>561</sup> Como visto, essas são características de um direito moderno de leitura positivista normativista, as quais não devem ser mais procuradas.

<sup>562</sup> “Um novo biologismo se põe no horizonte. O fim do ciclo biologista tradicional já foi acentuado com o debate do fundamento sócio-afetivo da filiação. De outro fim agora se trata: cabe superar essa terminação do eixo biológico da filiação. É tempo de encontrar, na tese (conceito biologista) e na suposta antítese (conceito sócio-afetivo), espaço de convivência e também de dissociação. O *aggiornamento* da affectio, na dimensão jurídica do afeto, desempenhou seu papel. Nas relações paterno-filiais não se cuida mais, agora, de decretar o fim da biologização, clara e estampada na superação do modelo patriarcal codificado e nas estruturas de novos paradigmas para a família constitucionalizada. Ambivalência e equilíbrio são a chave para um enigma ainda a decifrar.” (FACHIN, Luiz Edson. Paternidade e Ascendência Genética. In:

Em tempos de modernidade líquida, a complexidade e a instabilidade atingiram todos os campos, inclusive o modo de viver em família. Assim, não se aconselhava a manutenção da pretensão de ditar qual caminho deveria ser seguido pela sociedade para que suas famílias fossem reconhecidas pelo direito (com uma visão autoritária de um dirigismo legislativo que não persistia mais)<sup>563</sup>. Ao contrário, o Direito deveria procurar a convivência e o diálogo entre essas diferentes esferas, de modo a executar um papel de intérprete e mediador dos eventuais conflitos<sup>564</sup>.

Tais circunstâncias trouxeram dificuldades para qualquer definição que pretendesse estipular um ou outro critério que pudesse ser considerado preponderante – aliás, atualmente, resta discutível até mesmo se algum deles pode ser tido como preponderante. De todo modo, mesmo com tal quadro em que se apresentaram incontáveis modelos, de bases distintas, algumas conclusões restaram possíveis, como a que destaca Giselda Hironaka:

O afeto, reafirme-se, **está** na base de constituição da relação familiar, seja ela uma relação de conjugalidade, seja de parentalidade. O afeto está também, certamente, na origem e na causa dos descaminhos desses relacionamentos. Bem por isso, o afeto deve permanecer presente, no trato dos conflitos, dos desenlaces, dos desamores, justamente porque ele perpassa e transpassa a serenidade e o conflito, os laços e os desenlaces; perpassa e transpassa, também, o amor e os desamores. Porque o afeto tem um quê de respeito ancestral, tem um quê de pacificador temporal, tem um quê de dignidade essencial. Este é o afeto de que se fala. O afeto-ternura; o afeto-dignidade. Positivo ou negativo. O imorredouro do afeto.<sup>565</sup>

Foi possível perceber que a afetividade assumiu, em muitas das relações familiares, o papel de verdadeiro vetor de tais relacionamentos, com uma centralidade que não se percebia em momentos anteriores<sup>566</sup>. Neste contexto, o

---

\_\_\_\_\_. **Direito de família. Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 172)

<sup>563</sup> Conforme sustentado nos primeiros capítulos desta dissertação.

<sup>564</sup> Na esteira do que sustentou Zygmunt Bauman, ao tratar de mentalidade do intelectual da pós-modernidade. (**Legisladores e Intérpretes: Sobre Modernidade, Pós-Modernidade e Intelectuais**. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 266-267)

<sup>565</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Sobre Peixes e Afetos – Um Devaneio Acerca da Ética no Direito. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. São Paulo: IOB Thompson, 2006. p. 436.

<sup>566</sup> “Tradicionalmente, duas são as fontes das relações de família, de acordo com o Direito: a consanguinidade e a vontade conjunta de um homem e de uma mulher no sentido da união sexual formalizada. No mundo contemporâneo, no entanto, o perfil consensual e o sentimento de afeição permanente e espontâneo devem ser considerados alicerces das famílias jurídicas, resgatando a emocionalidade nas relações privatísticas mais próximas e íntimas como são as reações familiares. É merecedora de tutela a família que represente uma comunhão de vida e sentimento, permitindo aos seus integrantes o melhor desenvolvimento de suas potencialidades e qualidades.” (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A Emocionalidade em Áreas Jurídicas*)

questionamento que passou a ser realizado na própria sociedade quanto a prevalência da “família legítima”, nas relações de conjugalidade do critério biológico como determinante na relação parental, do formalismo exigido para se reconhecer uma entidade familiar, dos obstáculos para o reconhecimento das uniões homoafetivas, entre outros.

A sociedade passou a adotar gradativamente o aspecto afetivo como suficiente e relevante nessas escolhas pessoais. Com o paralelo decréscimo da importância que era conferida a outros vínculos (biológico, matrimonial, registral), restou possível perceber a centralidade que a afetividade assumiu em grande parte dos relacionamentos. Foi de tal ordem a alteração que resta possível afirmar que houve uma verdadeira transição paradigmática na família brasileira contemporânea, pela qual a afetividade assumiu o papel de vetor destas relações.

Essas características, como não poderiam deixar de ser, ressoaram no direito de família, que buscou assimilar tais aportes e adaptar suas categorias para a tarefa que lhe era apresentada.

O papel dado à subjetividade e à afetividade tem sido crescente no Direito de Família, que não mais pode excluir de suas considerações a qualidade dos vínculos existentes entre os membros de uma família, de forma que possa buscar a necessária objetividade na subjetividade inerente às relações. Cada vez mais se dá importância ao afeto nas considerações das relações familiares; aliás, um outro princípio do Direito de Família é o da afetividade.<sup>567</sup>

Diante da adoção da afetividade pela sociedade brasileira como relevante nas relações familiares, não tardou a doutrina a se aperceber desta nova configuração, de modo que a análise doutrinária foi uma das primeiras a sustentar a prevalência do afeto nos relacionamentos familiares. Como defendeu Silvana Maria Carbonera a analisar este quadro: “Neste contexto, o afeto deve ocupar lugar de destaque e merece maior atenção daqueles que atuam nessa área jurídica”<sup>568</sup>.

Essa foi uma das marcas do processo de repersonalização do direito de família brasileiro contemporâneo: a assimilação e a valoração da afetividade nos

---

Específicas. In: ZIMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Orgs.). **Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica**. 3 ed. Campinas: Millenium, 2010. p. 179)

<sup>567</sup> GROENINGA, Giselle Câmara. Direito de Família. In: BARBOSA, Águida Arruda; VIEIRA, Claudia Stein (Orgs.). **Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 7, p. 28.

<sup>568</sup> CARBONERA, Silvana Maria. O Papel Jurídico do Afeto nas Relações de Família. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando os Fundamentos do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 277.

relacionamentos familiares, enquanto o trato do tema pela legislação ainda era tímido e compartimentado.

### **Seção III. Assimilação da afetividade pela doutrina brasileira de direito de família**

O desenvolvimento dessas relações pessoais subjetivas e a importância crescente que foi sendo conferida à afetividade não foram tempestivamente acompanhados pela legislação do direito de família de matiz moderna, engessado no corpo codificado e na ideia de que sua única fonte era a lei. Como visto, a leitura positivista que predominou durante longo período no Brasil em nada contribuiu para a superação deste descompasso<sup>569</sup>.

Apesar disso, não era possível obnubilar o contexto a ponto de não reconhecer que, como a experiência concreta se alterou, e esta precede o Direito; era o mundo jurídico que necessitava rever seus conceitos, e não o contrário, como se chegou a afirmar. Em outras palavras, se havia alguma crise, esta não poderia ser imputada à família ou à realidade concreta<sup>570</sup>.

O que ocorreu, na realidade, foi uma mudança de paradigma nos relacionamentos familiares, com a afetividade assumindo o papel que outrora fora destinado à família legítima, ao matrimônio, às orientações religiosas e à “verdade” biológica. Quem descreveu a alteração foi Paulo Lôbo:

---

<sup>569</sup> “Desse modo, a constatação da insuficiência do discurso moderno deve ser a base para o desenvolvimento de uma crítica que recupera o lugar do afeto como categoria epistemologicamente valiosa e como categoria socialmente relevante.” (BITTAR, Eduardo C. B. Razão e Afeto, Justiça e Direito Humanos: Dois Paralelos Cruzados Para a Mudança Paradigmática. Reflexões Frankfurtianas e a Revolução Pelo Afeto. **Revista Mestrado em Direito**, UNIFEO – Centro Universitário FIEO, Osasco, EDIFEO, ano 8, n. 1, p. 99-128, 2008, p. 101)

<sup>570</sup> “O contexto histórico alterou-se. Atualmente, a característica da nossa civilização é a incerteza sobre o futuro de nossa sociedade, uma incerteza que gera um ambiente de profunda perplexidade e descrença nas instituições. Os projetos de longo termo não encontram mais espaço numa época em que só o momento tem sentido. A indecisão e o não-comprometimento diante das estruturas que sempre se definiram pela permanência e indissolubilidade; a liberdade sexual modificando fundamentalmente as relações do casal; a valorização da personalidade individual; o direito à alegria, à felicidade e ao prazer; a desmistificação das instituições e das pessoas; a raridade das relações sociais satisfatórias e o culto da individualidade familiar são algumas das mudanças que afetaram diretamente o casamento e sua regulação jurídica.” (LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de Direito de Família: Origem e Evolução do Casamento**. *Op. cit.*, p. 355)

Como a crise é sempre perda dos fundamentos de um paradigma em virtude do advento de outro, a família atual está matrizada em paradigma que explica sua função atual: a afetividade. Assim, enquanto houver *affectio* haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida.<sup>571</sup>

Toda alteração paradigmática exige que sejam revistas as categorias, tarefa que a partir de então coube ao direito que tratava das questões de família. Nas últimas décadas, foi possível perceber que os esforços tanto da doutrina como da jurisprudência, mesmo muitas vezes com opiniões divergentes, estavam centrados em procurar elaborar respostas para os conflitos decorrentes deste novo paradigma familiar.

No Brasil, quem precursoramente atentou para tal questão foi João Baptista Villela que, em estudo publicado em 1979, tratou do tema da afetividade a partir da paternidade, no qual sustentou expressamente que o parentesco não restava restrito a uma questão meramente biológica, visto que “a paternidade em si mesma não é um fato da natureza, mas um fato cultural”<sup>572</sup>. Sua tese partia de uma constatação que poderia ser até conhecida em outras ciências, mas restava estranha aos juristas até aquele momento: a distinção entre as figuras de genitor e pai, pois “uma coisa, com efeito, é a responsabilidade pelo ato da coabitação sexual, de que pode resultar a gravidez. Outra, bem diversa, é a decorrente do estatuto da paternidade”<sup>573</sup>. Essa percepção, que nos dias de hoje pode parecer singela, foi de grande valia para elucidar as possibilidades jurídicas a partir daquele momento, uma vez que apresentava um novo caminho diverso do biologismo que imperava altaneiro até então<sup>574</sup>.

A partir dessa distinção entre pai e genitor, João Baptista Villela esclarecia o que determinaria então a paternidade (já que ela não restaria vinculada apenas ao critério biológico), momento no qual tornava palmar a vinculação entre paternidade e a noção de afetividade:

---

<sup>571</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil**: Famílias. *Op. cit.*, p. 1.

<sup>572</sup> VILLELA, João Baptista. A Desbiologização da Paternidade. *Op. cit.*, p. 402.

<sup>573</sup> VILLELA, João Baptista. A Desbiologização da Paternidade. *Op. cit.*, p. 404.

<sup>574</sup> Para reforçar seu argumento, o autor destaca que o critério biológico não era adotado com rigor nem mesmo no Brasil pela codificação de 1916. Isto porque, em diversas situações, a lei faz prevalecer uma presunção de quem seria o pai em favor da “família legítima”, ignorando o aspecto biológico, destacando que “São inúmeras as situações previstas na lei, nas quais a paternidade é atribuída a quem bem pode não ser o pai biológico ou a quem manifestadamente não o é.” (VILLELA, João Baptista. A Desbiologização da Paternidade. *Op. cit.*, p. 407)

Qual seria, pois, esse *quid* específico que faz de alguém um pai, independentemente de geração biológica? Se se prestar atenta escuta às pulsações mais profundas da longa tradição cultural da humanidade, não será difícil identificar uma persistente intuição que associa a paternidade antes com o serviço que com a procriação. Ou seja, ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar quando na circunstância de amar ou servir.<sup>575</sup>

Essa argumentação em favor da *desbiologização da paternidade* é uma das prenunciadoras da relevância da afetividade quando da análise das questões de parentesco. A consciência do autor da mudança de paradigma que se processava pode ser percebida pela extensão do critério afetivo para análise da família em geral, indo além das questões de parentesco, o que fica claro quando afirmava que

As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso para se afirmar fundamentalmente como grupo de **afetividade** e companheirismo, imprimiram considerável reforço ao esvaziamento biológico da paternidade.<sup>576</sup>  
[Grifei]

A sensibilidade dessa análise percebia – já na década de 70 do século passado – o declínio do critério biológico e o avultamento da importância que era destinada ao critério afetivo<sup>577</sup>. A partir de então, de forma crescente, a doutrina passou a sustentar a necessidade de assimilação pelo Direito da distinção das funções de genitor e de pai, bem como a aceitação da afetividade como relevante também na análise da conjugalidade e das demais questões da família<sup>578</sup>.

No continente europeu ocidental, um dos primeiros a tratar do tema foi Guilherme de Oliveira<sup>579</sup>, em análise que partiu de um estudo historiográfico, perpassou longamente pelo estudo da legislação portuguesa e aportou no contemporâneo (com reflexão sobre as técnicas científicas desenvolvidas que

<sup>575</sup> VILLELA, João Baptista. A Desbiologização da Paternidade. *Op. cit.*, 408-409.

<sup>576</sup> *Idem*, p. 413.

<sup>577</sup> “A consagüinidade tem, de fato e de direito, um papel absolutamente secundário na configuração da paternidade. Não é derivação biológica química que aponta a figura do *pai*, senão o amor, o desvelo e o serviço com que alguém se entrega ao bem da criança. Permita-me aqui repetir o que tenho dito tantas vezes: a verdadeira paternidade não é um fato da biologia, mas um fato da cultura. Está antes no devotamento e no serviço do que na procedência e do sêmen.” (VILLELA, João Baptista. Família hoje. Entrevista concedida a Leonardo de Andrade Mattietto. In: BARRETO, Vicente (Org.). **A nova família**: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 85)

<sup>578</sup> “O que foi provavelmente, na história do Ocidente, a mais espetacular transformação sofrida pela família reside na sua passagem de um organismo preordenado a fins externos para um núcleo de companheirismo a serviço das próprias pessoas que a constituem.” (VILLELA, João Baptista. Família hoje. *Op. cit.*, p. 71-72)

<sup>579</sup> OLIVEIRA, Guilherme de. **Crítério Jurídico da Paternidade**. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

permitted a precise indication of the biological link). In his historical investigations, he verified that the fact of the French Code of 1804 privileging the legitimate family and prescribing express terms defining the presumptions of establishment of paternity have roots in a critique of medieval jurisprudence<sup>580</sup>.

He also highlighted the fact that the biological criterion was not the prevailing one<sup>581</sup>, since the concern of the *Code* was with the legitimate family (against which one did not admit even the biological truth), which evidenced that the biological criterion did not have absolute supremacy and the historical naturalness that many supported<sup>582</sup>. Firm in this position, he affirmed that it could not be considered the unique or unquestionable point of view from history the biological criterion in the question of filiation, since certainly it was – and always was – only one of them.

The ascendancy of the biological criterion as the defining one of paternity is credited to the second half of the 20th century, in the Portuguese scenario, when, among others, the reduction of the importance conferred to the protection of the legitimate family and the growing concern with the protection of the illegitimate child (at that time unprotected and discriminated). In front of this, “in these conditions the progenitor and the *pater* tended to the

<sup>580</sup> Segundo informa Guilherme de Oliveira, no período do direito comum as decisões eram casuísticas, embasadas nos conhecimentos médicos disponíveis. A busca pela definição da paternidade nesse período girava em torno da averiguação da data da concepção e do nascimento, que determinariam então a paternidade. Segundo apurado pelo autor, algumas decisões do período medieval (século XIV e ss.) concederam a paternidade a partir de gestações estimadas em onze, quinze e até dezessete meses. A medicina de então já possuía conhecimento para saber que tais períodos não eram clinicamente sustentáveis. Essas decisões pontuais (tidas como inadmissíveis por muitos juristas) foram superestimadas pelos redatores do *Code*, que preocupados com isso resolveram taxar rigorosamente os prazos de presunção da paternidade, seguindo a mentalidade que imperava no período. Para o autor: “Aqui se encontra a origem do laxismo jurisprudencial alegado pelos redatores do Código francês de 1804 e que serviu de justificação para o sistema rígido adotado nesta altura.” (OLIVEIRA, Guilherme de. **Crítério Jurídico da Paternidade**. *Op. cit.*, p. 5).

<sup>581</sup> O autor cita o caso da *perfilhação*, segundo a qual só quem poderia ser reconhecido como filho poderia investigar uma paternidade. Assim, se afastavam os incestuosos e adulterinos, que eram tidos como *imperfilhados*. Com isso, “Em conclusão, dir-se-á que a imperfilhabilidade dos adulterinos e dos incestuosos tinha por consequência que nem toda filiação biológica era juridicamente relevante; isto acontecia por razões ligadas à defesa do casamento monogâmico e da exogamia. A verdade biológica era ocultada por uma razão nupcialista.” (OLIVEIRA, Guilherme de. **Crítério Jurídico da Paternidade**. *Op. cit.*, p. 87). No Brasil, era possível a conclusão semelhante sob o prisma do Código Civil de 1916: “O sistema do Código, ainda que quisesse buscar através da regra *pater is est* a coincidência entre a paternidade biológica e a paternidade jurídica, na ocorrência de dúvida entre a verdade da filiação e a suposta paz familiar, sacrifica a primeira em favor da segunda. Daí, assim, preferência a um critério ‘nupcialista da paternidade’ (segundo o qual é reconhecido como pai aquele que contraiu núpcias com a mãe) e não a um critério ‘biologista da paternidade’, que atende à filiação do ponto de vista biológico.” (FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida**. *Op. cit.*, p. 33)

<sup>582</sup> “A verdade biológica acerca do tempo da gravidez só podia revelar-se quando não havia lugar para a protecção do estatuto da legitimidade, isto é, no âmbito da filiação extramatrimonial.” (OLIVEIRA, Guilherme de. **Crítério Jurídico da Paternidade**. *Op. cit.*, p. 29)

coincidência, a paternidade biológica foi convertida pelo sistema cultural em paternidade jurídica<sup>583</sup>. O estudo por ele desenvolvido demonstrou o paradoxo que se apresentava, pois, ao mesmo tempo que evoluíam técnicas para descoberta do vínculo biológico, crescia na sociedade o que era conceituado naquele estudo como a *verdade sociológica da filiação*.

Já foi internacionalmente reconhecido o «paradoxo» de, a par de um biologismo crescente, se atribuir maior importância aos vínculos afectivos, «o facto de uma criança viver no seio de uma família». Esta realidade digna de tutela jurídica – dentro ou fora do casamento – costuma designar-se pela «verdade sociológica» da filiação; e inspira normas que garantem a estabilidade da família constituída, supondo que o interesse do filho é, ou pode bem ser, o de ficar onde está.<sup>584</sup>

A análise de Guilherme de Oliveira sobre a paternidade percebeu a importância da afetividade na questão filial (por ele nominada como *verdade sociológica da filiação*). Levando isso em conta, ao final chegou à conclusão que o critério biológico era apenas um dos possíveis, e mais, ressaltou que não foi sempre o utilizado, o que lhe fazia questionar a naturalidade com que o tema era tratado<sup>585</sup>. Resumidamente, concluiu sua tese afirmando que a paternidade poderia envolver outros critérios que não o biológico. “Concluído o estudo, parece-me ter encontrado fundamento bastante para defender a tese de que a paternidade jurídica não foi, nem é, forçosamente determinada pela verdade biológica do parentesco”<sup>586</sup>.

A constatação da *verdade sociológica* da filiação refletia a relevância da afetividade nas questões de parentescos<sup>587</sup>, de modo que esse estudo – publicado em Portugal na década de 80 do século passado – teve grande influência no direito luso-brasileiro, uma vez que foi divulgado em época na qual o biologismo avançava

<sup>583</sup> OLIVEIRA, Guilherme de. **Critério Jurídico da Paternidade**. *Op. cit.*, p. 94-95.

<sup>584</sup> *Idem*, p. 436-437.

<sup>585</sup> Interessante que no início da sua obra o próprio Guilherme de Oliveira destaca que foi estudar o tema partindo da sua própria adesão ao mandamento da verdade biológica do parentesco: “Quando comecei a estudar o direito da filiação aderi, sem reservas, ao mandamento do respeito pela verdade biológica do parentesco.” (OLIVEIRA, Guilherme de. **Critério Jurídico da Paternidade**. *Op. cit.*, p. XIX)

<sup>586</sup> OLIVEIRA, Guilherme de. **Critério Jurídico da Paternidade**. *Op. cit.*, p. XXI.

<sup>587</sup> “Tenho, porém, as maiores dúvidas acerca da conveniência deste biologismo estrito e da irrelevância de outros fatores como a estabilidade afectiva e a posse de estado de filho. Julgo necessário considerar esta «verdade afectiva ou sociológica» através de mecanismos legais ou jurisprudenciais que temperem a segura do actual regime da legitimidade activa para impugnar.” (OLIVEIRA, Guilherme de. **Estabelecimento da Filiação**: notas aos artigos 1796º-1873º do Código Civil. – 1. ed., 6. reimp. Coimbra: Almedina, 2001. p. 134)



entre os juristas. A semelhança da legislação entre os dois países sobre o tema auxiliou na difusão desta teoria entre os autores brasileiros<sup>588</sup>.

A partir dessas análises, desenvolveram-se diversos estudos jurídicos no sentido de dissociar a figura do *genitor* da figura *paterna* (e também materna), o que abriu novas oportunidades de reflexões sobre os vínculos que sustentariam as relações de parentesco<sup>589</sup>. Também a revisão dos dados históricos evidenciou que o biologismo não possuía a naturalidade e a solidez que muitos sustentavam. Ou seja, houve uma alteração de rumo no discurso jurídico, que passou a não ser unívoco na defesa estrita da adoção do critério biológico na fixação da parentalidade, visto que a complexidade fática não indicava tal medida.

A afetividade, que não era corrente entre os juristas até então, a partir dos estudos de João Baptista Villela, Guilherme de Oliveira e outros autores, passou cada vez mais a figurar com constância na análise jurídica do tema. Em paralelo, decrescia a relevância que era concedida à família legítima (vinculada ao matrimônio) e crescia o número de uniões que se apresentavam na sociedade (mantidas apenas por laços de afeto). As categorias formais clássicas – retratadas na legislação codificada anterior – passavam, assim, a ser questionadas pela própria realidade.

Quem também contribuiu para a construção de uma doutrina que acolhesse a afetividade no direito de família foi Luiz Edson Fachin, que a analisou principalmente sob o enfoque da parentalidade<sup>590</sup>. Em uma de suas primeiras reflexões sobre a paternidade, questionou tanto as presunções fictícias da legislação como o biologismo crescente. Nessa obra, o autor colocava em xeque a prevalência e os obstáculos que se punham ao questionamento da presunção *pater is est* (adotada pelo sistema brasileiro de 1916), bem como declarava insuficiente a mera

---

<sup>588</sup> Esse é o motivo que justifica a análise pormenorizada da tese de Guilherme de Oliveira, português, em capítulo que trata da análise da afetividade pela doutrina brasileira.

<sup>589</sup> “Respeitando-se os limites e potencialidades herdados pela genética, mas descartada a existência de um sentimento materno universal, necessário e predeterminado, o vínculo biológico/consangüíneo muito pouca influência terá na determinação de uma criança e, conseqüentemente, na sua constituição enquanto sujeito. Por isso mesmo, a psicanálise moderna não fala mais especificamente em “mãe” e “pai”, mas sim em “funções maternas” e “funções paternas”, não necessariamente desempenhadas pelos pais biológicos.” (PAULO, Beatrice Marinho. *Ser Mãe Nas Novas Configurações Familiares: a maternidade Psicoafetiva*. *Op. cit.*, p. 57)

<sup>590</sup> Inicialmente o tema veio à baila em duas obras suas: FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida*. Porto Alegre: Fabris, 1992; e FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade**: relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. Mais tarde também passou a figurar em diversos trabalhos seus, inclusive com maior amplitude.

inclusão do critério biológico no sistema de filiação, conforme suscitado por algumas reformas legislativas que se processavam.

Sustentava, então, uma abertura que comportasse o reconhecimento da paternidade oriunda da *posse de estado de filho*<sup>591</sup> (para a qual concorrerem três critérios *nomen, tractatus, fama*), ou seja, uma paternidade consubstanciada pela realidade concreta (portanto, em certo aspecto, também *sociológica*). Ainda sob a égide do Código de 1916, que não acolhia a *posse de estado* e era rígido no respeito à presunção *pater is est*, afirmava: “percebe-se, de fato, que é saliente o seu valor instrumental, isto é, a posse de estado serve para revelar a face sócio-afetiva da filiação”<sup>592</sup>. A leitura de Luiz Edson Fachin auxiliou a percepção do caráter tríplice que envolvia a questão da paternidade: aspecto biológico, afetivo e jurídico, e contribuiu para a difusão da afetividade presente em tais relações a partir da defesa da utilização do critério da *posse de estado*<sup>593</sup>:

A efetiva relação paterno-filial requer mais que a natural descendência genética e não se basta na explicação jurídica dessa informação biológica. Busca-se, então, a verdadeira paternidade. Assim, para além da paternidade biológica e da paternidade jurídica, à completa integração pai-mãe-filho agrega-se um elemento a mais. Esse outro elemento se revela na afirmação de que a *paternidade se constrói*; não é apenas um dado: ela se faz. O pai já não pode ser apenas aquele que emprestou sua colaboração na geração genética da criança; também pode não ser aquele a quem o ordenamento jurídico presuntivamente atribui a paternidade. Ao dizer que a paternidade se constrói, toma lugar de vulto, na relação paterno-filial, uma verdade sócio-afetiva, que, no plano jurídico, recupera a noção da posse de estado de filho.<sup>594</sup>

Na sua segunda obra sobre a questão da paternidade (intitulada *Da Paternidade: relação biológica e afetiva* – a presença no título já indicava a dignidade que era conferida à relação afetiva), transparecia sua orientação para uma convivência entre as esferas biológica e afetiva, em decorrência do que era firme na

<sup>591</sup> Registre-se que Guilherme de Oliveira também via com bons olhos o reforço na utilização da *posse de estado de filho*, com o objetivo de arrefecer o biologismo crescente e atenuar o rigor das presunções legais: “Usei propositadamente a expressão vaga de «consolidação da família» ou a do «nascimento da verdade sociológica» sem me referir ao meio técnico idôneo para captar essa realidade fulcral na economia do regime – e pensava na *posse de estado*. É um conceito velho, bem conhecido da doutrina e da jurisprudência portuguesa, e que, por este motivo, colheria uma boa aceitação do foro; é, além disso, um conceito maleável, capaz de exprimir subtilmente a realidade da vida familiar e dos interesses que se confrontam.” (OLIVEIRA, Guilherme de. **Crítério Jurídico da Paternidade**. *Op. cit.*, p. 445)

<sup>592</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida**. *Op. cit.*, p. 160.

<sup>593</sup> “Outras situações de fato, de natureza familiar, igualmente geradas pelo afeto, são de há muito acolhidas pelo direito, sob a denominação de ‘posse de estado de casado’ e ‘posse de estado de filho’.” (BARBOZA, Heloísa Helena. *Efeitos Jurídicos do Parentesco Socioafetivo*. *Op. cit.*, p. 27)

<sup>594</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida**. *Op. cit.*, p. 23.

defesa da necessidade de reforma do sistema de filiação com o fito de corresponder às transformações trazidas pela Constituição, e pelas quais passou a própria noção de família “a construção de um novo sistema de filiação emerge como imperativa, posto que a alteração da concepção jurídica de família conduz necessariamente à mudança da ordenação jurídica da filiação”<sup>595</sup>.

O indicativo da sua tese era pela convivência entre as esferas biológica e afetiva, apontando para a superação do embate entre os defensores de cada uma delas, eis que ambas deveriam conviver em um sistema de filiação coerente com o estágio social alcançado<sup>596</sup>. Dizia o autor: “é tempo de encontrar, na tese (conceito biologista) e na suposta antítese (conceito sócio-afetivo), espaço de convivência e também de dissociação”<sup>597</sup>. Para Luiz Edson Fachin, a alteração de paradigma que se processou na família exigia a revisão de muitas das concepções tidas como sólidas até então, muitas delas no sentido de acolher o vínculo afetivo:

Na transformação da família e de seu Direito, o transcurso apanha uma ‘comunidade de sangue’ e celebra, ao final deste século, a possibilidade de uma ‘comunidade de afeto’. Novos modos de definir o próprio Direito de Família. Direito esse não imune à família como refúgio afetivo, centro de intercâmbio pessoal e emanador da felicidade possível.<sup>598</sup>

No decorrer de suas obras, sempre a partir de uma perspectiva civil-constitucional, passou a ser corrente a citação da afetividade como elemento relevante no trato das várias questões do direito de família, não apenas na temática da relação filial. A constitucionalização do direito de família como um todo envolveria, juntamente com a obediência aos princípios constitucionais, a observância da questão da afetividade. Ou seja, na sua leitura, a afetividade perpassaria vários aspectos da tutela da família, sempre com relevância ímpar, mas sem qualquer pretensão de supremacia ou impositividade<sup>599</sup>.

<sup>595</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade**: relação biológica e afetiva. *Op. cit.*, p. 55.

<sup>596</sup> “O valor socioafetivo da família, uma realidade da existência. Ela se ‘bonifica’ com o transcorrer do tempo, não é um dado, e sim um construído. Se o vínculo genético é um dado, a posse de estado é um construído. Viver juntos, sem liame jurídico prévio, o que mantém essa condição é ser possuidor de um estado.” (FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família. Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 302-321)

<sup>597</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Paternidade e Ascendência Genética**. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes Temas da Atualidade: DNA Como Meio de Prova da Filiação**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 172.

<sup>598</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família: Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro**. *Op. cit.*, p. 317-318.

<sup>599</sup> “Na característica construtiva das relações familiares, um espaço para o refúgio e o afeto, na família pluriparental nascente, informando na base ambivalente (socioafetiva e biológica) das

Nessa mesma linha, outro autor para quem a afetividade é um tema muito caro é Paulo Luiz Netto Lôbo, a tal ponto que, na sua análise, após a Constituição de 1988, ela deve ser vista sob a forma de princípio<sup>600</sup>, visto que “o princípio da afetividade tem fundamento constitucional; não é petição de princípio, nem fato exclusivamente sociológico ou psicológico”<sup>601</sup>. Quer dizer, nessa abordagem, a afetividade não incidiria apenas pontualmente, ao tratar de uma questão específica do direito de família (como a filiação, por exemplo), mas sim sobressairia a tal ponto que passaria em revista todos os institutos de direito de família, consistindo em verdadeiro princípio norteador<sup>602</sup>. Nesse sentido, sob as vestes de princípio jurídico na concepção que lhe concedeu o constitucionalismo contemporâneo, influenciaria todo o direito de família, refletindo o novo paradigma familiar vigente. A repersonalização deste ramo do direito, portanto, dar-se-ia a partir da adoção do princípio da afetividade.

A família, ao converter-se em espaço de realização de afetividade humana e da dignidade de cada um de seus membros, marca o deslocamento da função econômico-político-religioso-procracional para essa nova função. Essas linhas de tendência enquadram-se no fenômeno jurídico-social denominado *repersonalização das relações civis*, que valoriza o interesse da pessoa humana mais do que suas relações patrimoniais. O anacronismo da legislação sobre família revelou-se em plenitude com o despontar dos paradigmas das entidades familiares.<sup>603</sup>

Essa perspectiva principiológica da afetividade lhe conferiu maior corpo e permitiu que fosse aplicada em todos os ramos do direito de família, com inequívoca centralidade. Paulo Lôbo desenvolveu sua tese extraíndo o princípio da afetividade a partir do princípio da solidariedade, o que também demonstrava a superação do individualismo moderno de outrora e refletia a aplicação do solidarismo constitucional.

---

relações familiares, os desafios dessa travessia.” (FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família: Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro**. *Op. cit.*, p. 323.

<sup>600</sup> Uma das primeiras manifestações nesse sentido data de menos de um ano após a promulgação de 1988, na qual já sustentava a afetividade como princípio implícito no texto constitucional: (LÔBO, Paulo Luiz Netto. O Exame de DNA e o Princípio da Dignidade Humana. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, Síntese, v. 1, p. 67-73, abr./jun. 1999, p. 70)

<sup>601</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *Op. cit.*, p. 46.

<sup>602</sup> “A afetividade é o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia em face de considerações de caráter patrimonial ou biológico. Recebeu grande impulso dos valores consagrados na Constituição de 1988 e resultou da evolução da família brasileira, nas últimas décadas do século XX. [...] É o salto, à frente, da pessoa humana nas relações familiares.” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Socioafetividade em Família e a Orientação do Superior Tribunal de Justiça. *Op. cit.*, p. 645-646)

<sup>603</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, Síntese, v. 24, p. 136-156, jun./jul. 2004.

A análise da filiação a partir deste novo princípio resultava em novas possibilidades<sup>604</sup>, o mesmo podendo ocorrer com cada um dos institutos jusfamiliares. Para além disso, as consequências da leitura sob a forma de princípio foram várias<sup>605</sup>:

A doutrina jurídica brasileira tem vislumbrado aplicação do princípio da afetividade em variadas situações do direito de família, nas dimensões: a) da solidariedade e da cooperação; b) da concepção eudemonista; c) da funcionalização da família para o desenvolvimento da personalidade e de seus membros; d) do redirecionamento dos papéis masculino e feminino e da relação entre legalidade e subjetividade; e) dos efeitos jurídicos da reprodução humana medicamente assistida; f) da colisão de direitos fundamentais; g) da primazia do estado da filiação, independentemente da origem biológica ou não biológica.<sup>606</sup>

A concessão de uma dignidade principiológica à afetividade pode ser considerada uma marca da análise desenvolvida na sua obra, reconhecida, entre outros, por Rodrigo da Cunha Pereira: “[...] foi Paulo Luiz Netto Lôbo quem deu ao afeto o *status* de princípio jurídico [...]”<sup>607</sup>. A aceitação da sua tese pode ser constatada pela disseminação do estudo da afetividade como princípio no direito de família brasileiro, o que sobressai tanto na doutrina como na jurisprudência.

É possível afirmar que o diferencial conferido pela análise da afetividade sob o prisma de Paulo Lôbo é a sua classificação como princípio de direito de família, o que reflete a centralidade que o tema assumiu na família e, conseqüentemente, no direito de família hodierno. Nessa leitura principiológica, a afetividade perpassa todos os temas do direito de família com relevância ímpar, refletindo a alteração paradigmática processada na família, no direito.

<sup>604</sup> “Há muito tempo, em obras da antropologia, de outras ciências sociais e de psicanálise, já tinham chamado a atenção para o fato de que é só após a passagem do homem da natureza para a cultura que se torna possível estruturar a família. Para qualquer etnólogo ou antropólogo, a afirmação de que a paternidade social não coincide com a paternidade biológica é de uma vulgaridade gritante. [...] Pode-se dizer que a evolução da família expressa a passagem do fato natural da consangüinidade para o fato cultural da afetividade, principalmente no mundo ocidental contemporâneo.” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Socioafetividade em Família e a Orientação do Superior Tribunal de Justiça*. *Op. cit.*, p. 644)

<sup>605</sup> “A socioafetividade não é espécie acrescida, excepcional ou supletiva da filiação. É a própria natureza do paradigma atual da filiação, ou o gênero, cujas espécies são a biológica e a não-biológica. Em outros termos, toda filiação juridicamente considerada é socioafetiva, pouco importando sua origem.” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Socioafetividade no Direito de Família: a Persistente Trajetória de um Conceito Fundamental*. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre, Magister; Belo Horizonte, IBDFAM, v. 5, ago./set. 2008, p. 21)

<sup>606</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil – Famílias**. *Op. cit.*, p. 51-52. Em nota de rodapé a essa afirmação, o autor cita os doutrinadores que dariam guarida à sua afirmação. Seriam eles: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Luiz Edson Fachin, Gustavo Tepedino, Rodrigo da Cunha Pereira, Belmiro Pedro Welter e Maria Celina Bodin de Moraes.

<sup>607</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. *Op. cit.*, p. 3.

Inúmeros são os autores que discorrem sobre a temática da afetividade no direito de família<sup>608</sup>. Recentemente, é possível perceber um número crescente doutrinadores que adotam a perspectiva principiológica ao analisar o tema<sup>609</sup>. Entretanto, cumpre registrar que há corrente doutrinária que sustenta expressamente que a afetividade não é um princípio jurídico<sup>610</sup>. O que merece destaque é que, a par de se vincular a afetividade à categoria de princípio ou não, após a Constituição de 1988, os juristas pátrios passaram a conceder um papel de destaque à afetividade na análise dos temas de direito de família. Essa centralidade permitiu que a partir do seu desdobramento fossem sustentados diversos direitos<sup>611</sup> e garantias<sup>612</sup> em várias frentes<sup>613</sup>.

Nesta breve análise do percurso percorrido pela afetividade é possível notar que a doutrina brasileira refletiu a passagem que envolveu desde o seu reconhecimento (da margem) até sua sustentação como vetor das relações familiares

<sup>608</sup> Registre-se, aqui, que se optou pela análise pormenorizada da obra de quatro doutrinadores (João Baptista Villela, Guilherme de Oliveira, Luiz Edson Fachin e Paulo Luiz Netto Lôbo) pela relevância conferida às suas obras na construção desta temática, mas há diversos outros autores com sólidas análises sobre a questão da afetividade.

<sup>609</sup> Apenas para citar alguns deles: DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 5: Direito de Família, p. 38; MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4. ed., rev. atual. amp. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 95.; DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 67; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: direito de família**. 6. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. v. 5, p. 50; GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6: Direito de Família, p. 24 (este autor o nomina como *princípio da comunhão plena de vida baseada da afetividade*); GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais do Direito de Família: família, criança, adolescente e idoso**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 82; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2011. v. VI, p. 87; MOTTA, Carlos Dias. **Direito Matrimonial e seus princípios jurídicos**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 358; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores para o Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 179.

<sup>610</sup> Citam-se dois autores com posições externadas neste sentido: 1) Regina Beatriz Tavares da Silva (na atualização da obra de Washington de Barros Monteiro) ao comentar o Projeto de Lei do Estatuto das Famílias; e 2) Gustavo Tepedino (em breve editorial da Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC). (TEPEDINO, Gustavo. Bases Teóricas Para o Novo Direito de Família. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, Padma, v. 23, jul./set. 2005, p. iv.)

<sup>611</sup> DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: O Preconceito & Justiça**. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 129.

<sup>612</sup> SCHREIBER, Anderson. Famílias Simultâneas e Redes Familiares. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; ALVES, Leonardo Barreto Moreira (Coords.). **Leituras Complementares: Direitos das Famílias**. Salvador: Podivm, 2010. p. 142-143.

<sup>613</sup> “Com o advento da Constituição de 1988, novos conceitos surgiram. Uma outra concepção de família corpo no ordenamento jurídico brasileiro. É uma família centrada na afetividade, onde já não há a necessidade de um vínculo materializado no papel, ou seja: o casamento não é mais a base única dessa família, questionando-se a idéia da família restritamente matrimonial.” (MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As Famílias Não Fundadas no Casamento e a Condição Feminina**. *Op. cit.*, p. 98)

contemporâneas (ao centro). A sintonia com o caminho trilhado pela própria sociedade no que refere aos relacionamentos familiares restou evidente.

Para além disso, é necessária a verificação de como a legislação brasileira enfrentou a transição paradigmática acima descrita, eis que a lei sempre exerceu forte influência na construção do direito civil em geral, o que – apesar de algumas peculiaridades próprias – não será muito diferente relativamente ao direito de família.

## CAPÍTULO VI – A FAMÍLIA E A QUESTÃO DA AFETIVIDADE NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

### Seção I. O Sistema Clássico do Código Civil Brasileiro de 1916 e a subjetividade adelgada

O Código Civil de 1916 inseriu o Brasil no movimento disseminado pelo *pandectismo* a partir do século XIX que sustentava o apogeu das codificações privadas. Ainda que com certo atraso (eis que o *Code Francês* era de 1804 e a grande maioria das codificações europeias data do *oitocentos*) a implantação do projeto de Clóvis Beviláqua significou adesão à estratégia adotada pelos países de sistema jurídico romano-germânico que buscavam unificar sua legislação privada<sup>614</sup>.

A partir do início do século passado, o direito civil brasileiro ficou marcado pela centralidade do Código no tratamento das questões privadas, de modo que a vida dita particular era regulada e apreciada exclusivamente pelo olhar do Código. As disposições codificadas refletiam o interesse da elite da sociedade brasileira da época da sua edição, deixando de lado muitas das necessidades da parcela menos favorecida da população (que era a grande maioria)<sup>615</sup>.

---

<sup>614</sup> “Sem desconsiderar o valor e o avanço do processo de codificação em relação ao anacronismo da legislação portuguesa até então dominante, o Código Civil reproduz em muito as condições sócio-econômicas do final do século XIX. As características do novo Código estavam mais próximas de um perfil conservador do que inovador, em razão da ênfase muito maior atribuída ao patrimônio privado do que realmente às pessoas, admitindo um pátrio poder rigoroso, que foi diminuído posteriormente com a gradativa concessão de outros direitos à esposa. O primeiro Estatuto Civil, em que pesem seus reconhecidos méritos de rigor metodológico, sistematização técnico-formal e avanços sobre a obsoleta legislação lusitana anterior, era avesso às grandes inovações sociais que já se infiltravam na legislação dos países mais avançados do Ocidente, refletindo a mentalidade patriarcal, individualista e machista de uma sociedade agrária preconceituosa, presa aos interesses dos grandes fazendeiros do café, dos proprietários de terra e de uma gananciosa burguesia mercantil. Num mais atento de caráter crítico-ideológico constata-se, corroborando A. L. Machado Neto, que foi inegável a penetração de um ‘privatismo doméstico sobre a regulamentação da família e sucessão hereditária’, tratando-se, assim, de acerto legal e conciliador ‘entre arrojos individualistas dos intelectuais de classe média – arrojos bafejados pelo apoio da burguesia urbana e mercantil – que enxergava no liberalismo econômico a ideologia mais compatível com a expansão de seus interesses – e a ação conservadora dos representantes da burguesia rural e latifundiária [...]’. Em verdade, a Codificação Civil, enquanto uma das primeiras grandes realizações da jovem República, traduzia, em seus avanços relativos, sem muita ousadia, os intentos de uma classe média consciente e receptiva aos ideais liberais, mas igualmente comprometida com o poder oligárquico familiar. (WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 153-154)

<sup>615</sup> “No período de elaboração do Código Civil, o divórcio entre a elite letrada e a massa inculta perdurava quase inalterado. A despeito de sua ilustração, a aristocracia de anel representava e



A codificação brasileira de 1916 seguiu o receituário posto pelo direito moderno: adotou o sujeito de direito abstrato, o modelo da relação jurídica, a técnica do direito subjetivo, a igualdade e a liberdade meramente formais. A ideia de pessoa restava abstrata, muitos direitos ficavam restritos ao campo discursivo e se percebia prevalente a preocupação com a proteção dos direitos patrimoniais (com os direitos pessoais em segundo plano). Percebeu-se, assim, que a engenharia jurídica moderna foi utilizada de modo a atender às necessidades da sociedade brasileira daquele período (obviamente que sob a ótica da elite dirigente)<sup>616</sup>.

O Código de Clóvis Beviláqua visava regular toda a vida particular dos indivíduos e da sociedade civil. Preocupava-se em garantir liberdade contratual, autonomia da vontade e proteção da propriedade privada, com prevalência do “ter” sobre o “ser” (a pessoa figurava enquanto elemento da relação jurídica)<sup>617</sup>. O direito civil brasileiro de grande parte do século XX foi influenciado por essas concepções jurídicas, discorrendo sobre institutos que muitas vezes eram vistos como molduras para se apreciar a realidade.

Esta formatação marcou profundamente o direito de família deste período, cuja concepção, precipuamente formal, categorial, vinculada a uma leitura sistêmica

---

racionalizava os interesses básicos de uma sociedade ainda patriarcal, que não perdera o seu teor privatista, nem se libertara da estreiteza do arcabouço econômico, apesar do seu sistema de produção ter sido golpeado fundamente em 1888. Natural que o Código refletisse as aspirações dessa elite e se contivesse, do mesmo passo, no círculo da realidade subjacente que cristalizara costumes, convertendo-se em instituições jurídicas tradicionais. Devido a essa contensão, o Código Civil, sem embargo de ter aproveitado frutos da experiência jurídica de outros povos, não se liberta daquela preocupação com o círculo social da família, que o distingue, incorporando-se à disciplina das instituições básicas, como a propriedade, a família, a herança e a produção (contrato de trabalho), a filosofia e os sentimentos da classe senhorial. Suas concepções a respeito dessas instituições transfundem-se tranqüilamente no Código. Não obstante, desenvolveu-se, à larga, a propensão da elite letrada para elaborar um Código à sua imagem e semelhança, isto é, de acordo com a representação que, no seu idealismo, fazia da sociedade.” (GOMES, Orlando. **Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 22)

<sup>616</sup> “Eis, assim, a chave para compreender a peculiar cultura jurídica brasileira em seu nascimento e desenvolvimento entre meados do século XVIII e início do século XX: trata-se de um ambiente histórico em que existentes renitentes permanências do direito comum na ordem jurídica privada (como foi argutamente observado por Ascarelli), mas, de outro lado, que sofre importantes descontinuidades no tempo. [...] A compreensão das peculiaridades da formação cultural do direito privado brasileiro não deve ser destacada das profundas marcas deixadas por uma sociedade agrária, escravocrata e conservadora que, com engenhosidade ímpar, foi caminhando lentamente na direção de uma ‘modernização’ jurídica na qual eram equivalentemente importantes alguns modelos estrangeiros a serem seguidos e a necessidade de sua conformação com as injustas estruturas sociais e políticas brasileiras.” (FONSECA, Ricardo Marcelo. A Cultura Jurídica Brasileira e a Questão da Codificação Civil no Século XIX. **Revista de Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, SER/UFPR, n. 44, n. 1 (1953), 2006, p. 76)

<sup>617</sup> MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. *Op. cit.*, p. 94.

hermética, imperou por muito tempo no Brasil, mas obviamente apresentou dificuldades para regular a realidade social, mostrando-se insuficiente e ineficaz como solução para muitas das questões que se apresentaram<sup>618</sup>.

O modelo eleito pela codificação foi o da “grande família”, no qual a família era vista como relevante instituição, de base patriarcal, viés patrimonial e com ausência de preocupação com a realização individual de cada um dos seus membros<sup>619</sup>. Na sociedade brasileira da época da edição do Código este formato de família ainda imperava (embora no cenário europeu já se sentissem alguns sinais de outro modelo de família).

No modelo patriarcal adotado, a prevalência do homem era quase absoluta, exercendo todas as funções públicas da família, restando para a mulher apenas a administração do lar, sempre de forma relativa e secundária<sup>620</sup>. Na regulação da filiação, a tutela visava preservar mais a família enquanto instituição do que os indivíduos como pessoa, de modo que foi adotado um estatuto plural da filiação (com odiosa distinção entre categorias de filhos: legítimos e ilegítimos<sup>621</sup>) e a subsequente ausência de amparo ao filho adúltero<sup>622</sup>. Vigia a definição da paternidade com base nas presunções da legislação (*pater is est*) e, em paralelo,

<sup>618</sup> “Destarte, alheio à realidade brasileira, conforme caracterizada desde o período colonial, nosso direito positivado do início do século XX ignorou as concubinas e os próprios filhos havidos em relacionamentos extraconjugais, em nome da fidelidade ao casamento.” (RAMOS, Carmen Lucia Silveira. **Família sem casamento**: de relação existencial de fato a realidade jurídica. *Op. cit.*, p. 156)

<sup>619</sup> “A proposta do legislador do Código Civil de 1916 era superficialmente assistencial assentada na família do século XIX, patriarcal, heterossexual, hierarquizada e matrimonializada. Uma família com o qual o Estado se preocupava, mas pouco intervinha. Uma família com diversas missões, dentre elas a procriação, a formação de mão-de-obra, a transmissão do patrimônio e de uma primeira base de aprendizado.” (FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família. Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro**. *Op. cit.*, p. 66-67)

<sup>620</sup> “Por todo Código Civil brasileiro, assim, espalharam-se normas jurídicas injustamente significantes de uma diminuição da condição feminina.” (MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As Famílias Não Fundadas no Casamento e a Condição Feminina**. *Op. cit.*, p. 26)

<sup>621</sup> “Os filhos ilegítimos distinguem-se em *naturaes* e *espúrios*, subdividindo-se estes em *incestuosos* e *adulterinos*. Incestuosos são aqueles cujos paes são entre si parentes, em gráo em que o casamento é proibido. Adulterinos os que procedem de união adúltera. *Naturaes* os que procedem de pessoas, que se podiam casar (*ex soluto et soluta*).” (BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. Rio de Janeiro: Rio, 1940. v. I – Edição Histórica, p. 770)

<sup>622</sup> “Os filhos completam o elenco, figurantes das relações desenvolvidas entre o personagem principal e o secundário. Abrigados num estatuto plural de filiação, fundado na legitimidade, são incapazes perante a ordem jurídica e transitam na esfera familiar silenciosamente; são educados pela mão e devem respeito ao pai. Num mundo adulto, ocupam espaços destinados pela lei, também relativos, determinados pela idade.” (CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de filhos na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. p. 25)

vedava-se a averiguação de paternidade extramatrimonial<sup>623</sup>. Assim, praticamente inexistia espaço para o reconhecimento de vínculos parentais afetivos (muito menos extramatrimoniais).

A família seguia um modelo único, formado exclusivamente a partir do matrimônio, restando excluídas do sistema as demais formas de união, que simplesmente não eram reconhecidas pelo direito<sup>624</sup>. Aliava-se a isso, ainda, a impossibilidade de dissolução do vínculo de matrimônio, que foi adotada pelo Código de 1916, o qual só se extinguia com a morte<sup>625</sup>. Percebia-se na legislação forte preocupação econômica, com regras sobre a destinação do patrimônio nos mais diversos casos, visando sempre à segurança jurídica nessas situações<sup>626</sup>.

Nessa família transpessoal não prevalecia a preocupação com o reconhecimento da subjetividade dos membros familiares<sup>627</sup>. Conseqüentemente, não se tratava do tema da afetividade, que sequer era ventilado pelo direito positivo

<sup>623</sup> “Do exame desse corpo de normas apreende-se a estrutura básica do sistema, vale dizer, o funcionamento dos modos de estabelecimento da filiação, particularmente com a incidência da presunção da paternidade, e a forma pela qual se admite a contestação da paternidade.” (FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida**. *Op. cit.*, p. 43)

<sup>624</sup> “O modelo de família consagrado pelo Direito era fundado no matrimônio. A espécie de família eleita pelo ordenamento jurídico era baseada no casamento e, num caráter eminentemente valorativo, o sistema denominava-a legítima. As formas de uniões entre as pessoas as quais não passassem pela formalidade disposta no Código não eram reputadas família, sendo excluídas deste sistema justamente por não serem relevadas pelo Direito.” (MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As Famílias Não Fundadas no Casamento e a Condição Feminina**. *Op. cit.*, p. 48)

<sup>625</sup> “Como se sabe, no regime do Código Civil de 1916, anteriormente à Lei do Divórcio, o casamento era indissolúvel, configurando-se duas espécies de desquite: o desquite consensual, ou o desquite litigioso, este associado sempre à idéia de culpa. Vale dizer, se um dos cônjuges não consentisse com o desquite consensual, somente a ocorrência de uma das hipóteses de conduta culposa previstas pelo legislador autorizaria o desenlace. E idéia de culpa estava intensamente presente, portanto, no desquite litigioso, que dependia da prova, atribuída ao autor da ação, de uma das seguintes causas taxativamente enumeradas pelo art. 317, do antigo Código Civil: a) adultério; b) tentativa de morte; c) sevícias ou injúria grave; d) abandono involuntário do lar conjugal durante dois anos.” (TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. In: \_\_\_\_\_. **Temas de direito civil**. 4. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 447)

<sup>626</sup> “É na origem e evolução histórica da família patriarcal e no predomínio da concepção do homem livre proprietário que foram assentadas as bases da legislação sobre família, inclusive no Brasil. No Código Civil de 1916, dos 290 artigos da parte destinada ao direito de família, 151 tratavam de relações patrimoniais e 139 de relações pessoais. A partir da década de setenta do século XX essas bases começaram a ser abaladas com o advento de nova legislação emancipadora das relações familiares, que desmontaram as estruturas centenárias ou milenares do patriarcalismo.” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A Repersonalização das Relações de Família*. *Op. cit.*, p. 145)

<sup>627</sup> “Dessa maneira, a família – tal como o Estado – perseguiria um fim ético superior aos interesses individuais de seus membros. O que caracterizaria este organismo seriam os vínculos de interdependência entre as pessoas e a sua dependência a um fim superior. Trata-se – como se vê – de uma concepção supra-individualista de família. Verifica-se, desse modo, que a noção de família como organismo dotado de caráter transpessoal está ligada a uma concepção hierarquizada de família: hierarquizada nas relações entre marido e mulher e nas relações entre pais e filhos.” (OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de direito de família**. *Op. cit.*, p. 17)

de então<sup>628</sup>. Até a metade do século passado, o aspecto subjetivo das relações pessoais restava subjugado pelo direito e, de certo modo, pela própria sociedade.

Após a Segunda Guerra, foi possível perceber mais claramente uma alteração na família brasileira, com o crescimento da família nuclear (formada apenas pelos cônjuges e seus filhos), e a conseqüente aproximação entre seus integrantes, o que passou a abrir espaço para o aumento do aspecto subjetivo destas relações. Em um processo contínuo, houve crescimento da valoração afetiva nos relacionamentos, tanto entre os cônjuges como entre pais e filhos. Nesse estágio, cresceu o distanciamento entre o Direito, que restava com a formação codificada conservadora, e a sociedade que inequivocamente transmitia sinais de mudança. Diante de tal clivagem, a doutrina e a jurisprudência procuraram – de algum modo – dar respostas a essa realidade que insistia em se apresentar, contexto no qual se passou a sustentar de forma crescente a relevância dos laços afetivos<sup>629</sup>.

Algumas disposições legais infraconstitucionais que foram aprovadas atenuaram o formalismo do Código Civil de 1916 e buscaram atender a certos reclamos pontuais da sociedade, principalmente na segunda quadra do século passado. Como exemplo, o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121, de 1964), a Lei do Divórcio (Lei nº 6.515, de 1977), Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) e as leis que admitiam o reconhecimento da união estável (nº 8.971, de 1994 e nº 9.278, de 1996). Em que pese a relevância dessas contribuições, significavam pouco, perto da distância abissal que acabou por se efetivar entre o Código e a realidade da sociedade brasileira.

A hermenêutica do direito civil restava marcada pelo positivismo normativista, de modo que quase não havia possibilidade de colheita de outros elementos afora os constantes na lei (o que dificultava qualquer avanço nas temáticas da subjetividade e da afetividade). As demandas de caráter pessoal da sociedade em geral que não possuíam previsão legal eram muitas vezes ignoradas por ausência de tutela específica na legislação codificada ou, quando muito,

---

<sup>628</sup> “Se o *start* da formação familiar nuclear é afetivo, sua manutenção no início do século XX tem caráter ainda fortemente transpessoal, sustentada pela hierarquização da relação entre os cônjuges, ainda marcada por uma racionalidade patriarcal.” (RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias Simultâneas**: da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 127)

<sup>629</sup> Conforme análise detalhada exposta no capítulo anterior.

reconhecidas, em face do esmero de alguns julgados que procuravam minimizar tais consequências<sup>630</sup>.

Com o passar dos anos, as relações familiares sofreram ainda mais mudanças, com as pessoas passando a respeitar paulatinamente a subjetividade e a afetividade imanentes aos diversos relacionamentos pessoais. No último quarto do século XX, cresceu no Brasil a opção pelo modelo de família nuclear, no qual o reduzido número de integrantes permite maior aproximação entre seus membros. Orlando Gomes percebeu que “o que há de novo é a tendência de fazer da *affectio a ratio* única de casamento”<sup>631</sup>, afirmação que poderia ser estendida para as demais relações familiares. Entretanto, nossa legislação restava com poucas alterações nesse sentido, o que muitas vezes deixava o direito de família com aparência anacrônica<sup>632</sup>.

O descompasso entre a sociedade e a legislação civil acabou por gerar um distanciamento cada vez maior entre essas esferas, com dificuldade crescente na correlação entre a realidade social e o “mundo do direito”. Consequência direta foram as flagrantes injustiças da vida concreta, para as quais o Direito simplesmente não tinha nenhuma resposta (como exemplo, o tratamento conferido às uniões estáveis anteriores à edição de leis que tutelavam expressamente essas situações<sup>633</sup>).

Esta crise que atravessou o direito de família foi destacada, entre outros, por Orlando Gomes:

O Direito de Família passa, em todos os países, por notória crise. A verdade é que, mesmo no Brasil, onde as resistências à sua mudança o atrasam em relação aos povos da mesma área cultural e o distanciam até da legislação, hoje avançada, de Portugal, a cuja colonização devemos o modelo decadente da família patriarcal e a fórmula, de origem hegeliana, da família como célula geradora do Estado, alguns diplomas legais registram

<sup>630</sup> Ao criticar a opção da Codificação de 1916, Luiz Edson Fachin afirma: “Essa percepção marginaliza as pessoas naturais que sequer alcançam esse estatuto privilegiado do contrato e do patrimônio. Ao marginalizar pessoas, exclui os filhos, em especial os não-matrimoniais. Daí deriva concepção insular do Direito Civil, a norma do exílio, separada dos homens e da vida.” (FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade**: relação biológica e afetiva. *Op. cit.*, p. 97)

<sup>631</sup> GOMES, Orlando. **O Novo Direito de Família**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. p. 26.

<sup>632</sup> “A família contemporânea, forçada a se retrair por injunções de ordem econômica, afastou-se lentamente da vida cotidiana da comunidade. Porém, à proporção que se afastou do grupo social, reaproximou-se com maior intensidade dos membros mais próximos do grupo familiar. [...] Com o entrincheiramento do homem no lar conjugal, a exigência da qualidade afetiva aumentou consideravelmente. [...] No caso brasileiro [...] a defasagem entre a realidade social e a normatização da conduta é ainda mais pronunciada.” (LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de Direito de Família**: Origem e Evolução do Casamento. *Op. cit.*, p. 342)

<sup>633</sup> VILLAÇA, Álvaro. **Estatuto da Família de Fato**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 172-198.

transformações dos nossos costumes familiares e numerosas decisões judiciais têm contribuído para o avanço do ordenamento jurídico do grupo constituído pelo casamento para o reconhecimento do polimorfismo familiar. [...] Parafraseando uma imagem de Adorno, em relação à verdade em Hegel, para melhor exprimir a profundidade da crise, dir-se-ia que o moderno direito da família, visualizado de suas antigas e tradicionais raízes históricas, se abrigaria muito mais no escândalo que no plausível. Quem, no entanto, o observe de ângulo limpo de preconceitos, perceberá o seu descompasso, e entenderá que este não deve ser disfarçado de uma esquematização legal e anacrônica e hipócrita. Não se pode compreender tão brusca e tão radical mudança sem prévio exame de alguns aspectos da crise de seu objeto: a família.<sup>634</sup>

No final do século XX, a doutrina e a jurisprudência brasileiras realizaram esforços no sentido de reconhecer algumas situações subjetivas prementes que envolviam litígios de família, para lhes conceder alguma guarida jurídica, superando uma leitura estreita das categorias codificadas. Uma delas foi a que redundou na construção da afetividade como vetor das relações familiares (conforme descrito no capítulo anterior). Esse esforço conjunto doutrinário-jurisprudencial pôde minimizar muitas das injustiças para as quais o Direito dava às costas até então. Entretanto, mesmo este proceder ainda restava de algum modo limitado pelo ordenamento jurídico posto.

Em face da concepção de direito moderno adotada, houve dificuldade em recepcionar a transição paradigmática que ocorria na família brasileira, o que complicou e muitas vezes gerou a sensação de artificialidade do mundo jurídico. Esta é a raiz do distanciamento do nosso direito de família codificado da realidade que se delineou principalmente a partir da segunda metade do século XX.

Nesse contexto, foi alvissareira a promulgação da Constituição Federal de 1988, que promoveu alteração de monta no que refere ao direito civil como um todo e, particularmente, foi profunda nos temas de direito de família.

## **Seção II. A novel orientação da Constituição Federal de 1988 e o reconhecimento implícito da afetividade**

Ao prescrever vasto rol de direitos fundamentais e atuar em diversas áreas da seara tida como privada, a Constituição Federal de 1988 trouxe uma nova

---

<sup>634</sup> GOMES, Orlando. **O Novo Direito de Família**. *Op. cit.*, p. 60-61.

realidade jurídica<sup>635</sup>. O constituinte exerceu a opção pelos direitos sociais, elegeu como princípio regente a dignidade da pessoa humana e adotou como objetivo alcançar uma sociedade justa, livre e solidária (CF/88, art. 3º, I), indicando o caminho que deveria ser perseguido<sup>636</sup>.

Ao elevar a dignidade da pessoa humana a macroprincípio norteador das suas disposições – e de toda a sociedade –, a Constituição Federal a colocou no vértice do ordenamento constitucional. Esta posição exige não apenas o seu respeito (em uma dimensão negativa), mas vai além, indicando a adoção de medidas promocionais no sentido de que esta dignidade seja plenamente alcançada (dimensão positiva), o que trouxe diversas consequências também no direito de família<sup>637</sup>.

Outro relevante princípio fundante da ordem constitucional brasileira é o princípio da solidariedade<sup>638</sup>, que se conecta com todos os ramos do Direito, deixando sua indelével marca. A repersonalização do direito civil – e particularmente do direito de família – deve ser perseguida sob as luzes da solidariedade social e não sob uma ótica individualista (ou seja, com especial atenção para a coexistência das pessoas)<sup>639</sup>. Nas questões de família, a influência da temática da solidariedade resta ainda mais visível e necessária, de modo que deve figurar ao lado da liberdade na busca da compatibilidade entre ambas, a fim de permitir o equilíbrio possível. Nas palavras de Paulo Luiz Netto Lôbo:

---

<sup>635</sup> “Em verdade a grande reviravolta surgida no Direito de Família com o advento da Constituição Federal foi a defesa intransigente dos componentes que formulam a inata estrutura humana, passando a prevalecer o respeito à personalização do homem e de sua família, preocupado o Estado Democrático de Direito com a defesa de cada um dos cidadãos. E a família passou a servir como espaço e instrumento de proteção à dignidade da pessoa, de tal sorte que todas as esparsas disposições pertinentes ao Direito de Família devem ser focadas sob a luz do Direito Constitucional.” (MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. *Op. cit.*, p. 42)

<sup>636</sup> “Na atualidade não é mais possível compreender os conceitos de direito de família, dignidade, direitos humanos e cidadania (não exclusão) de modo dissociado. Todos estão intrinsecamente relacionados e somente com este olhar é possível realizar o direito de família em sua plenitude.” (ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Incidência dos Princípios Constitucionais do Direito de Família. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). **Direito das Famílias**: Contributo do IBDFAM em Homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 28)

<sup>637</sup> “[...] o princípio constitucional visa a garantir o respeito e a proteção da dignidade humana não apenas no sentido de assegurar um tratamento humano e não degradante, e tampouco conduz ao mero oferecimento de integridades físicas ao ser humano. [...] Neste ambiente, de um renovado humanismo, a vulnerabilidade humana será tutelada, prioritariamente, onde quer que ela se manifeste. De modo que terão precedência os direitos e as prerrogativas de determinados grupos considerados, de uma maneira ou de outra, frágeis e que estão a exigir, por conseguinte, a especial proteção da lei.” (MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. *Op. cit.*, p. 116)

<sup>638</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.). **A construção dos novos direitos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008. p. 255.

<sup>639</sup> SESSAREGO, Carlos Fernádes. **Derecho y Persona**. Trujillo-Peru: Normas Legales, 1995. p. 84-88.

[...] a Constituição e o direito de família brasileiros são integrados pela onipresença dos dois princípios fundamentais e estruturantes: a dignidade da pessoa humana e a solidariedade. [...] O macroprincípio da solidariedade perpassa transversalmente os princípios gerais do direito de família, sem o qual não teriam o colorido que os destaca, a saber: o princípio da convivência familiar, o princípio da afetividade, o princípio do melhor interesse da criança.<sup>640</sup>

Relativamente ao direito de família, dois outros princípios albergados pela Constituição Federal possuem relevância ímpar: igualdade e liberdade<sup>641</sup>. A igualdade ressoou por todo o direito de família, de modo a impedir a manutenção de distinções injustificáveis, quer entre homem e mulher, quer entre os integrantes da sociedade conjugal, quer entre filhos, quer ainda entre as próprias entidades familiares. O princípio da liberdade destacou-se quando do trato de relacionamentos interpessoais, visto que a regra é o respeito pelas escolhas individuais, desde que não afrontem terceiros e não ofendam deveres de solidariedade<sup>642</sup>.

Os princípios constitucionais de solidariedade, igualdade, liberdade e dignidade influenciaram profundamente o direito de família, contribuindo para a construção de outro modelo de família, por muitos chamado de família constitucional. Em face da clivagem entre a sociedade brasileira e as disposições sobre direito de família da legislação civil, foram de grande relevância as inovações constitucionais.

A Constituição tratou ainda expressamente de alguns institutos de família: adotou a igualdade entre os filhos (art. 227, § 6º) e entre homem e mulher (art. 226, § 5º), reconheceu a união estável como entidade familiar (art. 226, § 3º), conferiu dignidade a outras entidades familiares (art. 226, § 4º), prescreveu o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente (art. 227), declarou o respeito à

<sup>640</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. O princípio constitucional da solidariedade nas relações de família. In: CONRADO, Marcelo (Org.). **Direito Privado e Constituição**: ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio. Curitiba: Juruá, 2009. p. 327.

<sup>641</sup> Ao tratar de uma dimensão funcional da liberdade nos institutos de direito de família, Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk afirma que “O incremento da liberdade se verifica na constatação de que se vão os nós, permanecendo o ninho como espaço de afeto e entreajuda – e, por que não dizer, de liberdade vivida, como desenvolvimento da subjetividade.” (RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos Fundamentais de Direito Civil e Liberdade(s)**: Repensando a Dimensão Funcional do Contrato, da Propriedade e da Família. *Op. cit.*, p. 321)

<sup>642</sup> “A Constituição, ao instaurar o regime democrático, revelou grande preocupação em banir discriminações de qualquer ordem, deferindo à igualdade e à liberdade especial atenção. Os princípios da liberdade e da igualdade, no âmbito familiar, são consagrados em sede constitucional. Todos têm liberdade de escolher o seu par, seja do sexo que for, bem como o tipo de entidade que quiser para constituir família.” (DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito da Famílias**. *Op. cit.*, p. 61)



liberdade (com dignidade e responsabilidade) no planejamento familiar (art. 226, § 7º), entre outros.

A pluralidade de formas familiares admitida na Constituição atendeu a um reclame social há muito pulsante, que não se conformava mais com modelos únicos, o que já era desconexo da realidade. A partir de então, admitiram-se diversas entidades familiares com dignidade constitucional, com a jurisprudência contribuindo ativamente para isso<sup>643</sup>.

Também o fim do tratamento distintivo dos filhos (tidos pela codificação de 1916 como legítimos e ilegítimos) foi recebido com alívio pela sociedade, eis que não se sustentavam mais tais tratamentos discriminatórios. Após a Constituição, todos os filhos são iguais e possuem iguais direitos, vedadas quaisquer distinções quanto à sua “legitimidade” (termo que deve ser até mesmo evitado a partir de então no trato de relações familiares, pois remete a outro período da nossa legislação, no qual possuía outro significado)<sup>644</sup>.

A dissonância entre a realidade em constante transformação e o modelo codificado estanke certamente foi levada em conta quando da opção principiológica constitucional. A partir disso, os institutos de família procuraram superar os ‘pré-conceitos’ e passaram buscar sua reconstrução com fundamentos mais afinados com a realidade concreta, sempre a partir da diretriz constitucional<sup>645</sup>.

O texto de 1988 não deixava dúvidas de que tratava de um novo modelo de família, totalmente diverso do que era tutelado pela codificação civil anterior, com preponderância do afeto, do respeito, da liberdade, da igualdade, da dignidade, da

<sup>643</sup> “Os tipos de entidades familiares explicitados no art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito da abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no *caput*. Como todo conceito indeterminado depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductibilidade e adaptabilidade.” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. *Op. cit.*, p. 45)

<sup>644</sup> “A Constituição da República altera radicalmente o sistema anterior, assim delineado, consagrando, ao lado da isonomia dos filhos, a tutela de núcleos familiares monoparentais, formado por um dos descendentes com os filhos (art. 226, § 4º), e extramatrimoniais, não fundados no matrimônio (art. 226, § 3º). [...] Tais características, que definem o novo perfil da filiação, implicam radical mudança de atitude do intérprete.” (TEPEDINO, Gustavo. *A Disciplina Jurídica da Filiação na Perspectiva Civil-Constitucional*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de Família Contemporâneo**: doutrina, jurisprudência, direito comparado e interdisciplinaridade. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 551)

<sup>645</sup> “Em outras palavras, tornou-se inconcebível construir qualquer doutrina, texto normativo ou jurisprudência para o Direito de Família sem que estejam contextualizados em uma concepção principiológica.” (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores para o Direito de Família**. *Op. cit.*, p. 196-197)

solidariedade e da cooperação. A partir de uma hermenêutica civil-constitucional, foi possível perceber um outro direito de família desde então<sup>646</sup>:

Tomemos, para aprofundar um pouco, esse fio que remete à família. O ente familiar não é mais uma única definição. A família torna-se plural. Há realmente, uma passagem intimamente ligada às modificações políticas, sociais e econômicas. Da superação do antigo modelo de grande família, na qual avultava o caráter patriarcal e hierarquizado de família, uma unidade centrada no casamento, nasce a família moderna, com progressiva eliminação da hierarquia, emergindo certa liberdade de escolha; o casamento fica dissociado da legitimidade de filho. Começam a dominar as relações de afeto, de solidariedade e de cooperação.<sup>647</sup>

Os valores acolhidos pelo texto constitucional permitiram perceber a afetividade implícita em suas disposições, uma vez que muitas delas visaram, em *ultima ratio*, tutelar situações subjetivas afetivas tidas como merecedoras de reconhecimento e proteção. A partir de 1988, é possível sustentar o reconhecimento jurídico da afetividade, implicitamente, no tecido constitucional brasileiro.

Para Paulo Luiz Netto Lôbo, a intensidade do acolhimento é de tal ordem, que a afetividade se constitui em princípio jurídico, a partir dos princípios e valores adotados pela própria Constituição em matéria de direito de família:

Demarcando seu conceito, é o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico. Recebeu grande impulso dos valores consagrados na Constituição de 1988 e resultou da evolução da família brasileira, nas últimas décadas do século XX, refletindo-se na doutrina jurídica e na jurisprudência dos tribunais. O princípio da afetividade especializa, no âmbito familiar, os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da solidariedade (art. 3º, I), e entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos, que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família. A evolução da família 'expressa a passagem do fato natural da consangüinidade para o fato cultural da afinidade' (este no sentido de afetividade)<sup>648</sup>.

<sup>646</sup> “Portanto, as relações jurídicas de Direito Privado devem ser interpretadas à luz da Constituição, seja em obediência às escolhas político-jurídicas do constituinte, seja em proteção da dignidade, princípio capaz de formar um novo conceito de ordem pública, fundado na solidariedade social e na plena realização da pessoa humana.” (TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento. In: CONRADO, Marcelo (Org.). **Direito Privado e Constituição**: ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio. Curitiba: Juruá, 2009. p. 45)

<sup>647</sup> FACHIN, Luiz Edson. Em Nome do Pai (estudo sobre o sentido e alcance do *lugar jurídico* ocupado no pátrio dever, na tutela e na curatela). In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de Família Contemporâneo**: doutrina, jurisprudência, direito comparado e interdisciplinaridade. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 586-587.

<sup>648</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil**: Famílias. *Op. cit.*, p. 48.

É relevante a importância que o autor confere à afetividade na sua leitura, pois a descreve a partir de uma perspectiva principiológica, que atinge todo o direito de família, e não apenas indica sua incidência em um aspecto pontual (como a filiação, por exemplo). Mais adiante, Paulo Lôbo cita expressamente quais dispositivos constitucionais permitiriam a constatação da afetividade como princípio constitucional implícito:

O princípio da afetividade está implícito na Constituição. Encontram-se na Constituição os fundamentos essenciais do princípio da afetividade, constitutivos dessa aguda evolução social da família brasileira, além dos já 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 de 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)<sup>649</sup>.

É singular o enfoque que a leitura da afetividade como princípio implícito a partir da Constituição Federal acarreta na análise do direito de família. Sua aceitação como princípio jurídico indica sua assimilação quando da análise de todo o ordenamento infraconstitucional<sup>650</sup>. O conceito de família, a definição do que se entende por entidade familiar, o reconhecimento da relação paterno/materno-filial, os institutos da guarda e da visitação, os critérios para estipulação de famílias substitutas, os casos de dever alimentar, enfim, todas as categorias de direito de família serão afetadas pelo princípio da afetividade.

O marco paradigmático do direito brasileiro que confere reconhecimento jurídico à afetividade, de maneira implícita, é a Constituição Federal de 1988. O reconhecimento do afeto como valor de índole constitucional é admitido também por Luiz Edson Fachin que, ao tratar do tema da paternidade, afirma:

[...] a Constituição de 1988, ao vedar o tratamento discriminatório de filhos, a partir dos princípios da igualdade e inocência, veio a consolidar o afeto como elemento de maior importância no que tange ao estabelecimento da paternidade. Foi para a Constituição o que já estava reconhecido na doutrina, na lei especial e na jurisprudência.<sup>651</sup>

<sup>649</sup> LÔBO, PAULO LUIZ NETTO. **Direito Civil: Famílias**. *Op. cit.*, p. 48.

<sup>650</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais do Direito de Família: família, criança, adolescente e idoso**. *Op. cit.*, p. 82.

<sup>651</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. XVIII: do direito de família, do direito pessoal, das relações de parentesco, p. 27.

É possível sustentar, portanto, que a Constituição Federal reconhece o papel destacado à afetividade no trato das relações familiares. A partir de então doutrina, jurisprudência e o legislador ordinário devem atentar para a relevante questão da afetividade quando do trato de temas relativos à família. Não sem motivo, o tema foi tratado com profundidade e intensidade cada vez maior, bem como a remissão à afetividade passou a ser recorrente nos diversos diplomas legislativos.

Entretanto, a edição de um novo Código Civil em 2002, com as peculiaridades que são inerentes à experiência brasileira nesta recente codificação, exigiu certa reflexão, com o intuito de conciliar suas disposições com os valores constitucionais. Importava averiguar, portanto, a racionalidade da nova codificação civil relativamente às regras de direito de família e, então, verificar a sua adequação constitucional.

### **Seção III. A opção do Código Civil brasileiro de 2002**

A aprovação do Código Civil de 2002, a partir de trabalho coordenado por Miguel Reale, desenvolvido em meados da década de 1970 (e que pairava no Congresso Nacional desde então), fez emergir a necessidade de análise da compatibilidade de suas disposições com os postulados constitucionais<sup>652</sup>. Como esse Código teve sua aprovação em período pós-Constituição de 1988, surgiu o debate sobre a conveniência do prosseguimento na releitura dos institutos privados pelo filtro axiológico da Constituição ou, ao revés, ante a opção deliberada do legislador por editar um novo Código, se se deveria então respeitar o novo texto e seguir na adoção e interpretação isolada do seu conteúdo.

---

<sup>652</sup> “A nova legislação privatista, ao longo de seus 2.046 artigos, redefiniu institutos como casamento, filhos, herança, uso do sobrenome, emancipação, maioria civil e perda da virgindade feminina, bem como instituiu novos temas acerca dos direitos da personalidade associações e fundações, propriedade fiduciária, posse-trabalho, direito de empresa etc. Entretanto, numa análise crítica mais vigorosa, verifica-se que seus avanços foram muito comedidos para enfrentar a evolução e o grau de complexidade das relações sociais, vivenciadas nos horizontes de um novo milênio, marcadas por diversidades e realidades emergenciais. [...] Na verdade o Código Civil do novo milênio foi tímido e não desencadeou significativas e profícuas inovações. [...] Por tudo isso, ainda que tenha avançado em relação ao Estatuto privado de 1916, reproduziu, entretanto, ‘a antiga técnica regulamentar, ao invés de apresentar disposições mais principiológicas’, decorrendo uma natural omissão em compartilhar com os novos desafios da sociedade.” (WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. *Op. cit.*, p.157-158)

O próprio fato de o esboço do Código de Miguel Reale ter sido elaborado em período que monta há mais de 20 anos de sua aprovação, em época que não vigia a Constituição de 1988, já indica qual a melhor solução a ser adotada. Certamente que, mesmo diante da aprovação do Código em data posterior ao texto constitucional, deve-se seguir na linha de uma hermenêutica que leia o direito civil em consonância com os dispositivos constitucionais, de modo a se respeitarem precipuamente os valores eleitos pela Constituição<sup>653</sup>.

O atual Código vigente exige dos civilistas um esforço interpretativo para conciliar as disposições codificadas à realidade constitucional emancipatória e solidária. Ainda que se reconheçam os avanços, se comparado ao texto de Clóvis Beviláqua, como na adoção de cláusulas gerais e nos seus princípios gerais orientadores<sup>654</sup>, em muitos aspectos a novel legislação não correspondeu aos avanços doutrinários e jurisprudenciais de seu tempo<sup>655</sup>.

Mesmo com a edição do novo *codex*, permanece a importância da construção de um direito civil alinhado ao sistema constitucional vigente<sup>656</sup>. Deve-se, assim, aferir a validade das suas disposições pelos valores expressos na porosidade constitucional. Portanto, as disposições do Código Civil de 2002 precisam ser lidas e interpretadas à luz da principiologia constitucional, eis que,

---

<sup>653</sup> “Todavia, como vimos, não há como promover a cisão entre os dois hemisférios normativos, que estão inseparavelmente interligados, seja o Código velho ou novo. Ao contrário, a aplicação do Código é exigente de cuidado, para que o núcleo normativo da Constituição sobre direito civil se expresse com vigor.” (LÓBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. *Op. cit.*, p. 23)

<sup>654</sup> “A integração culturalista dos fatores “fático-axiológico-normativo” não descaracteriza, na totalidade de sua essência, o fenômeno jurídico com uma certa espécie atenuada e idealista de formalismo legal. Discorrendo sobre tal problemática, Clèmerson Clève procura demonstrar, com razão, que o saber jurídico em Miguel Reale “[...] continuará sendo um saber normativo, ligado à normatividade do Direito Positivo. Entretanto, diferente do que acontecia em Kelsen, para quem o Direito apenas estudava as normas (cabendo à sociologia, os fatos, e à filosofia, os valores), a dialética realeana (a qual ele chama de dialética de implicação-polaridade) não separa a realidade do Direito em domínios estanques. [...] O tridimensionalismo realeno ultrapassa o formalismo positivista, incorporando, à esfera do saber jurídico, elementos dispensados pela depuração de Kelsen.” (WOLKMER, Antonio Carlos. *História do Direito no Brasil*. *Op. cit.*, p. 177-178)

<sup>655</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; FACHIN, Luiz Edson. Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 4, p. 262. Rio de Janeiro: Padma, out./dez. 2000.

<sup>656</sup> “Saliente-se, desta forma, que a novidade da atual legislação civil não dispensa a leitura constitucional do Direito Civil; ao contrário, incrementa a metodologia. A Constituição, em verdade, é o instrumento primeiro que permitirá ao operador do Direito preencher a moldura normativa das cláusulas gerais inseridas nas partes estratégicas do novel código, não só para situar os conceitos indeterminados nelas contemplados, mas, sobretudo, para descrever a moldura normativa e estabelecer suas respectivas sanções.” (NALIN, Paulo. *A autonomia privada na legalidade constitucional*. *Op. cit.*, p. 18)

como a Constituição está no vértice do ordenamento jurídico, é ela que conforma a legislação infraconstitucional<sup>657</sup> (ainda a que possua edição posterior), em respeito à consagrada hierarquia das normas e à concepção unitária de ordenamento<sup>658</sup>.

Essa interpretação em harmonia com a Constituição deve conciliar as categorias privadas codificadas ao projeto constitucional vigente, bem como adaptá-las às peculiaridades histórico-sociais do presente. Uma leitura sistemático-axiológico-constitucional na apreciação dos institutos de direito civil adotados em 2002 pode permitir que eles cumpram sua função constitucional emancipatória e solidária<sup>659</sup>.

Não se nega certo avanço, se considerada a técnica do legislador de 1916 e a utilizada na recente codificação. A adoção das cláusulas abertas concede a possibilidade de concretização do seu conteúdo pelo aplicador da norma, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, na contextualidade da situação *sub examen*<sup>660</sup>. O conteúdo de tais cláusulas gerais é preenchido pelo aplicador, de acordo com o entendimento valorativo daquele determinado momento histórico<sup>661</sup>. Essa prática confere nova porosidade ao sistema, permitindo uma saudável influência axiológica. A estrutura adotada pelo atual sistema civil é assim definida por Teresa Ancona Lopez:

<sup>657</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3. ed. *Op. cit.*, p. 5-6.

<sup>658</sup> “Prospera em larga margem, pelo entusiasmo da nova geração de civilistas, a visualização do Direito Privado como um *sistema solar*, de acordo com a simbologia de Ricardo Lorenzetti, jurista argentino. Nesse sistema, o *sol* é a Constituição Federal de 1988, e o *planeta principal*, o Código Civil. Em torno desse planeta principal estão os satélites, que são os estatutos legais específicos, caso, por exemplo, do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Estatuto do Idoso, normas de grande afeição ao Direito de Família. Pois bem, do *sol*, que é a Constituição Federal, irradiam *raios solares* que atingem todo o sistema. *Esses raios solares são os princípios constitucionais.*” (TARTUCE, Flávio. Princípios Constitucionais e Direito de Família. In: SIMÃO, José Fernando *et al.* (Orgs.). **Direito de Família do Novo Milênio**: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2010. p. 38)

<sup>659</sup> “Um novo Direito Civil, a partir de seus pilares fundamentais, o contrato, o projeto parental e as titularidades, é a proposta do tempo que se faz agora, síntese do passado que restou e do futuro ainda por se estabelecer. Os sinos dobram para reconhecer o fim da concepção insular do ser humano e o liame indissociável entre Direito e crítica na releitura dos estamentos fundamentais do Direito Privado.” (FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. *Op. cit.*, p. 6-7)

<sup>660</sup> “[...] a forma de sistema aberto, adotada pelo legislador nos referidos diplomas legais, com princípios, cláusulas gerais e conceitos indeterminados, permite radical mudança na teoria e no quadro das fontes de direito e, principalmente, no processo de interpretação jurídica, substituindo-se a exegese do texto legal por um processo criativo de interpretação”. (AMARAL, Francisco. Uma carta de princípios para um direito como ordem prática. *Op. cit.*, p. 132)

<sup>661</sup> MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção” – As cláusulas gerais no projeto de Código Civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 753, ano 87, p. 29-33, jul. 1998.

Outro expediente utilizado pelo legislador de 2002 foi o uso de cláusulas gerais, que são normas extremamente genéricas que se aplicam a todo e qualquer caso que se subsuma aos seus requisitos, ao contrário das normas que trabalham com hipóteses de incidência previstas na lei (*fattispecie*), e de uma certa forma, mais casuística e geralmente para determinado assunto. [...] As cláusulas gerais podem conter ou não conceitos jurídicos indeterminados. [...] Em síntese, a completude do sistema vai sendo dado em cada momento de interpretação e aplicação das cláusulas abertas, assim como dos conceitos jurídicos indeterminados.<sup>662</sup>

Apesar da inovação de algumas técnicas legislativas em comparação às utilizadas pelo legislador de 1916, uma análise mais apurada pode constatar que a codificação de 2002 não refletiu os avanços possíveis em vários campos do direito, seja pela não assimilação do estágio alcançado pela doutrina e jurisprudência, seja pela não adoção dos valores constitucionais atinentes à determinada seara do direito civil. Diante disso, é possível dizer que “o estudo do Direito Civil em geral e, em especial, do Direito de Família não pode deixar de ser feito em uma perspectiva civil-constitucional”<sup>663</sup>.

No campo do direito de família, os avanços foram poucos no novo código, pois o que se regulou de modo mais adequado do que a legislação anterior já estava há muito consolidado pela jurisprudência<sup>664</sup>. Nos aspectos em que o legislador de

<sup>662</sup> LOPEZ, Teresa Ancona. Princípios Contratuais. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). **Contratos Empresariais: Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 6.

<sup>663</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2011. v. VI, p. 61.

<sup>664</sup> Uma análise sobre a desatualização do livro de direito de família do Código de Miguel Reale à época da sua aprovação pode ser apreendida na justificativa do projeto de lei que propõe o “*Estatuto das Famílias*”, Projeto de Lei nº 2.285/2007, em trâmite perante o Congresso Nacional brasileiro, de iniciativa do IBDFam – Instituto Brasileiro de Direito de Família: “O Livro de Direito de Família do Código Civil de 2002 foi concebido pela Comissão coordenada por Miguel Reale no final dos anos sessenta e início dos anos setenta do século passado, antes das grandes mudanças legislativas sobre a matéria, nos países ocidentais, e do advento da Constituição de 1988. O paradigma era o mesmo: família patriarcal, apenas constituída pelo casamento, desigualdade dos cônjuges e dos filhos, discriminação a partir da legitimidade da família e dos filhos, subsistência dos poderes marital e paternal. A partir da Constituição de 1988, operou-se verdadeira revolução copernicana, inaugurando-se paradigma familiar inteiramente remodelado, segundo as mudanças operadas na sociedade brasileira, fundado nos seguintes pilares: comunhão de vida consolidada na afetividade e não no poder marital ou paternal; igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges; liberdade de constituição, desenvolvimento e extinção das entidades familiares; igualdade dos filhos de origem biológica ou socioafetiva; garantia de dignidade das pessoas humanas que a integram, inclusive a criança, o adolescente e o idoso. Nenhum ramo do Direito foi tão profundamente modificado quanto o direito de família ocidental nas três últimas décadas do século XX. Durante a tramitação do projeto do Código Civil no Congresso Nacional, após a Constituição de 1988, o Senado Federal promoveu esforço hercúleo para adaptar o texto antes dela elaborado a suas diretrizes. Todavia, o esforço resultou frustrante pois não se poderia adaptar institutos que apenas faziam sentido como expressão do paradigma familiar anterior à nova realidade, exigente de princípios, categorias e institutos jurídicos diferentes. A doutrina especializada demonstrou à sociedade a inadequação da aparente nova

2002 optou por insistir em um posicionamento mais conservador, e acabou por trazer algumas dificuldades para os operadores do direito de família<sup>665</sup>. Uma das questões que não foi tratada expressamente pelo legislador de 2002 foi a da afetividade como um dos princípios orientadores do direito de família, o que não consta de forma explícita na edição originária do Código, mesmo diante da ampla construção doutrinária e jurisprudencial que já sustentava sua presença no nosso ordenamento, de maneira implícita, desde 1988<sup>666</sup>.

Apesar de não taxar a afetividade expressamente como princípio de direito de família, o Código Civil de 2002 reconhece e confere guarida a diversas relações afetivas em muitas de suas disposições. A partir das breves citações diretas e indiretas ao afeto e à afetividade, é possível entrever na trama do legislador de 2002 a afetividade como princípio implícito nas diversas disposições de direito de família, o que ressalta ainda mais se lido o Código a partir da principiologia constitucional. Ou seja, apesar da timidez das disposições do Código, há indícios suficientes a indicar a afetividade como princípio do direito de família também a partir da legislação de 2002<sup>667</sup>.

Uma das passagens do Código que alberga a afetividade, ainda que implicitamente, é a que reconhece a possibilidade de parentesco afetivo, eis que o legislador admite parentescos de *outra origem* (conforme redação do art. 1.593, CC<sup>668</sup>). Ao definir o parentesco, a legislação faz remissão ao vínculo natural, civil, consanguíneo e de *outra origem*, o que envolve claramente o parentesco decorrente

---

roupagem normativa, que tem gerado intensas controvérsias e dificuldades em sua aplicação.” (IBDFAM. **PL 2285/07- Estatuto das Famílias**. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?observatorio&proposicoes&p=2>>. Acesso em: 18 out. 2011)

<sup>665</sup> Como exemplo: o tratamento diferenciado conferido à união estável e ao casamento; a manutenção da averiguação da culpa na dissolução da sociedade conjugal; o não reconhecimento explícito de outras entidades familiares; a não adoção da afetividade como princípio; o não reconhecimento das uniões homoafetivas; entre outros.

<sup>666</sup> Paulo Luiz Netto Lôbo, como visto anteriormente, sustentava a afetividade como princípio implícito na Constituição desde há muito antes da edição do Código de 2002, como no artigo publicado na Revista n. 01 do IBDFam, datada de 1999: LÔBO, Paulo Luiz Netto. O Exame de DNA e o Princípio da Dignidade Humana. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, Síntese, v. 1, p. 67-73, abr./jun. 1999, p. 70.

<sup>667</sup> “O Código Civil também não utiliza a palavra afeto, ainda que, em alguns dispositivos, se possa entrever esse elemento para caracterizar situação merecedora de tutela. Invoca somente o laço de afetividade como elemento indicativo para a definição da **guarda** do filho quando da separação dos pais (CC 1.584 parágrafo único). Ainda que com grande esforço seu consiga visualizar na lei a elevação do afeto a valor jurídico, *mister* é reconhecer que tímido mostrou-se o legislador.” (DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito da Famílias**. *Op. cit.*, p. 68)

<sup>668</sup> BRASIL. Legislação Federal. Código Civil. “**Art. 1.593**. O parentesco é natural ou civil, conforme resultante de consanguinidade ou **outra origem**.” [Grifei]



da socioafetividade<sup>669</sup>. Ou seja, esta abertura conferida pelo legislador permite o reconhecimento da afetividade nas questões de parentesco, o que restou afirmado pelo Enunciado número 103 da Primeira Jornada de Direito Civil:

**ENUNCIADO nº 103** – Art. 1.593: O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da **paternidade sócio-afetiva, fundada na posse do estado de filho.**<sup>670</sup> [Grifei]

Como se percebe, na expressão “ou outra origem” constante da parte final do art. 1.593 do Código Civil, que trata das relações de parentesco, há referência implícita à socioafetividade<sup>671</sup>. Na esteira do posicionamento do Enunciado nº 103 acima descrito, diversas decisões judiciais e posicionamentos doutrinários<sup>672</sup> têm reiterado que esta proposição envolve o parentesco afetivo<sup>673</sup>.

<sup>669</sup> O que é sustentado também por Luiz Edson Fachin, ao comentar o referido artigo: “Parece indubitável que o Código Civil reconheça, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo a paternidade socioafetiva, fundada na posse de estado de filho”. (FACHIN, Luiz Edson. Do Direito de Família. Do Direito Pessoal. Das Relações de Parentesco. Arts. 1.591 a 1.638. *Op. cit.*, v. XVIII, p. 22)

<sup>670</sup> Enunciado nº 103 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, relativo à interpretação do art. 1.593 do Código Civil. (Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2011). O sentido deste Enunciado nº 103, proferido na I Jornada, foi reiterado na III Jornada de Direito Civil, pelo Enunciado nº 256, que tratava do mesmo artigo – “Art. 1.593: A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil.” (Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2011)

<sup>671</sup> “Nesse campo, quanto à outra origem do parentesco, deve ser levada em conta também a denominação da filiação socioafetiva. Embora não tenha sido mencionada expressamente pelo Código, trata-se de fenômeno importante no campo da família e que vem cada vez mais ganhando espaço na sociedade e nos tribunais.” (VENOSA, Silvio de Salvo. **Código Civil Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 1.450)

<sup>672</sup> “Com relação ao significado de parentesco de ‘outra origem’, [...], também fundamenta a filiação socioafetiva.” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito de Família. Relações de Parentesco. Direito Patrimonial. Arts. 1.591 a 1.693. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). **Código Civil Comentado**. São Paulo: Atlas, 2003. v. XV, p. 28)

<sup>673</sup> “Julie Cristine Delinski bem identifica essa nova estrutura da família brasileira que passa a dar maior importância aos laços afetivos, e aduz já não ser suficiente a descendência genética, ou civil, sendo fundamental para a família a integração dos pais e filhos através do sublime sentimento de afeição. Acresce possuírem a paternidade e a maternidade um significado mais profundo do que a verdade biológica, onde o zelo, o amor filial e a natural dedicação ao filho revelam uma verdade afetiva, um vínculo de filiação construído pelo livre-desejo de atuar em interação entre pai, mãe e filho do coração, formando verdadeiros laços de afeto, nem sempre presentes na filiação biológica, até porque a filiação rela não é biológica, e sim cultural, fruto dos vínculos e das relações de sentimento cultivados durante a convivência com a criança e o adolescente.” (MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. *Op. cit.*, p. 471)

O mesmo pode ser dito sobre a expressão “comunhão plena de vida”, constante do art. 1.511<sup>674</sup> do Código Civil em vigor, que refere-se ao casamento, cujo conteúdo da locução também não é definido pelo legislador, mas remete indiretamente a certo vínculo afetivo. Embora seja preceito de sentido indeterminado, é possível entrever a afetividade implícita quando da remissão à comunhão de vida de uma sociedade conjugal<sup>675</sup>, sendo possível afirmar que “as disposições gerais principiam tratando da comunhão de vida, explicitada, especialmente, na dimensão socioafetiva”<sup>676</sup>.

A afetividade também está presente no Código no trato do tema relativo à guarda em favor de terceiros, sendo que desde a redação originária de 2002 o legislador inclui o vínculo da afetividade como critério que deve orientar o julgador na definição de eventual guarda em favor de terceiros, o que restava expresso na redação originária do art. 1.584 do CC<sup>677</sup> (atualmente já alterada).

Relevante indicativo da adoção da afetividade como princípio do sistema de direito de família brasileiro pode ser percebido na recente alteração processada nas regras do Código que tratam da guarda. A Lei nº 11.698/2008<sup>678</sup> alterou a redação dos arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil brasileiro e, dentre os critérios que devem ser averiguados na definição de quem será o guardião, incluiu o afeto de maneira expressa. Diz o novo parágrafo segundo do art. 1.583:

**§ 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 [...]. [Grifei]

<sup>674</sup> BRASIL. Legislação Federal. Código Civil. “**Art. 1.511.** O casamento estabelece **comunhão plena de vida**, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.” [Grifei]

<sup>675</sup> “Passando em revista toda a discussão a respeito da conceituação do casamento, centramos os esforços na ideia fundamental de se tratar de uma *comunhão de vida, de afetos*, através de uma plena integração fisiopsíquica.” (FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2. ed., rev., amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 113)

<sup>676</sup> FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direito de Família. Casamento: arts. 1.511 a 1.590. *Op. cit.*, v. XV, p. 22.

<sup>677</sup> BRASIL. Legislação Federal. Código Civil. Na redação originária da Lei Federal nº 10.406/2002, o art. 1.584 do Código Civil restava do seguinte modo: “**Art. 1.584.** [...] **Parágrafo único.** Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e **afetividade**, de acordo com o disposto na lei específica.” [Grifei]

<sup>678</sup> BRASIL. Lei Federal nº 11.698/2008. Estipula novos requisitos para a definição do regime de guarda, sendo um deles o afeto. Esta lei altera expressamente os arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil brasileiro. Inclui parágrafo segundo ao art. 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 [...]”. [Grifei]

Percebe-se que o primeiro vínculo a orientar o julgador no momento de definir qual dos pais restará com a guarda é o afetivo (obviamente que ao lado do princípio do melhor interesse da criança<sup>679</sup>), o que demonstra sua relevância. Para tornar mais clara sua proeminência, o legislador reiterou esse sentido ao definir os critérios que orientam a estipulação da guarda com terceiros, mantendo a remissão à afetividade que já constava da redação originária do art. 1.584, citada agora no seu parágrafo quinto:

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e **afetividade**.<sup>680</sup> [Grifei]

Essas disposições adotam a afetividade de modo expreso no ordenamento brasileiro, consagrando – ainda que timidamente – um percurso há muito iniciado. Entrelaçado com o melhor interesse da criança, o princípio da afetividade terá incidência no acertamento concreto da guarda de filhos, seja entre os pais, seja com terceiros<sup>681</sup>. Como visto, a afetividade não se subsume ao instituto da guarda, eis que perpassa – mesmo para a leitura codificada – diversos temas de direito de família: parentesco, guarda e caracterização do casamento, fazendo transparecer sua imbricação nos diversos temas correlatos aos relacionamentos familiares, bem como demonstrando que não foi ignorada pelo legislador de 2002.

A inclusão da afetividade de maneira expressa no corpo do Código reforça a tendência de lhe conferir importância crescente quando do trato de relações familiares. Ainda, reitera o que há muito sustentam a doutrina e a jurisprudência, e o que disse implicitamente o constituinte: a afetividade possui agasalho no sistema *jusfamiliar* brasileiro<sup>682</sup>. Entretanto, a hermenêutica contemporânea do direito civil não deve restar restrita ao texto legal, de modo que a partir desta constatação é

<sup>679</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado Teixeira. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 112-116.

<sup>680</sup> BRASIL. Legislação Federal. Código Civil. Art. 1.584, parágrafo quinto, com a redação que lhe foi conferida pela Lei Federal nº 11.698/2008.

<sup>681</sup> “A preferência estabelecida, para esse fim, em favor dos parentes mais próximos, é relativa, e pode ceder em homenagem à afinidade e ao afeto.” (FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direito de Família. Casamento: arts. 1.511 a 1.590. *Op. cit.*, v. XV, p. 22)

<sup>682</sup> “[...] a afetividade é um dos principais regramentos do *Novo Direito de Família* que desponta e que a *parentalidade socioafetiva* é uma tese que ganha força na doutrina e na jurisprudência.” (TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil**: direito de família. *Op. cit.*, p. 53)

possível a construção de uma categoria jurídica que atravessasse todos os temas de direito de família, conferindo à afetividade a principiologia que dela se espera.

É possível afirmar, portanto, que o Código Civil de 2002 admite a questão da afetividade nas suas disposições, seja de modo implícito, seja de modo explícito, o que reforça seu papel principiológico no tratamento dos temas de direito de família. Este entendimento é o que melhor concilia as disposições codificadas com os postulados constitucionais<sup>683</sup>.

As alterações processadas nos relacionamentos interpessoais acabaram por aumentar o espaço da subjetividade e, conseqüentemente, o campo para manifestação da afetividade. As valorações do Direito são reflexos de um movimento que se dá na própria sociedade, com o reconhecimento crescente da importância dos vínculos afetivos nos mais variados relacionamentos<sup>684</sup>.

A necessária correlação entre Direito e sociedade indica que, para corresponder às expectativas da coletividade, devem sempre ser observadas as características sociais consolidadas em determinado momento histórico, visto que muitas delas poderão ressoar na seara jurídica. Assim, hodiernamente importa buscar a adequada valoração da afetividade, inequivocamente presente nos relacionamentos familiares, para que o Direito possa contribuir com respostas que sejam conceitualmente claras, mas também sem resultar em soluções ficcionais ou excessivamente formais.

---

<sup>683</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas Modalidades de Família na Pós-Modernidade**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 43.

<sup>684</sup> “Sob a égide desta nova ótica, que valoriza a dialeticidade entre as relações, encontrar-se-iam classificados dentro do *direito pessoal de família*, o casamento, as relações de parentesco, a adoção e o pátrio poder. Neste primeiro título do livro estariam as normas que incidem de forma dialética sobre o fato e o valor *afeto*. Ultrapassado o momento histórico da elaboração do Código Civil brasileiro, no qual a família tinha mera função de reprodução, sustento e educação dos filhos, passa-se ao período atual, no qual *um casal se une para buscar a felicidade através de relações de afeição e solidariedade, que significam os pilares da família moderna*.” (SILVA, Eduardo. A Dignidade da Pessoa Humana e a Comunhão Plena de Vida. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A Reconstrução do Direito Privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais de direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 469)

## CAPÍTULO VII – O “STATUS” DE PRINCÍPIO: POSSIBILIDADE DE CONSTRUÇÃO DE UMA CATEGORIA JURÍDICA

### Seção I. A afetividade presente nas diversas alterações recentes da legislação brasileira

A afetividade efetivamente não é tratada de forma categórica como princípio pela nossa legislação expressa, eis que, como visto, está implícita no texto constitucional, e é citada pontualmente no texto codificado em vigor (ou seja, sem sua qualificação explícita como *princípio de direito de família*).

Entretanto, como visto na primeira parte desta dissertação, a hermenêutica tópico-sistemática ora adotada deve partir da noção de sistema jurídico como um todo, que é formado por diversos elementos normativos, no qual o Código e a Constituição são dois deles, relevantes, mas não os únicos. Para além disso, esta hermenêutica também não se limita a ler os textos expressos de lei, uma vez que sua análise envolve também o conteúdo que está subjacente a tais normas jurídicas. Assim, para que reste viável uma análise tópico-sistemática do sistema jurídico brasileiro, com o intuito de apurar se a afetividade é princípio implícito do direito de família, pode não ser suficiente a averiguação apenas dos textos do Código e da Constituição<sup>685</sup>.

Dentre os demais elementos integrantes do sistema se encontram as leis infraconstitucionais esparsas atinentes ao ramo do direito sob análise, no caso, as leis sobre direito de família e temas correlatos que possam contribuir nesta seara. Certamente que elas são várias em um cenário de vastidão legislativa como o que vivenciamos, mas devem ser interpretadas harmoniosamente na unicidade do ordenamento. Ademais, para seguir a coerência da doutrina tópico-sistemática, uma interpretação escorreita exigiria que se partisse de um caso concreto (do problema) para então se aventurar na pesquisa do ordenamento (no sistema), procedimento que já seria realizado de acordo com as premissas do *caso decidendo*<sup>686</sup>.

---

<sup>685</sup> Faz-se remissão às considerações expostas no capítulo IV, Seção I. Reconhecimento das diversas formas de expressão do direito; Seção II. Hermenêutica tópico-sistemática com prevalência da Constituição; e Seção IV. A doutrina do direito civil constitucional.

<sup>686</sup> Feitas essas ressalvas, esclarece-se que não se discorrerá sobre todas as leis esparsas do nosso ordenamento que envolvem temas de direito de família, pois não cabem no espaço restrito

Ainda assim parece relevante a análise, mesmo que pontual, de algumas leis esparsas recentes que passaram a legislar sobre aspectos das relações familiares. Isto porque muitas delas trouxeram expressamente a afetividade agasalhada em suas disposições, o que pode contribuir para o estudo sistemático que se desenvolve.

Algumas alterações legislativas processadas nos últimos anos fazem referências ao afeto e à afetividade no próprio texto de lei, o que é um certo avanço de técnica legislativa e indica – além de certa sensibilidade – uma possível tendência. Isso pode ser percebido na chamada *Lei Maria da Penha*<sup>687</sup> (2006), *Lei da Guarda Compartilhada*<sup>688</sup> (2008), na nova *Lei da Adoção*<sup>689</sup> (2009) e na *Lei da Alienação Parental*<sup>690</sup> (2010).

A chamada *Lei Maria da Penha* (Lei Federal nº 11.340/2006) traz interessante definição de família, ao estipular quais relações estariam atingidas pelas suas disposições, e, a seguir, as estende também a quaisquer relações íntimas de afeto. Estas conceituações constam do art. 5º, incs. II e III, da referida lei.

#### **Lei nº 11.340/2006 – Lei Maria da Penha**

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

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

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

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

---

deste trabalho. A título exemplificativo, analisar-se-ão brevemente aspectos isolados de algumas leis específicas, estritamente no que se referem à afetividade.

<sup>687</sup> BRASIL, Lei Federal nº 11.340/2006, art. 5º, III. Faz remissão expressa à relação afetiva ao definir as relações com incidência de suas disposições.

<sup>688</sup> 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 arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil brasileiro. Incluiu parágrafo segundo no art. 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 [...]*”.

<sup>689</sup> 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 na definição da *família substituta* (art. 28, § 3º).

<sup>690</sup> 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 (art. 3º).

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

É possível perceber a referência expressa ao afeto na caracterização das relações que estariam cobertas pela referida lei. Como o objetivo expresso é abarcar situações de violência familiar, no inc. III engloba todos os casos que envolvem “relação íntima de afeto”, ou seja, recorre ao afeto para qualificar os relacionamentos que quer proteger. Percebe-se também que no inc. II o legislador previu um conceito elástico de família ao incluir nele toda *comunidade formada por indivíduos unidos por vontade expressa*, no que se correlaciona indiretamente a um vínculo afetivo (que estaria englobado nessa *vontade expressa de viver em família*)<sup>691</sup>. A abertura conferida por tal definição de família já não traz os problemas de muitas outras conceituações restritas ou precipuamente formais. Digna de elogio, também, o alerta que a lei se aplica independentemente de orientação sexual<sup>692</sup>.

A denominada nova *Lei da Guarda Compartilhada* (Lei Federal nº 11.698/2008) incentiva a estipulação da guarda compartilhada dos filhos menores após a dissolução do vínculo entre os pais. Na verdade ela alterou dois dispositivos do próprio Código Civil que tratavam da guarda (arts. 1.583 e 1.584), de modo que suas disposições já foram detidamente estudadas quando da análise sobre o tratamento conferido pelo Código à afetividade. Registre-se, apenas, que esta alteração foi processada no ano de 2008 e, nos dois artigos alterados, há remissão ao afeto (art. 1.583, § 2º, I) e à afetividade (art. 1.584, § 5º). O papel exercido pela afetividade na definição da guarda se constitui, em resumo, em um critério decisório no momento de escolha do guardião. Como se vê, a afetividade deverá ser apurada no caso concreto para fornecer subsídios ao julgador para definir eventual conflito envolvendo a guarda do filho.

Também a nova *Lei da Adoção* (Lei Federal nº 12.010/2009), ao prever as condições que serão levadas em conta para estipulação da família extensa ou

---

<sup>691</sup> “Assim, a Lei Maria da Penha 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 seus próprios membros.” (DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: O Preconceito & Justiça**. *Op. cit.*, p. 141)

<sup>692</sup> Em decorrência dessa disposição se verifica a extensão da lei a casais homoafetivos e, recentemente, até mesmo a transexuais. Em setembro de 2011 foi noticiado que uma juíza de Anápolis/GO aplicou a Lei Maria da Penha à situação que envolvia um transexual como vítima de agressão. (Autos: 020113873908, 1ª Vara Criminal de Anápolis/GO, Juíza de Direito Ana Cláudia Veloso Magalhães. Decisão disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/homologacao-flagrante-resolucao-cnj.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2011).

substituta trouxe em seu texto duas remissões expressas à afetividade, que passa, então, a ser critério balizador do julgador no momento de definir o destino do adotando.

**Lei nº 12.010/2009 – Nova Lei da Adoção**

**Art. 25.** Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

**Parágrafo único.** Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou o adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e **afetividade**.

**Art. 28.** A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

**§ 1º** Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada. (*Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009*)

**§ 2º** Tratando-se de maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência. (*Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009*)

**§ 3º** Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de **afetividade**, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida. (*Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009*) [Grifei]

No processo de adoção, a definição de família extensa ou substituta eleita é um momento central, sendo que para tal contexto o legislador houve por bem incluir a afetividade como um dos critérios que orientarão a análise dos responsáveis pela decisão (juntamente com os demais critérios da própria lei e sempre em atenção ao princípio constitucional do melhor interesse da criança e do adolescente). Há clara indicação da lei no sentido de que a afetividade será fator relevante a ser levado em conta no momento decisivo do processo de adoção (o que parece correto e indicado, em face das peculiaridades das relações envolvidas em questões do estilo)<sup>693</sup>.

<sup>693</sup> “Conforme o parágrafo único do art. 25 do Estatuto, a família extensa ou ampliada se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, pois é formada por parentes próximos com os quais a criança e o adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. É antes de qualquer coisa a consagração legal da relevância da socioafetividade nas relações de filiação, quando o Estatuto da Criança e do Adolescente identifica vínculos seguros de afeto e de afinidade para decidir pela permanência de uma criança ou adolescente na sua própria família e com isso diminuindo o impacto negativo da subtração da criança ou adolescente dos seus laços de consanguinidade. Afeto e afinidade são os pilares da verdadeira relação de filiação, porque, entre manter a criança ou adolescente em uma família substituta ou adotiva, no lugar de sua família extensa, formada por parentes próximos que integrem o conceito de *grande família* ou *família estendida*, sempre será a atitude indicada para preservar os naturais vínculos parentais



O que merece ser destacado tanto na Lei nº 12.010/09 como na Lei nº 11.698/08 é a inclusão da afetividade como critério decisório direcionado ao julgador no momento do acerto de um caso concreto específico<sup>694</sup>. Ou seja, tais disposições não trazem a afetividade apenas de maneira genérica, retórica ou de algum modo *programática*, muito pelo contrário, as reformas legislativas a incluíram como critério a ser concretamente observado na solução do caso *sub judice*. Nesses textos não paira qualquer dúvida sobre a *força normativa da afetividade*, o que evidencia ser possível se extrair a necessária objetividade jurídica, mesmo a partir de um tema que possui uma inerente subjetividade<sup>695</sup>. Ou seja, o legislador não viu qualquer óbice na utilização da afetividade até mesmo como um dos critérios objetivos a ser levado em conta no momento da decisão de processos judiciais (que pode envolver litígios e lida com situações que merecem especial atenção por envolver crianças e adolescentes). Não se percebe qualquer retração, dúvida ou cautela com uma suposta “subjetividade” ou “abstração” que seria inerente à afetividade, o que, para os que argumentam neste sentido, impediria o Direito de trabalhar com tal conceito (como muitos sustentam)<sup>696</sup>.

---

que interagem com reais sentimentos de amor e dedicação.” (MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. *Op. cit.*, p. 612)

<sup>694</sup> “Sem dúvida a maior conquista da Lei nº 12.010/09 foi valorar a afetividade como geradora de vínculo jurídico da adoção. A afetividade passa a ser valor jurídico e, assim, gera efeitos jurídicos de filiação e parentesco.” (BIRCHAL, Alice de Souza. *Novos Paradigmas Jurídicos da Filiação e da Adoção: a afetividade como perfil da Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009*. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; ALVES, Leonardo Barreto Moreira (Coords.). **Leitura Complementares: Direitos das Famílias**. Savador: Podivm, 2010. p. 339)

<sup>695</sup> “Como intervir em questões que resultam do mundo dos afetos? Como o Direito pode trazer para o seu ordenamento a subjetividade, sem descaracterizar a legalidade? No Direito são verdadeiros apenas os fatos que restaram provados no procedimento judicial? Estas e inúmeras outras questões devem povoar a mente dos magistrados quando estão a decidir uma demanda familiar.” (ASSIS, Marli Martins de. *A Distorção Teórica dos Elementos Subjetivos nas Decisões Judiciais*. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, Magister; Belo Horizonte, IBDFAM, v. 21, abr./maio 2011, p. 84)

<sup>696</sup> Registre-se que a importância crescente conferida ao vínculo afetivo tem permitido algumas construções e superações de lacunas legais, como as decisões judiciais que permitem a adoção por homossexuais. Ainda sob a égide da lei anterior o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul assim decidiu: **“APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE**. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. **Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores**. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes.

Há que se registrar, ainda, que tanto a atual lei da adoção como a lei da guarda compartilhada estão há alguns anos em vigor e não se percebeu qualquer caos jurisdicional com a utilização da afetividade judicialmente, e muito menos críticas doutrinárias ou jurisprudenciais contundentes contra seu uso, eis que essas leis até sofrem críticas, mas não nesse aspecto<sup>697</sup>. O uso equilibrado da afetividade em processos judiciais, mediante clara fundamentação e recurso a equipes multiprofissionais, quando necessário, indica que não há óbice na sua utilização pelo Direito. Resta evidenciado, com isso, a possibilidade de se utilizar a afetividade no meio jurídico de maneira objetiva, sem que exista qualquer incompatibilidade *a priori*.

Outra alteração legislativa que tratou do afeto de modo expresso foi a chamada Lei da Alienação Parental (Lei Federal nº 12.318/2010), que tem como objetivo reprimir condutas que prejudiquem a relação dos filhos com os pais (geralmente um deles). Ao definir os fundamentos que justificariam a repressão à alienação parental, a lei traz a tutela do afeto de modo expresso no seu texto.

**Lei nº 12.318/2010 – Lei da Alienação Parental**

**Art. 3º.** A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, **prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar**, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda. [Grifei]

A proteção da afetividade na relação parental resta claramente como um dos objetivos principais da novel legislação<sup>698</sup>, o que está de acordo com o movimento que protege e valora a afetividade nas relações familiares. Com a legislação prevendo até mesmo medidas repressivas para atos que injustificadamente afrontem relações parentais afetivas, resta difícil, neste estágio, sustentar que o ordenamento não acolhe a afetividade, seja como princípio, seja como valor relevante, no trato das relações familiares.

---

NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME.” (SEGredo DE JUSTIÇA) (Apelação Cível 70013801592, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 05.04.2006). Grifei. Disponível em: <<http://br.vlex.com/vid/-43376349>>. Acesso em: 24 set. 2011)

<sup>697</sup> AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. A Adoção sob a Perspectiva da Proteção Integral. In: ZIMERMANN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Orgs.). **Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica**. 3. ed. Campinas: Millenium, 2010. p. 312.

<sup>698</sup> “De acordo com Ana Carolina Madaleno a alienação parental decorre de um trabalho incessante, silencioso e sutil do alienador, que precisa de tempo para pôr em prática sua estratégia para eliminar vínculos afetivos do filho com o progenitor alienado.” (MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Op. cit., p. 449)

O projeto de *Estatuto das Famílias*<sup>699</sup> (Projeto de Lei nº 2.285/2007), em trâmite no Congresso Federal brasileiro, visa criar um estatuto que trate das regras de direito de família, o que conferiria maior especificidade e permitiria melhor regulação dos princípios e das regras que devem balizar tais relações. A técnica legislativa adotada merece destaque, pois a proposta de Estatuto traz expressamente quais são os princípios fundamentais que o orientam:

**Art. 5º.** Constituem princípios fundamentais para a interpretação e aplicação deste Estatuto a dignidade da pessoa humana, a solidariedade familiar, a igualdade de gêneros, de filhos e das entidades familiares, a convivência familiar, o melhor interesse da criança e do adolescente e a **afetividade**. [Grifei]

É inegável que os redatores do Estatuto constataram a relevância da afetividade, tanto que a adotaram de forma expressa no rol de princípios que devem balizar sua interpretação, consagrando-a como um dos pilares fundamentais (a proposta de estatuto também prevê vários outros princípios específicos do direito de família: dignidade, solidariedade, igualdade, convivência familiar e melhor interesse da criança). É possível notar que a proposta classifica expressamente a afetividade como princípio, o que, embora não seja estritamente necessário, auxiliaria a demover as resistências que são atualmente encontradas para aceitar a afetividade como princípio do direito de família.

O Estatuto também inova ao regular a questão do parentesco<sup>700</sup>, tema que ainda hoje gera dúvidas com a redação atual do Código Civil, pelo que inclui também expressamente o parentesco decorrente da socioafetividade como um dos elos possíveis.

**Art. 10.** O parentesco resulta da consanguinidade, da **socioafetividade** ou da afinidade. [Grifei]

Na questão da parentalidade, a proposta do Estatuto incorpora o que atualmente tem agasalho apenas doutrinário e jurisprudencial (respaldado ainda

---

<sup>699</sup> Tramita no Congresso Nacional brasileiro o Projeto de Lei nº 2.285/2007, Relatoria do Deputado Federal Sergio Barradas Carneiro, atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados do Congresso Nacional do Brasil, texto base elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família.

<sup>700</sup> Anote-se que tanto o princípio da afetividade constante do art. 5º como o parentesco por socioafetividade constante do art. 10 do Estatuto restaram mantidos no projeto de lei, mesmo após os debates e as emendas que foram processados nas comissões legislativas do Congresso Brasileiro até o presente momento.

pelos enunciados das Jornadas de Direito Civil<sup>701</sup>). Por esses aspectos, o Projeto de Lei nº 2.285/2007 se mostra adequado ao tratamento do direito de família brasileiro, pois reconhece a importância da adoção de princípios para tentar melhor responder às demandas das complexas famílias do novo milênio e, dentre eles, inclui explicitamente a afetividade<sup>702</sup>.

A proposta de positivação da afetividade como princípio fundamental – tal como consta no Estatuto das Famílias – poderá contribuir para sua difusão de forma ainda mais vigorosa e profícua<sup>703</sup>, entretanto, cabe deixar claro que não se trata apenas de defender uma proposta *de lege ferenda*, como a constante no projeto de lei acima exposto, pois já há elementos no tecido normativo para sustentar a afetividade como princípio *de lege lata*<sup>704</sup>.

Além das disposições acima citadas (cujo rol é meramente exemplificativo), poderiam ser analisadas várias outras leis que trazem a tutela de uma dimensão afetiva de modo implícito ou indireto, como pode ser percebido na Emenda Constitucional nº 66/2010<sup>705</sup> (Emenda do Divórcio), eis que, o que se percebe na *ratio legis* é a priorização da liberdade da pessoa, permitindo que exerça livremente

<sup>701</sup> O que se verifica no Enunciado 108 da I Jornada de Direito Civil – “Enunciado 108 – Art. 1.603: no fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se, à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consanguínea e também a sócio-afetiva.” (Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2011)

<sup>702</sup> “Apesar dos cortes e recortes, a essência do Estatuto se manteve. O tema mais polêmico – a regulamentação das uniões homoafetivas como entidade familiar – infelizmente foi alijado do projeto. Mas as novidades são inúmeras. Em atendimento à Emenda Constitucional nº 66, foi eliminada a separação. Restaram excluídos o regime de participação final nos aquestos (que não mereceu aceitação), e o injustificável regime da separação obrigatória de bens. Foi além. Tornou possível a alteração do regime de bens por escritura pública, mas sem efeito retroativo. A união estável passa a constituir um novo estado civil. São reconhecidas as entidades parentais, ou seja, grupo de irmãos que não tem pais. A socioafetividade gera relação de parentesco e a presunção de paternidade ocorre quando os genitores conviviam à época da concepção. Quem dispõe da posse de estado de filho pode investigar sua ascendência genética, o que não gera relação de parentesco.” (DIAS, Maria Berenice. O Estatuto da Ética. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**, 22.12.2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=698>>. Acesso em: 24 out. 2011)

<sup>703</sup> “[...] o princípio da afetividade do Direito de Família, conseqüência das mudanças paradigmáticas e interferências do discurso psicanalítico, obriga-nos a pensar num ordenamento jurídico para a família que revalorize os “Princípios” como uma fonte do Direito realmente eficaz de aplicação prática.” (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores para o Direito de Família**. *Op. cit.*, p. 12)

<sup>704</sup> CALDERON, Ricardo L. Famílias: afetividade e contemporaneidade – para além dos Códigos. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). **Pensamento Crítico do Direito Civil Brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 279.

<sup>705</sup> BRASIL, Emenda Constitucional nº 66, de 2010. Regula o divórcio no sistema brasileiro extinguindo prazos de separação como requisitos para sua realização.

seu projeto pessoal afetivo<sup>706</sup>. Essa verificação de quais valores visam ser protegidos pela legislação pode permitir encontrar um incontável número de dispositivos legais nesse sentido, corroborando a crescente assimilação legislativa da mudança de paradigma na família como ora se sustenta<sup>707</sup>.

As reiteradas remissões à afetividade nessas disposições certamente são indicativo de que, a par da ausência de univocidade discursiva legislativa, há, até o momento, um rumo indicado pelo legislador que reafirma seu caráter principiológico e consagra sua relevância quando do trato das relações familiares. Logicamente que essas regras devem ser inseridas em uma análise unitária do ordenamento, a partir de uma leitura civil-constitucional, com os valores constitucionais como unificadores do sistema. Entretanto, o que se percebe em tal análise sistemática axiológico-constitucional não é nenhuma contradição, ao contrário, sobressai uma perfeita harmonia entre elas no que se refere ao acolhimento da afetividade, legislativa e constitucionalmente.

Há, assim, um conjunto de elementos que externa a relevância da afetividade no nosso sistema jurídico, a indicar que diversas disposições legais visam tutelar situações afetivas existenciais. Esse movimento legislativo, entre avanços e retrocessos, e apesar de estar aquém do que se demanda dele na atualidade, parece que está alinhado com a transição constatada na própria família brasileira. Também não ignoram e não se afastam desse posicionamento são a jurisprudência e a doutrina pátrias, que há muito fazem coro no sentido de reconhecer paulatinamente a afetividade.

## **Seção II. A crescente aceitação jurisprudencial e doutrinária da afetividade**

A jurisprudência desempenhou um papel fundamental na consolidação da categoria jurídica da afetividade no sistema brasileiro, eis que, muito antes de

---

<sup>706</sup> “Se o espírito e o propósito da Emenda Constitucional nº 66/2010 é a simplificação, facilitação, menor intervenção estatal, liberdade e maior autonomia privada, agora, além de não se discutir a culpa, não há mais prazos como requisitos para decretação do divórcio.” (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio**: Teoria e Prática. *Op. cit.*, p. 48)

<sup>707</sup> Apenas como exemplo, cita-se a Lei federal nº 11.924/2009 (apelidada de “Lei Clodovil”), que permite a alteração do patronímico para que o “enteado/a” reste com o mesmo sobrenome do padrasto ou da madrasta. Esta legislação permite a regularização da questão do nome nos diversos casos de *posse de estado de filho*, demonstrando que, de certo modo, tutela aspecto de uma relação socioafetiva.

qualquer dispositivo legislativo expresso, já reconhecia a afetividade em diversos casos. São inúmeras decisões que, mais incisivamente a partir da última década, concederam efeitos jurídicos à afetividade em diversas situações concretas.

Como dito alhures, a tardia introdução da afetividade nos textos de lei conferiu maior relevância ao seu reconhecimento jurisprudencial, eis que, muito antes da adoção expressa pelo legislador, a jurisprudência já se dedicava ao tema<sup>708</sup>. Um caso emblemático foi julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em 2001, no qual se discutia uma relação paterno-filial consolidada faticamente, mas que, no decorrer do litígio, se comprovou ausente o vínculo genético. Ao deliberar sobre o caso, o tribunal decidiu pela manutenção do vínculo parental mesmo sem o vínculo biológico, declarando que reconhecia *in casu* uma “paternidade socioafetiva”.

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 negatória de paternidade é imprescritível, na esteira do entendimento consagrado na 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 de 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 deles filho fosse) e que perdura por quase quarenta anos, há de prevalecer a solução que melhor tutele a dignidade da pessoa humana. **3. A paternidade sócio-afetiva, 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 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.**<sup>709</sup> [Grifo nosso]

Essa decisão distingue expressamente as figuras do ascendente genético e do pai, reconhecendo no caso concreto vínculo paterno-filial decorrente de uma relação socioafetiva, construído faticamente (na relação que restou conhecida como

<sup>708</sup> O reconhecimento jurisprudencial gradativo conferido às uniões estáveis antes de 1988 pode ser considerado uma das formas de reconhecimento jurídico de uma relação precipuamente afetiva, mesmo sem legislação expressa que a agasalhasse. Em que pese a timidez do trato e as críticas que atualmente podem ser postas, é possível perceber que a jurisprudência passou a reconhecer de algum modo aquelas relações antes tidas como “invisíveis” ao direito. Sobre a evolução jurisprudencial desta matéria, ver: VILLAÇA, Álvaro Villaça. **Estatuto da Família de Fato**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 183 e ss.

<sup>709</sup> 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.

‘adoção à brasileira’, ou seja, uma espécie de adoção informal com a criação de menor como filho sem as formalidades do processo judicial de adoção). O que merece destaque no *decisum* é que foi proferido ainda sob as égides do Código de 1916, que trazia uma racionalidade mais áspera para o acolhimento de situações subjetivas afetivas.

Na esteira dessa decisão, inúmeras outras foram proferidas no mesmo sentido, passando a ser recorrente o reconhecimento de paternidades socioafetivas, muitas delas fundamentadas no conceito de posse de estado de filho. A jurisprudência estendeu o papel que inicialmente foi destinado à socioafetividade, aplicando-a em diversos casos, não a restringindo à questão da paternidade, de tal sorte que é possível afirmar que a construção da afetividade no sistema brasileiro deve-se, em grande parte, ao esforço jurisprudencial. Diversos tribunais estaduais passaram a reconhecer situações afetivas como geradoras de vínculos parentais, que seriam consubstanciados pelos fatos sociais e pela doutrina que lhes respaldava<sup>710</sup>.

Nesse contexto, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) assumiu papel relevante ao legitimar tais decisões. Na função de unificador das decisões jurisprudenciais e guardião das leis infraconstitucionais, o STJ foi firme em respaldar tais julgados reconhecedores da afetividade nas relações familiares, muitas vezes sem lei expressa que lhes espaldassem. Ao proferir seu voto no REsp. 119.346/GO, o Ministro Ruy Rosado do Aguiar se manifestou no sentido de reconhecer um vínculo parental afetivo que perdurava por muitos anos, ao qual nominou como um ‘parentesco social’:

[...] a fundamentação do voto do eminente Ministro-Relator é importante porque aplica a teoria que dá relevância ao fato da “paternidade social”, ou da “maternidade social”, que é o caso dos autos e muito raro no Foro. A maternidade que se apresenta e se consolida durante quarenta anos cria um estado afetivo, social, familiar, e mesmo jurídico que, em princípio, não deve ser desfeito.<sup>711</sup>

---

<sup>710</sup> Vários tribunais estaduais passaram a reconhecer a afetividade em seus julgados, de modo que o tema surge inicialmente nas instâncias inferiores e, na sequência, chega aos tribunais superiores. Sem minimizar a importância destas decisões dos colegiados locais este trabalho optará por centralizar sua análise em alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça, face a relevância das suas decisões em nosso sistema judicial.

<sup>711</sup> STJ. **Recurso Especial 119.346/GO**. Rel. Min. Barros Monteiro, 4ª T., unânime, j. em 01.04.2003. Trecho do voto do ministro Ruy Rosado do Aguiar proferido neste julgamento.

Esse posicionamento foi gradativamente adotado pela Corte Superior, e refletiu, de certo modo, a transição paradigmática vivenciada pela sociedade e pelo direito de família. Anteriormente ao reconhecimento de efeitos jurídicos a relações afetivas, os tribunais restavam adstritos a questões formais quando da análise de tais casos concretos, muitas vezes realizando grande esforço para tutelar uma situação em pauta apenas com base em presunções legais e requisitos de tempestividade e legitimidade<sup>712</sup>. Após o reconhecimento expresso de efeitos jurídicos a relações fáticas meramente afetivas, percebeu-se um outro momento jurisprudencial.

A paulatina guarida concedida pelo Superior Tribunal foi essencial para a solidificação do reconhecimento da afetividade no direito brasileiro. Diversas decisões consolidaram a distinção que era sustentada por João Baptista Villela entre ascendente genético e pai, com o STJ em muitos casos permitindo que se averiguasse eventual liame genético sem desconstituir o parentesco socioafetivo muitas vezes consolidado (como no REsp. 813.604/SC<sup>713</sup> e REsp. 127.541<sup>714</sup>).

Em consonância com tal entendimento diversas decisões passaram a reconhecer vínculos parentais socioafetivos, ou seja, relações consubstanciadas exclusivamente por laços afetivos. Exemplo disso é o seguinte julgado:

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. 1.604 DO CÓDIGO CIVIL. AUSÊNCIA DE VÍCIOS DE CONSENTIMENTO. VÍNCULO SOCIOAFETIVO. ATO DE REGISTRO DA FILIAÇÃO. REVOGAÇÃO. DESCABIMENTO. ARTS. 1.609 E 1.610 DO CÓDIGO CIVIL.

1. Estabelecendo o art. 1.604 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

<sup>712</sup> O que pode ser percebido nos julgamentos dos seguintes recursos: REsp. 215.249, 3ª T., Rel. Min. Menezes Direito, unânime, j. em 03.10.2002 e REsp. 91.825, 3ª T., Rel. Min. Menezes Direito, unânime, j. em 09.05.2000 (ambas as ações de investigação de paternidade foram extintas por ilegitimidade da parte autora).

<sup>713</sup> STJ. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 813.604/SC, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, unânime, j. em 16.08.2007. No caso, a decisão permitiu a uma criança adotada a averiguação de seu ascendente genético e, em face das peculiaridades do caso concreto em pauta, concedeu a possibilidade de ela pleitear alimentos ao genitor, mesmo com a adoção que havia sido regularmente celebrada. Relatório e voto deste julgado são inequívocos em adotar a distinção entre as figuras de pai/mãe e dos ascendentes genéticos.

<sup>714</sup> STJ. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 127.541, 3ª T., Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. em 10.04.2000, unânime. Decisão reconhece a possibilidade de criança adotada investigar sua origem genética, sem que isso altere seu estado adotivo, distinguindo expressamente o vínculo parental da origem biológica.



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 o registro da criança.

2. Não há que se falar 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 socioafetivo e sentimento de nobreza.

3. “O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradourado vínculo socioafetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação socioafetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil” (REsp. 878.941/DF, Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrichi, DJ de 17.09.2007).

**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.**

5. Recurso especial provido.<sup>715</sup> [Grifei]

Percebe-se, no caso, que o tribunal manteve uma paternidade registral corroborada por uma longa relação socioafetiva, mesmo ausente o vínculo genético. Essa decisão confirma o reconhecimento jurisprudencial que vinha sendo conferido à paternidade socioafetiva, consolidando o tema na órbita do STJ, em sintonia com o próprio precedente citado no corpo da ementa (da Ministra Nancy Andrichi), cuja ementa merece transcrição:

**RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO SANGÜÍNEA ENTRE AS PARTES. IRRELEVÂNCIA DIANTE DO VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO.**

- Merece reforma o acórdão que, ao julgar embargos de declaração, impõe multa com amparo no art. 538, par. único, CPC se o recurso não apresenta caráter modificativo e se foi interposto com expressa finalidade de prequestionar. Inteligência da Súmula 98, STJ.

**- O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo sócio-afetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A**

<sup>715</sup> 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 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 à sua revogação, por força do que dispõem os arts. 1.609 e 1.610 do Código Civil de 2002.”

**relação sócio-afetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil.**

- O STJ vem dando prioridade ao critério biológico para o reconhecimento da filiação naquelas circunstâncias em que há dissenso familiar, onde a relação sócio-afetiva desapareceu ou nunca existiu. Não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai sócio-afetivo. A *contrario sensu*, se o afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sangüíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica. Recurso conhecido e provido.<sup>716</sup>

Esse julgado é expresso em reconhecer a paternidade socioafetiva como um fato social que merece reconhecimento pelo Direito, demonstrando concretamente a força construtiva dos fatos sociais<sup>717</sup>. O trecho do voto da Ministra-Relatora aclara o reconhecimento da relação socioafetiva: “[...] a paternidade sócio-afetiva pode estar, hoje, presente em milhares de lares brasileiros. O julgador não pode fechar os olhos a esta realidade que se impõe e o direito não deve deixar de lhe atribuir efeitos”<sup>718</sup>. Outro recente julgado do STJ vincula a possibilidade de reconhecimento do parentesco socioafetivo à cláusula geral de tutela da personalidade<sup>719</sup>, o que constou, nestes termos, na ementa: “A filiação socioafetiva encontra amparo na cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como

<sup>716</sup> STJ. Recurso Especial 878.941/DF (2006/0086284-0), Rel. Min. Nancy Andrighi, julgamento em 21.08.2007.

<sup>717</sup> Outros julgados retratam o posicionamento consolidado do STJ no sentido de que, em pretensas anulações de registros (e vínculos) parentais, apenas com base na ausência de laços biológicos, deve prevalecer a realidade socioafetiva consolidada (somado ao melhor interesse da criança nos casos que envolvem menores), como no seguinte: STJ. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.078.285, 3ª T., Rel. Massami Uyeda, unânime, j. em 13.10.2009. No mesmo sentido: STJ, REsp. 234.833, 4ª T., Rel. Min. Helio Quaglia Barbosa, unânime, j. em 25.09.2007; STJ, REsp. 833.712/RS, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 17.05.2007; STJ, REsp. 1.003.628, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, unânime, j. em 14.10.2008.

<sup>718</sup> Trecho do voto da Min. Nancy Andrighi proferido no julgamento do Recurso Especial 878.941/DF (2006/0086284-0), Rel. Min. Nancy Andrighi, julgamento em 21.08.2007.

<sup>719</sup> Essa relação também é, de certo modo, sustentada por Pietro Perlingieri, com base no sistema jurídico italiano: “*La comunità di vita e di affetti – e la comunità familiare a tale per eccellenza – è strumento di sviluppo della personalità. La prospettiva costituzionale dalla quale occorre esaminare la comunità familiare ha una prospettiva, per così dire, strumentale. [...] La particolarità della comunità familiare sta proprio in questa sua esigenza, in questo suo scopo: quello di formare l'uomo, da consentirgli l'espressione dei sentimenti più personali, più intimi, e quindi la sua capacità di amare e di essere Amato.*” (PERLINGIERI, Pietro. **La Persona e i suoi diritti**: problemi del diritto civile. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005. p. 38) Em tradução livre: “A comunhão de vida e de afetos – e a comunhão familiar por excelência – é instrumento de desenvolvimento da personalidade. A perspectiva constitucional, pela qual é necessário examinar a comunhão familiar, tem uma perspectiva, por assim dizer, instrumental. [...] A particularidade da comunhão familiar está justamente nesta sua exigência, neste seu escopo: o de formar o homem, permitindo-lhe a expressão dos sentimentos mais pessoais, mais íntimos, e, portanto, a sua capacidade de amar e de ser Amado.”

elemento fundamental na formação da identidade e definição da personalidade da criança”<sup>720</sup>.

Esse reconhecimento da afetividade pelo Superior Tribunal de Justiça restou reiterado de modo expresso no voto do Ministro Massami Uyeda, ao julgar o REsp. 1.088.157/PB: “A família, nos tempos modernos, não se perfaz apenas por aquelas pessoas com as quais se têm ligações biológicas, senão também com aquelas outras pelas quais se mantêm um elo de afetividade”<sup>721</sup>.

As possibilidades conferidas por tal perspectiva jurisprudencial são inúmeras e algumas delas já são sentidas atualmente. Como exemplo, a decisão do próprio STJ que reconheceu uma relação de maternidade socioafetiva (eis que ausente o vínculo biológico), consagrando a relação afetiva entre mãe e filho. Confira-se trecho da ementa do REsp. 100.356/SP:

Direito civil. Família. Recurso Especial. Ação de anulação de registro de nascimento. Ausência de vício de consentimento. **Maternidade socioafetiva.** Situação consolidada. Preponderância da preservação da estabilidade familiar. [...] - **Assim, ainda que despida de ascendência genética, a filiação socioafetiva constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente.** Isso porque a maternidade que nasce de uma decisão espontânea deve ter guarida no Direito de Família, assim como os demais vínculos advindos da filiação. - Como fundamento maior a consolidar a acolhida da filiação socioafetiva no sistema jurídico vigente, erige-se a cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade do ser humano.<sup>722</sup> [Grifei]

Ou seja, os vínculos paterno e materno filiais não se restringem a elos biológicos, restando clara a culturalidade da relação, que pode restar consubstanciada

<sup>720</sup> STJ. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 450.566/RS, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrigui, unânime, j. em 03.05.2011. Trecho extraído da ementa deste julgado.

<sup>721</sup> STJ. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.088.157/PB, Rel. Min. Massami Uyeda, 3ª T., unânime, j. em 23.06.2009. Ementa: “RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE REGISTRO CIVIL – NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL – ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO GENÉRICA – RECURSO ESPECIAL, NO PONTO, DEFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO – APLICAÇÃO DA SÚMULA 284/STF – ADOÇÃO À BRASILEIRA – PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA – IMPOSSIBILIDADE, NA ESPÉCIE DE DESFAZIMENTO – RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. 1. O conhecimento do recurso especial exige a clara indicação do dispositivo, em tese, violado, bem assim em que medida o aresto a *quo* teria contrariado lei federal, o que *in casu* não ocorreu com relação à pretensa ofensa ao art. 535 do Código de processo Civil (Súmula 284/STF). 2. Em se tratando de adoção à brasileira, a melhor solução consiste em só permitir que o pai-adoptante busque a nulidade do registro de nascimento, quando ainda não tiver sido constituído o vínculo de sócio-afetividade com o adotado. 3. Recurso especial improvido.” A ementa torna patente o reconhecimento do vínculo de socioafetividade como suficiente a embasar vínculo familiar, o que foi reconhecido *in casu*.

<sup>722</sup> STJ. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.000.356/SP, Rel. Min. Nancy Andrigui, 3ª T., unânime, j. em 25.05.2010.

apenas em laços afetivos. Em reiteradas decisões, o Superior Tribunal de Justiça vem conferindo importância crescente à afetividade nas relações familiares, nos mais diversos aspectos<sup>723</sup>, demonstrando que ela não se restringe a questões de parentesco<sup>724</sup>. A importância da afetividade nos relacionamentos restou externada no voto do Ministro Luis Felipe Salomão, proferido no REsp 1.122.547/MG, no qual cita expressamente o aspecto principiológico do tema:

[...] Por fim, cabe lembrar que **o princípio fundamental, em sede de direito de família, é o afeto e a proteção dos direitos dos seus membros** – reciprocamente considerados e ligados por um laço socioafetivo –, devendo se considerar, hodiernamente, que a manutenção de um rol de deveres conjugais é absolutamente inócua, tendo em vista que, durante a existência do vínculo conjugal, o qual é pautado, sobretudo, na afetividade, tais comandos mostram-se inoperantes. Prestam-se apenas a aparelhar uma separação litigiosa, quando a relação conjugal e, *a fortiori*, o afeto, já chegaram ao fim, o que deveria permanecer velado pela inviolabilidade da “intimidade da vida privada” (LÓBO, Paulo. *Famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 119). É certo que não se obriga a amar por via legislativa e não se paga o desamor com indenizações.<sup>725</sup> [Grifei]

Essa sólida construção jurisprudencial foi edificada durante vários anos, com contribuições de diversos juízes e tribunais, a ponto de ser possível afirmar que há jurisprudência consolidada – inclusive no âmbito do STJ – que respalde o reconhecimento jurídico da afetividade (ainda que muitas vezes os tribunais não utilizem esta terminologia, mas com claro reconhecimento de que tratam de vínculos afetivos). Os tribunais têm procurado se aproximar das relações fáticas que são travadas na sociedade contemporânea, o que, inevitavelmente, os têm levado ao encontro da afetividade que é imanente a tais relações.

<sup>723</sup> STJ. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 889.852/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., unânime, j. em 27.04.2010. Nesta decisão o tribunal reconheceu adoção por casal homossexual, ressaltando a situação fática consolidada: o melhor interesse da criança e o vínculo afetivo estabelecido. O trecho da ementa afirmou: “É incontroverso que existem fortes vínculos afetivos entre a recorrida e os menores – sendo a afetividade o aspecto preponderante a ser sopesado numa situação como a que ora se coloca em julgamento”.

<sup>724</sup> Como no REsp. 1.106.637, STJ, 3ª T. Rel. Min. Nancy Andrighi, unânime, j. em 01.06.2010. Este julgado reconheceu a legitimidade de pessoa que possuía vínculo socioafetivo com determinada criança para propor ação de desconstituição dos vínculos biológicos daquela infante (preparativa ao processo de adoção). Outras decisões reconhecem que relações afetivas podem estender as restrições de elegibilidade da lei eleitoral para estes parentes socioafetivos, o que vem sendo reconhecido judicialmente.

<sup>725</sup> STJ. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.122.547, 4ª T, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, unânime, j. em 10.11.2009. Esta decisão negou pedido de indenização ajuizado por marido traído em face do cúmplice (amante) da esposa. O cabeçalho da ementa restou com a seguinte redação: “Responsabilidade Civil. Dano Moral. Adultério. Ação ajuizada pelo marido traído em face do cúmplice da esposa. Ato ilícito. Inexistência. Ausência de violação de norma posta”.

A valoração jurídica da afetividade pode também ser um contributo para outras análises e demais construções jurídicas possíveis, eis que, alinhado aos demais princípios e regras do ordenamento, pode auxiliar a viabilizar interessantes possibilidades. Uma delas pôde ser vista na decisão do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu as uniões homoafetivas como uniões estáveis (ADIN 4277 e ADPF 132/RJ<sup>726</sup>). Esta paradigmática decisão conferiu uma interpretação conforme a Constituição do art. 1.723 do Código Civil<sup>727</sup>, de modo a tornar claro que o dispositivo inclui as relações homoafetivas (restando vedadas, portanto, interpretações preconceituosas que procurem afastar as uniões homoafetivas de suas disposições)<sup>728</sup>. É fato que diversos outros princípios e temas balizaram esta decisão

<sup>726</sup> STF. 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. A ADPF restou convertida em ação direta de inconstitucionalidade (na parte residual conhecida), de modo que o julgamento final deu procedência a ambas as ações como ADIN's.

<sup>727</sup> BRASIL. Legislação Federal. Código Civil. “**Art. 1.723.** É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”

<sup>728</sup> Ementa do julgamento da ADIN 4.277 e ADPF 132 no STF: “1. ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF 132/RJ pela ADI 4.277/DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inc. IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O *caput* do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou

---

proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inc. X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEM RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.”

(igualdade, liberdade, vedação ao preconceito, incidência dos direitos fundamentais), entretanto, é possível entrever certa contribuição do reconhecimento jurídico da afetividade para o resultado final obtido<sup>729</sup>.

É interessante notar que o próprio termo adotado para fazer referência a tais relações inclui no próprio significante uma referência à afetividade, pois o STF adotou a terminologia disseminada por Maria Berenice Dias: uniões homoafetivas<sup>730</sup>. No decorrer do referido julgamento pela corte, houve diversas passagens com referências aos relacionamentos homoafetivos, sempre evidenciando que são marcadas precipuamente pela afetividade. A opção terminológica restou expressa no voto do Ministro Relator Ayres Britto: “[...] o termo homoafetividade, aqui utilizado para identificar o vínculo de afeto e solidariedade entre os pares ou parceiros do mesmo sexo [...]”<sup>731</sup>. Ou seja, restou consignado que o afeto é um dos elementos que caracterizam as relações homoafetivas.

Para além disso, diversas passagens dos votos dos Ministros neste *leading case* fizeram remissões expressas à questão do afeto e da afetividade, explicitando a contribuição que seu reconhecimento jurídico concedeu ao julgado. Uma leitura dos votos permite perceber que os ministros tinham conhecimento da transição paradigmática que se desenhou na sociedade brasileira contemporânea (com a família restando entrelaçada cada vez mais pelo afeto do que por vínculos biológicos ou matrimoniais). O próprio Ministro Relator tornou isso claro ao afirmar:

Afinal, se as pessoas de preferência heterossexual só podem realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem na mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente. Ou “homoafetivamente”, como hoje em dia mais e mais se fala, **talvez para retratar o relevante fato de que o século XXI já se marca pela preponderância da afetividade sobre a biogenicidade**. Do afeto sobre o

<sup>729</sup> Não se ignoram os diversos outros temas até mesmo mais centrais que balizaram a referida decisão, bem como se tem ciência do debate hermenêutico-metodológico que perpassou todo o julgamento. Entretanto, em atenção aos fins específicos deste trabalho a análise restará restrita ao papel da afetividade no referido *decisum*, sem que isso implique qualquer subversão valorativa do tema na leitura do referido acórdão.

<sup>730</sup> DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva**: O Preconceito & Justiça. *Op. cit.*, p. 178.

<sup>731</sup> Trecho do voto do Min. Relator Ayres Britto proferido no julgamento do processo que reconheceu as uniões homoafetivas como uniões estáveis (p. 5). Em outra passagem, o Relator reitera o sentido em que utiliza a terminologia ‘homoafetividade’, ao fazer remissão à sua inclusão no Dicionário Aurélio: “Verbete que me valho no presente voto para dar conta, ora do enlace por amor, por afeto, por intenso carinho entre pessoas do mesmo sexo, ora da união erótica ou por atração física entre esses mesmos pares de seres humanos. (p. 6). 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 Relator (p. 22 e 23 do Acórdão).

biológico, este último como realidade tão-somente mecânica ou automática, porque independente da vontade daquele que é posto no mundo como consequência da fecundação de um individualizado óvulo por um também individualizado espermatozóide.<sup>732</sup> [Grifei]

A afirmação de que a afetividade é a marca preponderante das relações do século XXI já é corrente em grande parte da doutrina e muitos julgados, entretanto, o fato de esta constatação advir da Corte Suprema destaca a relevância da percepção. Em outra passagem do seu voto, o Ministro Ayres Britto teceu considerações sobre o que entende por família, quando ressaltou que no plano dos fatos resta assente a presença da afetividade:

Daqui se desata a nítida compreensão de que a família é, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se, no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada.<sup>733</sup>

A conceituação da família como espaço ideal para realizações afetivas de índole privada dos seus membros, sem qualquer remissão ao matrimônio ou aos interesses da família enquanto instituição, também evidencia a adoção de um conceito de família na perspectiva civil-constitucional. Nesse mesmo julgamento quem fez coro na referência ao reconhecimento das uniões homoafetivas como relevantes relações de afeto foi o Ministro Luiz Fux, que incluiu essa assertiva entre as premissas que balizaram sua decisão: “A quarta das premissas: os homossexuais constituem entre si relações contínuas e duradouras de afeto e assistência recíprocas, com o propósito de compartilhar meios e projetos de vida”<sup>734</sup>. Novamente o reconhecimento de uma relação precipuamente afetiva e que, também no seu entendimento, deveria obter reconhecimento jurídico.

<sup>732</sup> Trecho do voto do Min. Relator Ayres Britto (p. 14). 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 Relator (p. 31 do Acórdão).

<sup>733</sup> Trecho do voto do Min. Relator Ayres Britto (p. 22). 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 Relator (p. 39 do Acórdão).

<sup>734</sup> Trecho do voto do Min. Luiz Fux (p. 9). Em outra parte do voto, o Ministro tece considerações sobre família: “O que faz uma família é, sobretudo, o amor – não a mera afeição entre os indivíduos, mas o verdadeiro **amor familiar**, que estabelece relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os integrantes do grupo.” (p. 13). 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 Luiz Fux (p. 60 e 64 do Acórdão).



A Ministra Carmem Lúcia se manifestou no sentido de que o art. 226 da Constituição Federal envolve liberdade inclusive nas ligações afetivas, o que faz com que mereçam reconhecimento e proteção:

A interpretação correta da norma constitucional parece-me, portanto, na sequência dos vetores constitucionais, ser a que conduz ao reconhecimento do direito à liberdade de que cada ser humano é titular para escolher o seu modo de vida, **aí incluído a vida afetiva com o outro**, constituindo uma instituição que tenha dignidade jurídica, garantindo-se, assim, a integridade humana de cada qual.<sup>735</sup> [Grifei]

Percebe-se que a referência à afetividade é uma constante nessas manifestações. A declaração de voto do Ministro Marco Aurélio também é explícita em reconhecer a modificação paradigmática que atravessa o direito de família, destacando a centralidade que a afetividade assume neste novo cenário:

Revela-se, então, a modificação paradigmática no direito de família. Este passa a ser o direito “das famílias”, isto é, das famílias plurais, e não somente da família matrimonial, resultante do casamento. **Em detrimento do patrimônio, elegeram-se o amor, o carinho e a afetividade entre os membros como elementos centrais de caracterização da entidade familiar.** Alterou-se a visão tradicional sobre a família, que deixa de servir a fins meramente patrimoniais e passa a existir para que os respectivos membros possam ter uma vida plena comum.<sup>736</sup> [Grifei]

Resta possível notar o quão imbricada está a afetividade com a questão do reconhecimento das uniões homoafetivas, pois, nas palavras do próprio Ministro Marco Aurélio, “A afetividade direcionada a outrem de gênero igual compõe a individualidade da pessoa, de modo que a torna impossível, sem destruir o ser, exigir o contrário”<sup>737</sup>.

A mesma importância conferida à afetividade também pôde ser constatada na leitura da manifestação do Ministro Celso de Mello, cujo item VII do seu voto restou assim intitulado “*VII. O Afeto como valor jurídico impregnado de natureza*”

<sup>735</sup> Trecho do voto da Min. Carmem Lúcia proferido (p. 8). 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 Carmen Lúcia (p. 95 do Acórdão)

<sup>736</sup> Trecho do voto da Min. Marco Aurélio (p. 8). 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. 208 do Acórdão).

<sup>737</sup> Trecho do voto da Min. Marco Aurélio (p. 10). 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. 210 do Acórdão).

*constitucional: a valorização deste novo paradigma como núcleo conformador do conceito de família*”. A seguir, o Ministro esclarece a importância conferida ao afeto neste novo momento da 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 estabelecimento de direitos/deveres **decorrentes** do vínculo familiar, **consolidou-se** na existência e no reconhecimento *do afeto*. [...] **Cabe referir**, por necessário, que esse entendimento no sentido *de que o afeto* representa um dos fundamentos **mais significativos** da família moderna, **qualificando-se**, para além da sua dimensão ética, **como valor jurídico impregnado** de perfil constitucional [...].<sup>738</sup> [Grifos no original]

Como é possível perceber, o voto do Ministro Celso de Mello reconhece o perfil constitucional do afeto e o seu papel como vetor do novo paradigma das relações familiares. Cita vasta doutrina que corrobora suas afirmações e, a partir do reconhecimento do afeto como valor jurídico-constitucional, com a posterior contribuição de outros relevantes argumentos, justifica seu voto no sentido de conferir reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas como entidades familiares.

A recente análise de uma questão tão complexa como o reconhecimento das uniões homoafetivas permitiu ao Supremo Tribunal Federal externar como interpreta o sistema civil-constitucional brasileiro contemporâneo em face desta fragmentada, complexa e instável realidade<sup>739</sup>. Relativamente ao direito de família, importa

<sup>738</sup> Trecho do voto da 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).

<sup>739</sup> Com base no precedente, o reconhecimento de uma união homoafetiva foi reiterado em outro julgado do STF, de relatoria do Min. Celso de Mello, cuja **ementa confirma o reconhecimento do afeto como valor jurídico de natureza constitucional**: STF. REExt. 477554 AgR/MG. Segunda Turma, j. em 16.08.2011. EMENTA: “UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO – ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS – LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: POSIÇÃO CONSAGRADA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF 132/RJ E ADI 4.277/DF) – O AFETO COMO VALOR JURÍDICO IMPREGNADO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL: A VALORIZAÇÃO DESSE NOVO PARADIGMA COMO NÚCLEO CONFORMADOR DO CONCEITO DE FAMÍLIA – O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE, VERDADEIRO POSTULADO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO E EXPRESSÃO DE UMA IDÉIA-FORÇA QUE DERIVA DO PRINCÍPIO DA ESSENCIAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – ALGUNS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA SUPREMA CORTE AMERICANA SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA FELICIDADE – PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA (2006): DIREITO DE QUALQUER PESSOA DE CONSTITUIR FAMÍLIA, INDEPENDENTEMENTE DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU IDENTIDADE DE GÊNERO – DIREITO DO COMPANHEIRO, NA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA, À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE DE SEU PARCEIRO, DESDE QUE OBSERVADOS OS REQUISITOS DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL

---

– O ART. 226, § 3º, DA LEI FUNDAMENTAL CONSTITUI TÍPICA NORMA DE INCLUSÃO – A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO – A PROTEÇÃO DAS MINORIAS ANALISADA NA PERSPECTIVA DE UMA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL – O DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE IMPEDIR (E, ATÉ MESMO, DE PUNIR) “QUALQUER DISCRIMINAÇÃO ATENTATÓRIA DOS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS” (CF, ART. 5º, XLI) – A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O FORTALECIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: ELEMENTOS QUE COMPÕEM O MARCO DOUTRINÁRIO QUE CONFERE SUPORTE TEÓRICO AO NEOCONSTITUCIONALISMO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. NINGUÉM PODE SER PRIVADO DE SEUS DIREITOS EM RAZÃO DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL. – Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. Os homossexuais, por tal razão, têm direito de receber a igual proteção tanto das leis quanto do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desigule as pessoas em razão de sua orientação sexual. RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR. – O Supremo Tribunal Federal – apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) – reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em consequência, verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares. – A extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar. – Toda pessoa tem o direito fundamental de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou de identidade de gênero. A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas. **A DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO AFETO COMO UM DOS FUNDAMENTOS DA FAMÍLIA MODERNA. – O reconhecimento do afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: um novo paradigma que informa e inspira a formulação do próprio conceito de família. Doutrina. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E BUSCA DA FELICIDADE.** – O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa – considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) – significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso país, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Doutrina. – O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. – Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte americana. Positivização desse princípio no plano do direito comparado. A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROTEÇÃO DAS MINORIAS. – A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito. – Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da

registrar que esse julgamento permitiu à corte suprema manifestar sua leitura da família brasileira na atualidade, momento no qual o tribunal não se furtou a discorrer sobre como se desenvolve a relação entre as relações familiares no plano dos fatos e o seu subsequente reconhecimento jurídico.

A percepção da transição paradigmática que se processa na família brasileira foi amplamente citada nas diversas manifestações dos Ministros, momento no qual emergiu o reconhecimento da afetividade como valor relevante ao Direito, o que foi uma constante. Ressalte-se, ainda, que não houve vozes em sentido contrário neste particular, ou seja, não se registrou qualquer manifestação de voto na Corte Suprema no sentido de que a afetividade seria estranha ao Direito, que não poderia ser valorada por não constar de forma expressa no ordenamento, que por ser um sentimento não se prestaria ao mundo jurídico, que a ausência de consenso sobre seu conteúdo a invalidaria como instituto, entre outras críticas que às vezes são postas ao reconhecimento jurídico do afeto.

Outro aspecto interessante dessa decisão é o fato de ter sido proferida apenas com base em uma hermenêutica contemporânea da legislação civil e da Constituição, permeada pela força dos fatos sociais, mas sem alteração legislativa recente expressa sobre o tema objeto de análise. Como restou expresso em muitos dos votos dos Ministros, é, inequivocamente, sinal de um momento pós-positivista do Direito<sup>740</sup>.

A par de diversos outros temas igualmente relevantes no julgamento das uniões homoafetivas (como a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas) restou possível perceber que o trato das relações familiares no presente leva à questão da valoração jurídica da afetividade. O fato de este reconhecimento

---

Constituição (o que lhe confere “o monopólio da última palavra” em matéria de interpretação constitucional), desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na Lei Fundamental do Estado. Precedentes. Doutrina.” [Grifei]

<sup>740</sup> “A decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal, de 4 de maio de 2011, acerca das famílias formadas por uniões homoafetivas (julgamento do ADI 427 e ADPF 132), suscita numerosas reflexões. Antes de mais nada, desfaz a falsa impressão, cristalizada no cotidiano da advocacia, de um Judiciário conservador. Afinal a Suprema Corte antecipou-se ao legislador para assegurar, na esteira de outros países, a liberdade para o estabelecimento de núcleos familiares compatíveis com a orientação sexual de seus integrantes, projetando para a vida privada os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da solidariedade.” (TEPEDINO, Gustavo. *Uniões de Pessoas do Mesmo Sexo e Teoria da Interpretação*. *Op. cit.*, p. v.

advir da Corte Superior pode reduzir as barreiras que são postas ao tratamento jurídico do tema, que ainda não são poucas.

Reflexo direto dessa decisão do STF (e outro elemento sinalizador deste momento vivido no direito de família) foi a subsequente decisão do Superior Tribunal de Justiça, proferida no REsp. 1.183.378/RS<sup>741</sup>, que permitiu a celebração de casamento entre pessoas do mesmo sexo. Na esteira do entendimento do STF, que permitiu o reconhecimento das uniões homoafetivas como uniões estáveis, o STJ entendeu possível, portanto, o prosseguimento da celebração de casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Nas palavras do Relator, Ministro Luis Felipe Salomão:

Agora, a concepção constitucional do casamento – diferentemente do que ocorria com os diplomas superados –, deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intemediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade.<sup>742</sup>

A decisão paradigmática do STF no caso das uniões homoafetivas, esse julgado do STJ permitindo o casamento de pessoas do mesmo sexo e as diversas decisões judiciais acima colacionadas evidenciam a profícua fase do direito de família brasileiro hodierno, o qual, entre outras importantes questões, faz emergir a valoração jurisprudencial atualmente conferida à afetividade.

Apesar de muitas decisões judiciais não citarem explicitamente seu reconhecimento como princípio, muitas delas deixam transparecer o caráter principiológico da afetividade, eis que sua incidência não é pontual e específica – como corrente no trato de regras, mas é possível notar sua utilização como verdadeiro mandamento de otimização, que pode ter maior ou menor amplitude de acordo com cada situação fática em apreço. O acolhimento da afetividade pela jurisprudência brasileira permite perceber sua aceitação como princípio implícito do direito de família, que se irradia nas diversas relações familiares, sempre que presente em determinada situação subjetiva.

---

<sup>741</sup> STJ. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.183.378/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, por maioria, j. em 25.10.2011. Julgamento de apenas uma das turmas do STJ, mas que pode indicar um novo caminho jurisprudencial a ser percorrido.

<sup>742</sup> Trecho do voto do ministro relator, Luis Felipe Salomão no REsp 1.183.378. Íntegra do voto disponível em: <[http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=2249](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=2249)>. Acesso em: 02 nov. 2011.

Quanto ao reconhecimento doutrinário, muito já foi dito a partir da análise detalhada da obra de quatro autores que contribuíram para a construção teórico-jurídica da afetividade jurídica: João Baptista Vilella, Guilherme de Oliveira, Luiz Edson Fachin e Paulo Luiz Netto Lôbo. A partir das sementes lançadas em suas obras, outros estudos foram sendo gradativamente apresentados.

Uma autora que argumenta em favor do reconhecimento jurídico da afetividade é Silvana Maria Carbonera (que enfrentou o tema quando apenas incipiente doutrina tratava do assunto e grande parte dela não via com bons olhos a valoração de um assunto tão abstrato pelo Direito), para ela, “o afeto, que começou como um sentimento unicamente interessante para aqueles que o sentiam, passou a ter importância externa e ingressou no meio jurídico”<sup>743</sup>. A autora relacionou a necessidade do reconhecimento jurídico do afeto com as transformações pelas quais passaram a família.

Contudo, após inúmeras transformações sociais, neste momento histórico, com os valores atualmente privilegiados, não é concebível que se mantenham os mesmos contornos de família. Assim sendo, foram valorizadas a dignidade, a igualdade e a liberdade, o que permitiu ao afeto ocupar maior espaço nas relações familiares contemporâneas.<sup>744</sup>

O que se percebeu foi um movimento da doutrina para que o Direito passasse a discorrer sobre este tema. Tanto é verdade que hodiernamente parte expressiva dos autores brasileiros trata da afetividade quando analisa o direito de família, visto que muitos dos seus temas acabam por remeter de algum modo à afetividade (ainda que sob o termo socioafetividade ou até mesmo com outros significantes que se refiram ao mesmo significado).

Hoje a discussão central se trava no sentido de averiguar se a afetividade pode ser tratada como princípio do direito de família ou não. Este é o ponto nodal do debate doutrinário. Nesse sentido, não é possível dizer que exista consenso na doutrina no acolhimento da tese principiológica, uma vez que grande parte dos autores ainda é refratária a tal tese. Apesar disso, é possível ver um movimento crescente de obras jurídicas que passam a admitir a afetividade como princípio implícito do direito de família.

---

<sup>743</sup> CARBONERA, Silvana Maria. O Papel Jurídico do Afeto nas Relações de Família. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando os Fundamentos do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 274.

<sup>744</sup> *Idem*, p. 309-310.

Atualmente é possível distinguir as principais correntes doutrinárias em três: a primeira sustenta expressamente a afetividade como princípio jurídico do direito de família<sup>745</sup>, a segunda reconhece a importância do afeto para a família, mas o restringe à categoria de valor relevante<sup>746</sup> (sem qualificá-lo como princípio); e a terceira repele explicitamente a perspectiva principiológica no trato da afetividade e argumenta, ainda, que o afeto não deve ser objeto do Direito<sup>747</sup>.

Com o intuito de ilustrar alguns dos defensores de cada uma das correntes descrevem-se autores representativos destas linhas teóricas e alguns dos principais argumentos postos. Para a primeira corrente, a afetividade é princípio do direito de família brasileiro, implícito em suas normas (para alguns até mesmo na Constituição), o que reflete sua centralidade nas relações familiares e deve ser observado. Entre os principais defensores desta corrente estão:

<b>Maria Helena Diniz</b>	“[...] princípio da afetividade, corolário do respeito da dignidade da pessoa humana, como norteador das relações familiares e da solidariedade familiar.” <sup>748</sup>
<b>Flávio Tartuce e José Fernando Simão</b>	Citam expressamente o princípio da afetividade e afirmam que “o afeto talvez seja apontado, atualmente, como o principal fundamento das relações familiares [...] a afetividade é um dos principais regramentos do Novo Direito de Família que desponta e que a parentalidade socioafetiva é uma tese que ganha força na doutrina e na jurisprudência.” <sup>749</sup>

<sup>745</sup> Conforme citado, um dos precursores dessa corrente doutrinária é Paulo Luiz Netto Lôbo. Em face da relevância de suas considerações, elas serão analisadas mais detidamente na próxima seção.

<sup>746</sup> Nesta categoria foram agrupados doutrinadores com diversos posicionamentos, sendo o traço comum apenas o reconhecimento da importância da afetividade no direito de família e sua não classificação expressa como princípio jurídico.

<sup>747</sup> Procurou-se agrupar as diversas opiniões sobre a controvérsia em três principais correntes apenas para viabilizar uma análise global da visão doutrinária, sem descuidar que há distinções pontuais entre os autores (o que, se consideradas, poderiam alargar as correntes em um número bem mais elevado). Há também autores que simplesmente não tratam detidamente da afetividade (ao menos expressamente) ao discorrer sobre os diversos temas do direito de família, como as lições de Carlos Alberto Bittar – que mesmo na sua obra atualizada não discorre sobre o afeto e suas consequências jurídicas (BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Família**. 2. ed., atualizada por Carlos Alberto Bittar Filho e Márcia Sguizzardi Bittar. Rio de Janeiro: Forense, 2006); Silvio Rodrigues, que também não verticaliza o assunto (RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 28. ed., rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004. Direito de Família, v. 6.); e Arnaldo Rizzardo, outro autor que não confere relevância expressa à afetividade (RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011). Como não contribuem para o debate ora em análise, não se discorrerá sobre as obras de direito de família que passam ao largo da temática afetividade (o que era mais intenso quando da análise do direito civil clássico, sob a égide da codificação de 1916, mas ainda restam presentes algumas obras com este perfil).

<sup>748</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 5: Direito de Família, p. 38.

<sup>749</sup> TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: direito de família**, v. 5. *Op. cit.*, p. 50-53.

<b>Giselle Groeninga</b>	Adota o perfil principiológico: “Cada vez mais se dá importância ao afeto nas considerações das relações familiares; aliás, um outro princípio do Direito de Família é o da afetividade.” <sup>750</sup>
<b>Caio Mário da Silva Pereira</b>	Na obra atualizada por Tânia da Silva Pereira, elenca expressamente a afetividade dentre os princípios de direito de família, fundamentando-o do seguinte modo: “O <i>princípio jurídico da afetividade</i> , em que pese não estar positivado no texto constitucional, pode ser considerado um princípio jurídico, à medida que seu conceito é construído por meio de uma interpretação sistemática da Constituição Federal (CF/88, art. 5º, § 2º); princípio é uma das grandes conquistas advindas da família contemporânea, receptáculo de reciprocidade de sentimentos e responsabilidades. Pode-se destacar um anseio social à formação de relações familiares afetuosas, em detrimento da preponderância dos laços meramente sanguíneos e patrimoniais. Ao enfatizar o afeto, a família passou a ser uma entidade plural, calcada na dignidade da pessoa humana, embora seja, <i>ab initio</i> , decorrente de um laço natural marcado pela necessidade de os filhos ficarem ligados aos pais até adquirirem sua independência e não por coerção de vontade, como no passado. Com o decorrer do tempo, cônjuges e companheiros se mantêm unidos pelos vínculos da solidariedade e do afeto, mesmo após os filhos assumirem suas independências. Essa é a verdadeira diretriz prelecionada pelo princípio da afetividade.” <sup>751</sup>
<b>Jorge Shiguemitsu Fujita</b>	Cita a afetividade como princípio jurídico. “A pós-modernidade traz a marca da maior sensibilidade e afetividade na relação paterno-materno-filial, a ponto de podermos, na atualidade, falar do afeto não mais como valor ético, mas também como valor ou princípio jurídico.” Em outra parte prossegue: “[...] Além de ser um sentimento ligado à nossa vida psíquica e moral, tendo, pois, um valor ético, o afeto também possui um valor jurídico” <sup>752</sup> .
<b>Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf</b>	Adere à corrente principiológica: “Também o princípio da afetividade permeia as relações familiares, pois se encontra diretamente jungido ao princípio da dignidade da pessoa humana. É o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida. Evidencia-se este princípio, mesmo não inserto diretamente no texto constitucional, tanto na forma de composição do núcleo familiar quanto na prevalência da paternidade socioafetiva, que, hoje, é muito comum entre os doutrinadores do Direito de Família.” <sup>753</sup>
<b>Rolf Madaleno</b>	Classifica a afetividade com princípio, eis que para ele, “[...] o afeto é mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana. A afetividade deve estar presente nos vínculos de filiação e de parentesco, variando tão somente na sua intensidade e nas especificidades do caso concreto. Necessariamente os vínculos consangüíneos não se sobrepõem aos liames afetivos, podendo até ser afirmada a prevalência desses sobre aqueles. O afeto decorre da liberdade que todo o indivíduo deve ter de afeiçoar-se um a outro, decorre das relações de convivência do casal entre si e destes para com seus filhos, entre os parentes, como está presente em outras categorias familiares, não sendo o casamento a única entidade familiar”. <sup>754</sup>

<sup>750</sup> GROENINGA, Giselle Câmara. Direito de Família. In: BARBOSA, Águida Arruda; VIEIRA, Claudia Stein (Orgs.). **Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 7, p. 28.

<sup>751</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 19. ed., rev. e atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Direito de Família, v. 5, p. 58-59.

<sup>752</sup> FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 16 e 108.

<sup>753</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas Modalidades de Família na Pós-Modernidade**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 43.

<sup>754</sup> MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4. ed., rev. atual. amp. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 95.



<b>Carlos Roberto Gonçalves</b>	Nonima o afeto como princípio da comunhão plena de vida baseada na afeição entre os cônjuges ou conviventes: “Tal dispositivo tem relação com o aspecto espiritual do casamento e com o companheirismo que nele deve existir. [...] Os novos rumos conduzem à família socioafetiva, onde prevalecem os laços de afetividade sobre os elementos meramente formais.” <sup>755</sup>
<b>Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho</b>	Reconhecem seu aspecto principiológico e também sua complexidade: “Todo o moderno Direito de Família gira em torno do princípio da afetividade. [...] Mas o fato é que o amor – a afetividade – tem muitas faces e aspectos e, nessa multifária complexidade, temos apenas a certeza inafastável de que se trata de uma força elementar, propulsora de todas as nossas relações de vida.” <sup>756</sup>
<b>Maria Berenice Dias</b>	Confere importância ímpar ao afeto que, para além de princípio, se constituiria em verdadeiro direito fundamental: “Com a consagração do afeto a direito fundamental, resta enfraquecida a resistência dos juristas que não admitem a igualdade entre a <b>filiação</b> biológica e a socioafetiva. O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais.” <sup>757</sup>
<b>Carlos Dias Motta</b>	Elabora extensa classificação dos princípios de direito de família, na qual inclui o da afetividade dentre os <i>princípios matrimoniais de natureza pessoal, relacionados aos filhos</i> : “O princípio da afetividade ganhou peso em confronto com outros, prevalecendo em algumas situações ou, mesmo não prevalecendo, limitando ou ajustando o peso dos princípios concorrentes. Veio, portanto, recolocar as coisas nos seus lugares, procurando reequilibrar as questões que envolvem o estabelecimento da paternidade.” <sup>758</sup>
<b>Guilherme Calmon Nogueira da Gama</b>	Reconhece o aspecto principiológico e ainda lhe confere índole constitucional: “Outro princípio constitucional específico de Direito de Família é o <b>princípio da afetividade</b> , que pode ser considerado hipótese de princípio constitucional implícito. Tal princípio também considerado como o da prevalência do elemento anímico da <i>affectio</i> nas relações familiares, pode ser extraído da interpretação sistemática e teleológica dos arts. 226, §§ 3º e 6º, 227, <i>caput</i> e § 1º, ambos da Constituição Federal.” <sup>759</sup>
<b>Rodrigo da Cunha Pereira</b>	Vincula a alteração no bojo da família ao subsequente reconhecimento da afetividade pelo Direito. Sua leitura destaca a modalidade de afeto que é relevante para o direito e a importância da diretiva principiológica: “Diante dessa nova estrutura, a família passou a se vincular e a se manter preponderantemente por elos afetivos [...] Para que haja uma entidade familiar, é necessário um afeto especial ou, mais precisamente, um afeto familiar, que pode ser conjugal ou parental.” E mais adiante ressalta a sua relevância como princípio: “Independente do embate entre velhas e novas concepções, assim caminha a família. Em outras palavras, a afetividade ascendeu a um novo patamar no Direito de Família, de valor e princípio. Isto porque a família atual só faz sentido se for alicerçada no afeto, razão pela qual perdeu suas antigas características: matrimonializada, hierarquizada, que valoriza a linhagem masculina, como já dissemos aqui várias vezes.” <sup>760</sup>

<sup>755</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6 – Direito de Família, p. 24.

<sup>756</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011. Direito de Família, v. VI, p. 87.

<sup>757</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 67.

<sup>758</sup> MOTTA, Carlos Dias. **Direito Matrimonial e seus princípios jurídicos**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 359.

<sup>759</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais do Direito de Família: família, criança, adolescente e idoso**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 82.

<sup>760</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores para o Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.179-180 e 190.

Como visto, a corrente doutrinária que advoga a defesa da afetividade como princípio no direito de família possui defensores que a sustentam por diversos aspectos, a maioria deles ligados à mudança paradigmática da família e das relações pessoais, às novas diretrizes constitucionais e às características atuais do direito de família.

Por outro lado, uma segunda corrente da doutrina trata do direito de família sem classificar a afetividade como princípio, mas a inclui como um valor relevante a ser observado, embora sem sua inclusão no rol dos princípios do direito de família. Traço característico desta corrente é que seus seguidores não argumentam contrariamente ao reconhecimento crescente que vem sendo conferido à afetividade, ao contrário, aderem à necessidade de sua observância pelo Direito. Dentre esses autores é possível arrolar:

<b>Fábio Ulhoa Coelho</b>	Após discorrer sobre a evolução histórica da família, percebe a relevância contemporânea da atual <i>função afetiva da família</i> : “A família, no ponto de chegada dessa história de perdas, parece finalmente destinar-se para sua vocação de espaço de afetividade. Nessa função, ela representa uma organização social insubstituível. Por enquanto.” <sup>761</sup>
<b>Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald</b>	Destacam a importância do afeto na família do novo milênio, mas o consideram um <i>valor jurídico tutelável</i> : “A família do novo milênio, ancorada na segurança constitucional, é <i>igualitária</i> , democrática e <i>plural</i> (não mais necessariamente casamentária), protegido todo e qualquer modelo de vivência afetiva e compreendida como estrutura socioafetiva, forjada em laços da solidariedade.” <sup>762</sup>
<b>Paulo Nader</b>	Reconhece o afeto presente nas relações familiares, mas não confere aspecto central ao tema: “Em sua formação mais comum – <i>união de casal para uma comunhão de vida</i> –, a família é uma instituição guiada pela ordem natural das coisas, pela natureza, e tem o seu curso ditado pelo afeto, instinto e razão. A necessidade de desenvolver a afetividade e o sexo aproxima os casais, proporcionando continuidade da espécie, mas é a razão, associada à experiência, que os orienta no planejamento da vida em comum, na criação e educação dos filhos.” <sup>763</sup>

<sup>761</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**: família, sucessões. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 5. p. 20.

<sup>762</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2. ed., rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 10.

<sup>763</sup> NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**: direito de família. 5. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 5, p. 6.

<b>Arnoldo Wald e Priscila M. P. Corrêa da Fonseca</b>	Não tratam a afetividade como princípio, embora citem o parentesco socioafetivo e destaquem a importância crescente que vem sendo conferida ao afeto nas relações parentais: “O afeto, com efeito, revela-se hoje muito mais significativo para o direito do que a mera ciência genética. Chega-se, atualmente, a afirmar que o registro de nascimento deve espelhar muito mais a verdade socioafetiva do que a biológica.” <sup>764</sup>
<b>Eduardo de Oliveira Leite</b>	Reconhece a relevância contemporânea do afeto e da socioafetividade, mas também não a define como princípio jurídico, mas é expresso ao constatar que “[...] no cenário de um novo Direito de Família que surge, pujante, viril e livre, não mais atrelado ao estéril formalismo, reprodutor de fórmulas ultrapassadas, mas vinculados às novas conquistas de um ser humano preocupado com a supremacia do afeto, da sensibilidade e do Amor.” <sup>765</sup>

Há ainda uma terceira corrente doutrinária, que argumenta expressamente contra a adoção da afetividade como princípio, sustentando que não deve ser tratada pelo Direito, muito menos sob esta relevante categoria. Alguns dos seus defensores são:

<b>Regina Beatriz Tavares da Silva</b>	É taxativa em repelir o reconhecimento jurídico da afetividade, menos ainda como princípio; discorrendo sobre o tema na análise do projeto de lei do Estatuto das Famílias (PL 2.285/2007, que traz o princípio da afetividade nas suas disposições, especificamente no seu art. 5º), onde assevera: “Note-se que o artigo em análise faz referência à solução ‘mais conveniente e oportuna’ e cita os princípios do próprio Estatuto, que são baseados na afetividade (art. 5º), o que é um sentimento e não um princípio de solução de conflitos jurídicos. [...] O afeto é relevante nas relações de família, mas não se pode olvidar que o direito de família tem embasamento em direitos e deveres e não em sentimentos e emoções, que a família brasileira é monogâmica, que não podem ser eliminadas as sanções pelo descumprimento dos deveres e pela violação aos direitos familiares sob pena de tais deveres e direitos serem transformados em meras recomendações, que a união estável merece toda a proteção jurídica, mas que sua natureza na constituição e na dissolução é diversa do casamento, e que o poder familiar dos pais é de extrema relevância na formação dos filhos. Não se pode esquecer que o direito serve à solução de conflitos, ainda mais quando estamos diante de relações de família, de modo que quando o conflito se instalou no seio de uma família, não existe mais afeto, sentimento que não oferece saída para os litígios já instalados.” <sup>766</sup>
<b>Marco Túlio de Carvalho Rocha</b>	Estende-se na crítica do que nomina como disseminação de uma “teoria do afeto”, eis que no seu entender não seria possível ao Direito assimilar o afeto, pois se trata simplesmente de um sentimento: “Um dado da bibliografia jurídica ligada à ‘teoria do afeto’ surpreende: a ausência de considerações sobre o conceito de ‘afeto’. Uma maior ênfase no conteúdo teórico do ‘afeto’ era de se esperar numa doutrina que pretende tê-lo como núcleo do direito de família. A necessidade de estudar o significado de ‘afeto’ torna-se ainda maior se se tem em conta a ambivalência do termo: na linguagem comum, o afeto é sinônimo de carinho, simpatia, amizade, ternura, amor; na Filosofia e na

<sup>764</sup> WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da; **Direito Civil**: direito de família. 17. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5, p. 2.

<sup>765</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 5: Direito de Família, p. 195.

<sup>766</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 2: Direito de Família – atualizada por Regina Beatriz Tavares da Silva. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 35 e 43.

	<p>Psicologia, contudo, possui significado bem diferente: é sinônimo de sentimento, emoção, paixão. [...] Uma vez que no sentido filosófico-científico 'afeto' tem consonância com 'sentimento', o Direito não pode ser chamado a protegê-lo incondicionalmente, uma vez que muitas de suas manifestações contrariam os valores fundamentais da ordem jurídica. Além disso, o Direito somente regula a conduta humana exteriorizada."<sup>767</sup></p>
<b>Roberto Senise Lisboa</b>	<p>Também repele a concessão de juridicidade à afetividade (ou afeição, como prefere): "Analisada em seu sentido estrito, a afeição não é um dever legal estabelecido para cada membro da família. De fato, não há como obrigar uma pessoa a ter apreço pela outra. A afeição é um sentimento que se tem em relação à determinada pessoa ou a algum bem. Afeiçãoar-se significa identificar-se, ter afeto, amizade ou amor. Os membros de uma família, em sua maioria, possuem laços de afeição uns com os outros. Entretanto, isso não é uma realidade absoluta. Há entidades familiares desgraçadas por inimizades capitais e por relacionamentos praticamente nulos, ora, nenhuma pessoa pode ser compelida a afeiçãoar-se a outra, pouco importando se há entre elas algum parentesco ou não. Bom seria se todos tivessem afeto uns pelos outros, cumprindo assim o mandamento bíblico e de outras religiões não cristãs. Todavia, a complexidade das relações interpessoais muitas vezes leva a situações que impedem ou mesmo enfraquecem esse nível de relacionamento. E não há qualquer poder temporal capaz de modificar esse quadro, compelindo uma pessoa a se afeiçãoar a outra. [...] No seu sentido lato, a afeição e o respeito possuem, conforme definido, um sentido diferente. Não são propriamente critérios jurídicos a serem utilizados para a fundamentação de solução jurídica dada a um problema familiar."<sup>768</sup></p>
<b>Gustavo Tepedino</b>	<p>Reconhece a relevância da afetividade nos relacionamentos familiares, discorrendo sobre o tema, mas também não a vê como princípio jurídico: "Nos escombros da desconstituição da família inexistem certamente amor e afeto – que, de resto, não se constituem em princípios jurídicos e, por isso mesmo, carecem de força coercitiva."<sup>769</sup></p>

Os argumentos contrários à consideração da afetividade como princípio citam o fato de o afeto ser um sentimento (o que impediria sua apreensão pelo Direito), a constatação de que é constante nas relações familiares justamente a falta de afeto (o que inviabilizaria conferir à afetividade qualquer papel central), a ausência de objetividade do tema que permita seu tratamento nos litígios jurídicos (eis que até mesmo possui outro sentido em outras ciências) e, ainda, a ausência de um conceito jurídico de afeto. Em que pese a profundidade e relevância dos questionamentos, não parecem, de per se, inviabilizar por completo a construção de uma categoria principiológica da afetividade.

<sup>767</sup> ROCHA, Marco Túlio Carvalho. **O Conceito de Família e Suas Implicações Jurídicas**: teoria sociojurídica do direito de família. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 61.

<sup>768</sup> LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 5: direito de família e sucessões, p. 46.

<sup>769</sup> TEPEDINO, Gustavo. Bases Teóricas Para o Novo Direito de Família. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, Padma, v. 23, jul./set. 2005, p. iv.

Um maior aprofundamento do que se entende por afetividade jurídica pode, de alguma forma, contribuir para a superação destes obstáculos. De todo modo, merecem atenção os questionamentos lançados (muitos repisados por diversos autores), mas parece que não inviabilizam a valoração do afeto pelo Direito, desde que superados alguns dos empecilhos acima postos.

A afetividade jurídica que ora se sustenta não resta apegada às questões de sentimento ou meramente subjetivas, mas sim se refere a fatos que externem determinadas relações intersubjetivas, nas quais, em vista disso, seria presumida a manifestação afetiva subjetiva<sup>770</sup>. A constante falta de afeto também não se mostraria como óbice à sua utilização pelo Direito, pois é usual que muitos dos institutos jurídicos sejam inobservados na realidade fática (sem que isso afete seu uso pelo Direito). O que importa, nestes casos, é prever claramente quais as consequências dessas condutas (que podem ser distintas, conforme a situação em pauta)<sup>771</sup>. Finalmente, a alegação de falta de objetividade do conceito também não é exclusividade da afetividade (eis que diversos outros assuntos tratados pelo Direito são também profundamente subjetivos) e pode ser minimizada com os contributos da doutrina e da jurisprudência.

Sem adentrar nos pormenores da discussão neste momento (o que se fará na seção seguinte), resta possível concluir momentaneamente que o reconhecimento jurídico da afetividade pelo direito de família possui amplo respaldo jurisprudencial e doutrinário, o que permite sua assimilação e valoração pelo sistema jurídico. As críticas lançadas à perspectiva principiológica merecem atenção e reflexão, entretanto, não parecem ser intransponíveis, eis que muitas delas apontam não uma incompatibilidade ontológica, mas uma falta de sustentação ou maior esclarecimento nesse sentido<sup>772</sup>.

---

<sup>770</sup> Conforme será exposto mais detidamente na próxima seção.

<sup>771</sup> Exemplificando: o fato de o Código Civil fazer constar em seu texto a cláusula da boa-fé, não significa que inexistia má-fé na sociedade, ou seja, que a boa-fé imperava em todas as relações, e por isso foi adotada pelo direito. Longe disso. Mesmo com sua presença no ordenamento há vários anos e sua utilização diária pelos juristas, isso não indica que inexistam casos de ausência de boa-fé, sendo esta justamente uma das finalidades e utilidades do instituto. Do mesmo modo, o simples fato de inexistir afetividade em muitas das relações, tal circunstância não pode, de per si, constituir óbice para a sua introdução no discurso jurídico.

<sup>772</sup> “Porém, o reconhecimento da vinculação dos particulares à Constituição suscita um risco que não pode ser ignorado: o de imposição às pessoas, supostamente em nome de valores constitucionais, de comportamento e estilos de vida que elas próprias rejeitam, em detrimento da sua liberdade existencial. Para dar um exemplo bem tosco, seria terrível se o Direito, em nome do princípio da solidariedade social, pudesse impor às pessoas que demonstrassem afetos e

O breve percurso descrito demonstrou que doutrina e jurisprudência tiveram um papel fundamental na construção da categoria jurídica da afetividade no sistema brasileiro, uma vez que muito antes de qualquer dispositivo legislativo expresso já reconheciam a afetividade em diversos casos.

Resta ainda não pacificada, efetivamente, a qualificação da afetividade como princípio jurídico, visto que há ainda dissenso doutrinário e jurisprudencial sobre o tema. É possível, em certo aspecto, até mesmo concordar com a crítica que alega que o tratamento conceitual doutrinário e jurisprudencial até o momento conferido à afetividade não reflete a importância que pretendem lhe conferir no sistema. Ainda assim, em que pese parte expressiva da doutrina não se estenda sobre as justificativas e sobre os contornos da categoria jurídica cabível à afetividade, é possível notar um número crescente de autores que passa a classificá-la como princípio jurídico.

A expressiva manifestação da afetividade nos relacionamentos familiares do meio social, seu gradativo tratamento legislativo e o seu paulatino reconhecimento doutrinário e jurisprudencial permitem aderir à corrente que entende a afetividade como princípio jurídico do direito de família brasileiro contemporâneo. A partir da sua força representativa no “mundo dos fatos”, passando pela sua presença cada vez mais marcante no “mundo do direito”, é possível vislumbrar densidade jurídica que confira ares principiológicos à afetividade no nosso sistema.

Ante a alegação de parte da doutrina que não restam claros os conceitos, conteúdo e balizas inerentes à afetividade, o que deve servir mais como alerta do que como óbice, cumpre discorrer sobre alguns destes aspectos na tentativa de contribuir com o debate.

---

sentimentos que elas não possuem genuinamente. Ou se, em nome da isonomia, pretendesse interferir nas escolhas subjetivas e emocionais que os indivíduos fazem nas suas vidas privadas. A Constitucionalização, neste sentido, poderia converter-se num pretexto para o exercício de um paternalismo anti-liberal, em que pessoas seriam forçadas a conformarem-se às expectativas sociais forçadas a partir de pautas de ação ‘politicamente corretas’, com apoio na Constituição. (SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Op. cit.*, p. 145).

### Seção III. Limites e possibilidades: problematizando os contornos e o substrato do princípio jurídico da afetividade

A afetividade como princípio jurídico do direito de família é uma citação cada vez mais constante, o que se percebe intensamente nos últimos anos no direito brasileiro, conforme anteriormente verificado. Inicialmente cabe registrar que a escolha preferencial pelo termo *afetividade* é recente, de modo que vasta doutrina muitas vezes se utiliza de outros significantes para se referir ao mesmo significado. Diversas referências a amor, afeição, paixão, carinho afeto, *affectio*, 'paternidade/verdade sociológica', socioafetividade, 'parentesco social' podem, muitas vezes, ser tidas como referentes ao que se está a adotar como afetividade. Uma padronização terminológica poderia facilitar a compreensão do tema e viabilizar uma construção conceitual mais consentânea.

No pertinente ao Direito, é possível sustentar que o termo que melhor reflete o conjunto de fatores que estas relações pessoais visam externar é o denominador *afetividade*<sup>773</sup>, no sentido de expressar manifestações que indiquem a existência de afeto intersubjetivo. Sua apresentação no meio social, portanto, restaria representada pelo significante *socioafetividade*. As constantes remissões doutrinárias e jurisprudenciais parecem corroborar esta opção, de modo que a familiaridade com o que o termo *afetividade* adquiriu entre os juristas é outro fator a ressaltar sua preferencial adoção.

Como visto nos capítulos anteriores, é possível dizer que há respaldo doutrinário, legal e jurisprudencial a embasar o argumento em favor de leitura principiológica da afetividade (ainda que existam vozes em sentido contrário). Apesar disso, para o bem do próprio princípio, parece prudente verificar quais seriam as balizas que o delimitariam, de modo a evitar que sua abertura extrema acabe por inviabilizá-lo ou enfraquecê-lo. Dito de outro modo, mesmo com um tema sabidamente subjetivo, há que se demarcar objetivamente seus limites jurídicos, para que possa ser considerado efetivamente uma categoria do direito.

---

<sup>773</sup> Seu significado comum e o sentido geral para a psicologia podem ser vistos no verbete *afetividade* do Dicionário Aurélio: "afetividade. [De *afetivo* + (*i*)*dade*.] **S. f. 1.** Qualidade ou caráter de afetivo. **2. Psic.** Conjunto de fenômenos psíquicos que se manifestam sob a forma de emoções, sentimentos e paixões, acompanhados sempre de impressão de dor e prazer, de satisfação ou insatisfação, de agrado ou desagrado, de alegria ou tristeza." (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI**: o dicionário da língua portuguesa. 3. ed., rev. e amp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 62)

Não parece haver qualquer óbice intransponível em tal tarefa, eis que há muito o Direito assimila termos comuns a outras áreas, eminentemente subjetivos, e lhes confere um recorte jurídico, com definições que permitam sua utilização na lógica e racionalidade do sistema. Essa conceituação jurídica não exclui a que lhes conferem outras áreas, que seguem com sua autonomia própria, nem mesmo impede o contato interdisciplinar quando necessário. As definições das balizas jurídicas pela doutrina e jurisprudência viabilizam o uso pelos operadores do direito a partir de então.

Exemplo disso pode ser tido pelo conceito de *dignidade da pessoa humana*, que certamente não é termo exclusivo dos juristas e menos ainda pode ser dito que tenha sido criado por eles<sup>774</sup>. Mesmo assim, a relevância que o tema assumiu o fez aportar no “mundo do direito”, com uma leitura jurídica que viabilizou sua utilização<sup>775</sup>. Ou seja, o fato de este ser um tema muito caro à filosofia e à religião não impediu que o Direito o acolhesse e lhe concedesse uma definição jurídica<sup>776</sup>. Não se pode negar a subjetividade inerente a um termo como “dignidade da pessoa

<sup>774</sup> “Sobre a dignidade da pessoa humana pode-se afirmar que – no sentido em que é compreendida contemporaneamente como princípio fundamental de que todos os demais princípios derivam e que norteia todas as regras jurídicas – não foi constituída como valor fundamental desde os primórdios da história. Ou seja, não derivou de algum direito ideal constituído previamente ao ordenamento jurídico e válido perenemente. Ao contrário, a sua validade e eficácia, como norma que foi elevada acima das demais regras e princípios, derivam da necessidade própria da sua integração e sua proteção nos sistemas normativos.” (FACHIN, Luiz Edson. **Direitos da personalidade no Código Civil Brasileiro**. In: \_\_\_\_\_. **Direito Civil – direito patrimonial e direito existencial**. São Paulo: Método, 2006. p. 631)

<sup>775</sup> “Em outras palavras, a interposição de princípios constitucionais nas vicissitudes das situações jurídicas subjetivas está a significar uma alteração valorativa do próprio conceito de ordem pública, tendo na dignidade da pessoa humana o maior valor, posto ao ápice do ordenamento. Se a proteção aos valores existenciais configura momento culminante da nova ordem pública instaurada pela Constituição, não poderá haver situação jurídica subjetiva que não esteja comprometida com a realização do programa constitucional.” (TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Tomo II. *Op. cit.*, p. 42)

<sup>776</sup> “Enquanto princípio de matriz constitucional, o postulado da dignidade humana impõe ao Estado, pelo menos, três ordens distintas de postura a fim de emprestar a conseqüente e radical eficácia aos direitos fundamentais. Primeiramente, condena, com a mácula da inconstitucionalidade, os atos estatais atentatórios a tal princípio. Além disso, impõe ao Poder Público o dever de se abster de praticar atos que desafiem o valor maior da dignidade da pessoa humana. Por fim, induz a que os órgãos e autoridades competentes, em todos os níveis do governo, e no exercício de suas de suas constitucionais e apropriadas competências, adotem iniciativas conducentes à eliminação das desigualdades sociais e que promovam condições sociais e econômicas propícias à existência digna de todos os seres humanos sujeitos à circunscrição da soberania do Estado. Em suma, ao impregnar todas as formas de atuação do Estado, esse princípio culminante da ordem constitucional democrática e solidarista exerce um papel ao mesmo tempo suasório e dissuasório dos comportamentos das instâncias públicas. Por ser uma categoria aberta e abrangente, aplicável tanto às relações das esferas pública quanto às situações da vida privada, a dignidade humana há de ser considerada o *princípio dos princípios constitucionais*.” (CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Dignidade da pessoa humana: o princípio dos princípios constitucionais*. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Orgs.). **Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 161)



humana”, nem por isso restou inviável seu uso pelo Direito, que hoje é pacífico e usual<sup>777</sup>.

O mesmo pode ser dito da questão da solidariedade<sup>778</sup>, tema que pode receber vastas conceituações, sobre diferentes aspectos e áreas do conhecimento. Novamente está longe de ser um termo criado ou de uso exclusivo do Direito, entretanto, diversos ordenamentos (inclusive nossa Constituição) trabalham tranquilamente com o princípio jurídico da solidariedade<sup>779</sup>. Nem se diga que não há subjetividade e dificuldade de assimilação no que se entende por solidariedade de modo geral, ainda mais se levado ao entendimento do que cada pessoa tem de solidariedade. Ainda assim é corrente que o seu significado para o Direito é o significado jurídico, apurado de acordo com a coerência de cada sistema.

Outro exemplo pode ser verificado no próprio direito civil com a noção de boa-fé<sup>780</sup>, termo de subjetividade evidente, que é utilizado por diversas áreas há muito tempo e, é possível dizer, não há consenso entre as pessoas comuns sobre o que signifique. A primeira impressão que advém da expressão “boa-fé” traz consigo a percepção de que haveria um aspecto volitivo que seria traduzido na apuração da presença do que se entende por “má-fé”. Entretanto, o Direito compreendeu relevante e cabível sua inclusão no ordenamento, enfrentou isso e resolveu a

---

<sup>777</sup> Em entrevista concedida no dia 04.11.2011, o constitucionalista Luis Roberto Barroso afirmou que o termo dignidade da pessoa humana “é um dos mais ambíguos no direito atual”. Em decorrência disso, desenvolveu pesquisa no primeiro semestre de 2011, como pesquisador visitante na Universidade de Harvard, para procurar aclarar o seu significado. (Entrevista concedida ao jornal Gazeta do Povo, edição do dia 04 de novembro de 2011. disponível em <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?tl=1&id=1188332&tit=O-conceito-da-dignidade-humana-e-um-dos-mais-ambiguos-no-Direito>>. Acesso em: 05 nov. 2011)

<sup>778</sup> “Solidariedade significa um vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e autodeterminado que nos compele a oferecer ajuda, enquanto se apoia na similitude de certos interesses e objetivos de forma a, não obstante, manter a diferença entre os parceiros na solidariedade.” (DENNINGER, Erhard. “Segurança, diversidade e solidariedade” ao invés de “liberdade, igualdade e fraternidade”. *Op. cit.*, p. 36)

<sup>779</sup> “O abandono da perspectiva individualista, nos termos em que era garantida pelo Código Civil, e sua substituição pelo princípio da solidariedade social, previsto constitucionalmente, acarretou uma profunda transformação no âmago da própria lógica do direito civil – que se faz notar nas mais recônditas minudências do sistema.” (MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. *Op. cit.*, p. 255)

<sup>780</sup> “A boa-fé é uma cláusula geral cujo conteúdo é estabelecido em concordância com os princípios gerais do sistema jurídico (liberdade, justiça e solidariedade, conforme está na Constituição da República), numa tentativa de concreção em termos coerentes com a racionalidade global do sistema. O conceito é unitário para os diversos ramos do Direito Civil, assim como para o direito privado e o público, alterando-se apenas a predominância de uma ou outra norma reguladora, de acordo com a matéria. Para as relações de consumo, aparece com maior destaque o princípio de proteção do consumidor (art. 170, V, da CF), fundado na solidariedade e justiça social.” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 14, p. 24, abr./jun. 1995)

questão com parcimônia e equilíbrio<sup>781</sup>. Nem mesmo o fato de a origem do termo advir de regras morais impede seu uso pelo Direito<sup>782</sup>, visto que como assevera Teresa Ancona Lopez “o princípio da boa-fé, apesar de ter como fundamento regra moral, se impõe indubitavelmente como regra jurídica fundamental no direito contemporâneo”<sup>783</sup>. Inequivocamente há um conceito jurídico do significado de boa-fé, tanto é que muitos juristas passaram a centrar sua análise no que denominaram boa-fé objetiva.

O que se pretende sustentar é que não há impedimento na utilização pelo Direito de um tema apenas pelo fato de ele ser utilizado por outras áreas ou possuir uma noção enraizada na sociedade que possa não ser unívoca. Por outro lado, também não há impossibilidade de captação de um conceito que possa possuir uma subjetividade inicial, pois o Direito pode lhe conferir uma definição jurídica que lhe conceda a objetividade que entenda necessária. Os casos acima citados auxiliam a corroborar o argumento<sup>784</sup>.

<sup>781</sup> “Tanto no direito brasileiro como no direito comparado, a boa-fé objetiva provoca substanciais modificações no direito obrigacional, flexibilizando e, em certos casos, afastando o princípio da autonomia da vontade.” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 517)

<sup>782</sup> Até porque, não se sustenta mais a separação absoluta entre direito e moral: “Esta combinação de objetivos de política estatal constitucionalizados com expectativas constitucionalizadas direcionadas aos cidadãos e a concomitante tentativa de ligar promessas relativas com performance a uma função ou situação social concreta trazem à tona, no nível do sistema constitucional, uma transição: de um sistema de regras ‘limitativas’ – que repousa sua maior parte sobre a separação entre a moral e o direito – para um sistema de normas dinâmico, teleologicamente orientado e moralmente exigente”. (DENNINGER, Erhard. “Segurança, diversidade e solidariedade” ao invés de “liberdade, igualdade e fraternidade”. *Op. cit.*, p. 37)

<sup>783</sup> LOPEZ, Teresa Ancona. Princípios Contratuais. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). **Contratos Empresariais: Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 41-42.

<sup>784</sup> Ademais, conforme visto nos capítulos iniciais deste trabalho, a mentalidade da *pós-modernidade* abandonou a busca pela segurança, certeza e objetividade que era o objetivo da mentalidade característica da modernidade. Uma certa dose de subjetividade inerente a alguns institutos jurídicos pode até mesmo facilitar o trabalho do jurista como intérprete das complexas relações contemporâneas. Para Erik Jayme, uma das características da cultura pós-moderna a influenciar o direito seria justamente um *retorno dos sentimentos*, de modo que o reconhecimento jurídico da afetividade estaria de acordo com tais premissas: “Por fim, a quarta característica da cultura pós-moderna a afetar a ciência do direito é o que Jayme denomina ‘*retour des sentiments*’. Seria, de um lado, a volta de uma certa ‘emocionalidade’ no discurso jurídico; de outro lado, é o imponderável, a procura de novos elementos sociais, ideológicos, religiosos e/ou fora do sistema, que passam a incluir a argumentação e as decisões jurídicas, criando forte insegurança e imprevisibilidade quanto à solução a ser efetivamente encontrada.” (MARQUES, Claudia Lima. Direito na Pós-Modernidade e a Teoria de Erik Jayme. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de (Org.). **Faces do Multiculturalismo: Teoria – Política – Direito**. Santo Ângelo: Ediuri, 2007. p. 29)

Há, ainda, que se ressaltar que a percepção da *historicidade* e da *relatividade* dos institutos jurídicos é de conhecimento corrente na atualidade<sup>785</sup>, o que é mais presente e intenso ainda quando se trata de temas tão próximos à sociedade como o direito de família<sup>786</sup>. Ou seja, tais características são inerentes aos próprios institutos jurídicos, de modo que não podem, nem de longe, ser utilizadas como argumentos para obstar o uso de algum valor por parte do Direito<sup>787</sup>.

Esses argumentos parecem afastar muitos dos óbices que são postos à utilização da afetividade pelo Direito, eis que não se utilizará a definição da filosofia, da psicologia ou da psiquiatria, embora estas possam fornecer alguns elementos, mas, mesmo que se parta de uma análise interdisciplinar, se aportará sempre em uma conceituação jurídica. Para tornar claro, sustenta-se que se adjective a afetividade para que seja utilizada pelos juristas: sempre que se falar de afetividade para fins legais se estaria fazendo remissão a uma **afetividade jurídica**: “o que interessa, e é seu objeto próprio de conhecimento, são as relações sociais de natureza afetiva que engendram condutas suscetíveis de merecerem a incidência de normas jurídicas. Esse é o mundo da cultura, que é o mundo do direito<sup>788</sup>”.

Com tal proceder, o afeto continuaria sendo um sentimento que as pessoas sentem e manifestam de diversos modos, o desafeto restaria presente (eis que é o outro lado do próprio afeto), as outras áreas seguiriam com suas definições sobre a afetividade, mas, quando se tratasse do tema juridicamente, ter-se-ia a nítida percepção de que se fala do conceito jurídico que é concedido à afetividade. Este

<sup>785</sup> Conforme exposto no Capítulo I deste trabalho, particularmente na Seção II intitulada “Vicissitudes do Direito na tutela da família”.

<sup>786</sup> O que era sustentado por Orlando Gomes ao tratar do próprio direito de família: “Há que ressaltar, em primeiro lugar, sua *historicidade*. Realmente, é válida a tese de impossibilidade de se atribuir ao conceito de família um valor atemporal. Em termos simples: trata-se de um termo que varia no tempo, refletindo as mudanças que atestam ou confirmam sua evolução no terreno jurídico. [...] Há que salientar, em seguida, sua *relatividade*. A idéia que se faz da família é condicionada à posição ideológica de observador e à dimensão que, para ele, tem sua problemática sob o aspecto moral e sociológico.” (GOMES, Orlando. **O Novo Direito de Família**. *Op. cit.*, p. 61-62)

<sup>787</sup> “A crítica à constitucionalização do Direito Civil com base em suposto prejuízo à precisão conceitual e à autonomia das disciplinas é fetichização de uma racionalidade sistêmica fechada, que encara o direito como realidade ontológica e um fim em si mesmo, e não como instrumento para o atendimento de demandas impostas para a concretização da dignidade da pessoa humana.” (RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; FACHIN, Luiz Edson. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 99)

<sup>788</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Socioafetividade em Família e a Orientação do Superior Tribunal de Justiça. *Op. cit.*, p. 645.

esclarecimento afasta algumas das críticas que são postas à utilização da afetividade pelo Direito e, ademais, não parece que seja inovador ou sequer progressista<sup>789</sup>.

Restando possível, portanto, a utilização, pelo Direito, da afetividade como categoria jurídica, a quem caberia definir seu conteúdo? Como corrente na teoria geral do direito, caberá à doutrina, legislação e jurisprudência definirem o que determinado sistema jurídico compreende por aquele significante. Consequência disso é que cada sistema jurídico pode conceder um contorno próprio à determinada expressão<sup>790</sup>.

Na esteira desses argumentos, o que se defende é que muito mais do que procurar negar a possibilidade de utilização da afetividade como categoria jurídica, em face de sua subjetividade e relatividade, doutrina e jurisprudência devem passar a contribuir para a construção sólida de sua conceituação. A farta remissão anteriormente descrita parece suficiente para indicar isso. Parte da doutrina brasileira sustenta a afetividade como princípio há mais de uma década; a jurisprudência vem dando sinais de seu acolhimento de forma crescente, e até mesmo a legislação recente passou a utilizá-la como critério objetivo em temas relevantes do direito de família. Em consequência, parece que o melhor caminho a seguir é se debruçar sobre o tema e lhe fornecer as balizas jurídicas.

Um autor que possui consistente proposta neste sentido é Paulo Luiz Netto Lôbo, na qual esclarece o recorte jurídico que apresenta, o distingue de outras áreas<sup>791</sup> e ainda classifica a afetividade como princípio. Sua análise parte da distinção da afetividade como fenômeno social da sua leitura como fenômeno jurídico (o que já responde a muitas das críticas que lhe são postas):

---

<sup>789</sup> Isto porque, conforme visto, é prática há muito adotada pelo Direito com diversos outros temas e expressões sem que as dificuldades existentes impeçam sua leitura jurídica.

<sup>790</sup> O que se defende é que, por exemplo, a noção do significado de dignidade da pessoa humana no Brasil, de acordo com nosso sistema jurídico, pode ser diverso do que se entende sobre o mesmo significante na Suécia, no Canadá ou na Arábia Saudita, sem qualquer prejuízo à sua utilização. Mesmo que se parta de uma base comum, cada ordenamento contribuirá para o contorno final de certo termo jurídico. As balizas de cada sistema jurídico influenciarão na definição do conteúdo e do papel dos institutos jurídicos.

<sup>791</sup> “A afetividade familiar é distinta do vínculo de natureza obrigacional, ou patrimonial, ou societário. Na relação familiar não há fim econômico, cujas dimensões são sempre derivadas (por exemplo, dever de alimentos, ou regime matrimonial de bens), nem seus integrantes são sócios ou associados.” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Socioafetividade em Família e a Orientação do Superior Tribunal de Justiça. *Op. cit.*, p. 647)

O termo 'socioafetividade' conquistou as mentes dos juristas brasileiros, justamente porque propicia enlaçar o fenômeno social com o fenômeno normativo. De um lado há o fato social e de outro o fato jurídico, no qual o primeiro se converteu após a incidência da norma jurídica. A norma é o princípio jurídico da afetividade. As relações familiares e de parentesco são socioafetivas, porque congrega o fato social (*socio*) e a incidência do princípio normativo (*afetividade*)<sup>792</sup>.

Com essa definição, as relações familiares afetivas restam reconhecidas pelo direito, principalmente pela incidência do princípio da afetividade. A compreensão da relação entre a manifestação fática socioafetiva e sua classificação jurídica permite uma distinção que evita alguns embaraços no trato do assunto que, no fundo, inexistem. Em consequência desta classificação, o princípio teria, no campo do direito, uma diretriz de dever jurídico<sup>793</sup>. Essa percepção permite afastar qualquer confusão entre o afeto como sentimento do trato pelo direito da afetividade jurídica:

A afetividade, como dever jurídico, não se confunde com a existência real do afeto, porquanto pode ser presumida se a este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. O dever jurídico da afetividade entre pais ou filhos apenas deixa de haver com o falecimento de um dos sujeitos ou se houver perda do poder familiar ou autoridade parental. Na relação entre cônjuges ou companheiros, o princípio da afetividade incide enquanto houver afetividade real, pois esta é pressuposto da convivência. Até mesmo a afetividade real, sob o ponto de vista do direito, tem conteúdo conceptual mais estrito (o que une duas pessoas com objetivo de constituição de família) do que o empregado nas ciências da psique, na filosofia, nas ciências sociais, que abrange tanto o que une quanto o que desune (amor e ódio, afeição e desafeição, sentimentos de aproximação e de rejeição). Na psicopatologia, por exemplo, a afetividade é o estado psíquico global com que a pessoa se apresenta e vive em relação às outras pessoas e aos objetos, compreendendo 'o estado de ânimo ou humor, os sentimentos, as emoções e as paixões e reflete sempre a capacidade de experimentar sentimentos e emoções'. Evidentemente que essa compreensão abrangente do fenômeno é inapreensível pelo direito, que opera selecionando os fatos da vida que devem receber a incidência da norma jurídica.<sup>794</sup>

<sup>792</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Socioafetividade em Família e a Orientação do Superior Tribunal de Justiça. *Op. cit.*, p. 646-647.

<sup>793</sup> "A afetividade, por seu turno, é dever jurídico a que devem obediência pais e filhos, em sua convivência, independentemente de haver entre eles afeto real. Como veremos, a afetividade não se confunde com o fato psicológico ou anímico do afeto, pois aquela, diferentemente deste, é um dever-ser e não apenas um ser". (LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Socioafetividade no Direito de Família: a persistente trajetória de um conceito fundamental. *Op. cit.*, p.455)

<sup>794</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Socioafetividade em Família e a Orientação do Superior Tribunal de Justiça. *Op. cit.*, p. 646-647.

Diversas são as consequências de uma leitura da afetividade como a acima descrita. Uma que parece implícita em seus termos, mas é merecedora de destaque, é a **dupla face do princípio da afetividade**. A primeira delas é voltada para os que já possuem algum vínculo familiar estabelecido, reconhecido pelo sistema (parental, de conjugalidade<sup>795</sup> ou de qualquer união familiar); para estas pessoas reflete a **face de dever jurídico** (ou seja, uma imposição conferida pelo princípio neste sentido). Já a segunda face é voltada para pessoas que não possuam vínculo familiar já reconhecido pelo direito, para as quais a reflete a **face geradora de vínculo familiar**, pela qual consubstanciaria uma relação de parentalidade ou de conjugalidade, aspecto, que englobaria a noção da *posse de estado* (seja de filho, seja do estado de casados/companheiros, seja de outra relação parental<sup>796</sup>). Ou seja, para as pessoas que não possuam qualquer relação de parentalidade ou de conjugalidade estabelecida prevalecerá, inicialmente, a *face geradora de vínculo familiar do princípio da afetividade*, pela qual se verificará se as relações fáticas subjacentes àquela relação são suficientes para caracterizar um liame jurídico (seja parental ou de qualquer relação conjugal ou de união livre).

Obviamente que, após a configuração de uma relação pela incidência da face do princípio da afetividade geradora de vínculo familiar, incidirá para as pessoas envolvidas, a partir de então, a outra face do princípio, ou seja, o dever jurídico de afetividade. Como visto, as duas faces do princípio não se confundem e não são

<sup>795</sup> Nestas relações se compreendem não apenas as relações matrimoniais, mas todas as uniões livres (homo ou heteroafetivas) de algum modo reconhecidas pelo sistema jurídico.

<sup>796</sup> Uma única divergência com trecho do conceito de Paulo Lôbo seria quando o autor afirma que “Na relação entre cônjuges ou companheiros, o princípio da afetividade incide enquanto houver afetividade real, pois esta é pressuposto da convivência.” Não parece esclarecedora a relação da forma como posta, em que pese correto o conteúdo. A possível imputação de circularidade na afirmação, bem como o risco de remeter ao afeto anímico, permite sugerir a substituição do termo “afetividade real” por outro. Com o mesmo sentido, prefere-se uma expressão que indique que “na relação entre cônjuges e companheiros, o princípio jurídico da afetividade incide, **com sua face de dever jurídico, sempre que reconhecida uma relação de conjugalidade (incluindo uniões livres)**”. Esta expressão pretende deixar menor margem a questionamentos, substituindo o termo “afetividade real” que pode levar a dúvidas e trazer problemas (como a questão de se perguntar, a *contrario sensu*, se existiria, portanto, uma afetividade que não seria real). Para evitar isso, se sugere a substituição da expressão “afetividade real” por “sempre que reconhecida uma relação de conjugalidade”. Outra sugestão se refere à substituição do termo “enquanto” do conceito, eis que o próprio autor admite que o dever de afetividade entre cônjuges e companheiros pode se estender para além do período da relação (portanto, além do período de manifestação da “afetividade real”). Entende-se que a expressão “sempre que reconhecida uma relação” é suficiente, pois poderia deixar o seu término para a análise do caso concreto. Ou seja, transmitiria a noção de que, sempre que reconhecida uma relação de conjugalidade, incidiria o dever de afetividade, a perdurar até o final do relacionamento, de modo geral, ou, em situações específicas, podendo ter os seus efeitos prolongados. (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Socioafetividade em Família e a Orientação do Superior Tribunal de Justiça. *Op. cit.*, p. 646-647)

excludentes. Muitas das análises acabam por realizar certa confusão entre as duas faces do princípio, o que não contribui para sua perfeita compreensão.

Com o intuito de esclarecer a abrangência e a incidência do princípio da afetividade, parece oportuno ressaltar estas duas faces: a primeira, de dever jurídico, que prevalece para as pessoas que já possuem algum vínculo familiar configurado; e a segunda, como geradora de vínculo familiar, para as pessoas que não possuem ainda um vínculo familiar reconhecido pelo direito. A partir desta distinção, resta possível detalhar os aspectos de cada uma delas, sem cair em algumas contradições terminológicas.

Procurando excluir a averiguação pelo direito da parte eminentemente subjetiva, visto que esta infalivelmente lhe escapa, Paulo Lôbo objetiva a afetividade (de modo similar ao que foi feito, *mutatis mutandis*, com a boa-fé). Com isso, não importa o sentimento que a pessoa internamente possua, mas sim os atos que demonstra em determinada situação subjetiva. Para enaltecer esse aspecto seria possível falar de um princípio da **afetividade objetiva**, que se concentra na averiguação da manifestação de atos e fatos que possam caracterizar sua presença<sup>797</sup>. Ou seja, não interessa se a pessoa efetivamente nutre afeto ou não, eis que esta é uma questão totalmente estranha ao direito, interessa apenas a averiguação de atos e fatos que sejam significativos no sentido de externar isso. Portanto, caso determinada pessoa crie um filho como seu durante vários anos, dando-lhe educação, alimentação, cuidado, suporte físico-psíquico e se apresente como pai publicamente, poderá ver declarada uma paternidade socioafetiva (ou seja, incide o princípio da afetividade como formador de vínculo familiar). Note-se que não se questiona se o declarado pai tem intimamente afeto pela criança ou não (é possível até que não o tenha, ou que esse sentimento varie com o tempo, mas isso não é relevante para o direito), esta parte subjetiva restou implícita e presumida a partir da constatação de fatos jurídicos que levaram à caracterização da presença de uma afetividade objetiva.

---

<sup>797</sup> “Dessa forma, ao ostentar, de forma estável, condutas tipicamente familiares (convívio, assistência material, psicológica, proteção, atenção, comprometimento, interesse, etc.), estará se apresentando, de maneira objetiva, o afeto, o que faz presumir a presença do sentimento de afeto que, normalmente, motiva tais condutas, mas que inexistindo, não as exclui.” (OLIVEIRA, Catarina Almeida de. Refletindo o Afeto nas Relações de Família. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT JR., Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de (Coords.). **Famílias no direito contemporâneo**. Recife: Podivm, 2010. p. 58-59)

O mesmo pode ser visto sob a ótica de uma relação de união estável, em que pese possua outras peculiaridades; tome-se um exemplo: duas pessoas sem qualquer grau de parentesco convivendo por alguns anos, coabitando, com entreaajuda constante, auxílio mútuo na subsistência, carinho, relacionamento sexual e apresentação conjunta publicamente. Teoricamente é possível que não exista o sentimento do afeto, que a união apenas se sustente por outros fatores (econômicos, sexuais etc.), mas isso não será relevante ao direito. Neste caso hipotético, é possível sustentar uma relação afetiva para fins jurídicos com chances de declaração de uma união estável entre ambos (e todas as suas consequências). Novamente incidirá o princípio jurídico da afetividade com sua faceta formadora de vínculo familiar (o sentimento de afeto restará automaticamente presumido a partir daquele conjunto fático).

Relevantes seriam, neste sentido, o que podem ser denominados como ***fatos signo-presuntivos da afetividade***<sup>798</sup> (novamente esta não parece ser uma distinção estranha ao Direito<sup>799</sup>). A expressão pretende indicar que, estando presente um determinado conjunto de fatos, resta presumida desde logo a ocorrência da afetividade para fins jurídicos<sup>800</sup>. Dito de outro modo, na constatação de certos fatos tidos como relevantes e representativos da afetividade, para o direito resta presumida a dimensão subjetiva da afetividade jurídica<sup>801</sup>. Esse proceder permitiria ao direito trabalhar a afetividade com certa previsibilidade, clareza e

---

<sup>798</sup> Expressão que pretende indicar que a presença de certos fatos pode significar para o direito a presunção da existência de uma relação afetiva. Ou seja, determinado conjunto fático significaria para o direito a presunção de um sentimento de afeto, fazendo incidir, portanto, a afetividade jurídica naquela *fattispecie*. Esta presunção seria, obviamente, relativa, aceitando demonstrações contrárias pelos envolvidos.

<sup>799</sup> A expressão é difundida, por exemplo, no direito tributário, seara a qual muitos autores se inspiram na Semiologia para desenvolver seus argumentos, por todos: CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, linguagem e método**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008. p. 35.

<sup>800</sup> “A afetividade, como dever jurídico, não se confunde com o afeto, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles.” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A Socioafetividade no Direito de Família: a persistente trajetória de um conceito fundamental*. *Op. cit.*, p. 457)

<sup>801</sup> “Por isso, sem qualquer contradição, podemos referir a dever jurídico de afeto oponível a pais e filhos e aos parentes entre si, em caráter permanente, independente dos sentimentos que nutram entre si, e aos cônjuges e companheiros enquanto perdurar a convivência. No caso dos cônjuges e companheiros, o dever de assistência, que é desdobramento do princípio jurídico da afetividade (e do princípio fundamental da solidariedade que perpassa a ambos) pode projetar seus efeitos para além da convivência, como a prestação de alimentos e o dever de segredo sobre a intimidade e a vida privada.” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Socioafetividade em Família e a Orientação do Superior Tribunal de Justiça*. *Op. cit.*, p. 647)



segurança<sup>802</sup>. Ressalte-se, desde já, que tal presunção não será absoluta, uma vez que, ao figurar como princípio, poderá ou não prevalecer a afetividade de acordo com cada *fattispecie*.

A pergunta que vem a seguir, quase de modo automático, é: quais seriam esses fatos, portanto? Não há resposta prévia ou única neste sentido, eis que dependerá da situação concreta em apreço. A complexidade e a instabilidade atuais não permitem sua estipulação precisa, de modo abstrato, em face das incontáveis e imprevisíveis possibilidades que podem se apresentar. Obviamente, a partir de um caso concreto específico, é possível perceber se ali há fatos que justifiquem uma relação afetiva existencial ou não.

Ana Carla Harmatiuk Matos discorre sobre quais seriam as características da afetividade familiar, ao tratar das uniões homoafetivas:

A égide do sistema rígido positivista deve abrir-se às transformações das práticas sociais. Cabe, então, verificar se as características próprias da afetividade familiar estão presentes. Isso porque é dentro da família que os sujeitos oferecem e recebem suporte psicológico, fazem companhia uns aos outros nas atividades privadas e sociais; há auxílio econômico mútuo, com o conseqüente amparo nas adversidades financeiras; ocorre a divisão das atribuições necessárias no atendimento da casa, da alimentação e das demais atividades cotidianas; verifica-se o apoio de um para conceder a possibilidade de desenvolvimento profissional ao outro; há troca de afetividade entre os parceiros e entre eles e os filhos, bem como comum se torna a divisão das tarefas de socialização das crianças. Estes fatores estão presentes nos diversos modelos de entidades familiares. Há, portanto, uma relação indissociável entre o princípio da pluralidade familiar e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, visto ser a união afetiva parte essencial dos valores personalísticos como os anteriormente mencionados.<sup>803</sup>

Os fatos descritos nesta análise permitem concluir que é possível ao Direito buscar se aproximar da realidade que pretende tutelar (o que restou esquecido por algum tempo), ou seja, o direito pode conter as diretrizes dos institutos que indicam certos efeitos jurídicos. Entretanto, os pormenores concretos serão apurados em cada situação fática, o que desde logo permite concluir que o trato da afetividade

---

<sup>802</sup> “Seguindo este raciocínio, o reconhecimento jurídico do afeto nada mais é do que o reconhecimento jurídico de uma conduta solidária, que pode ou não, estar acompanhada de bons sentimentos. [...] Ao confundir a afetividade que pode ser realizada, independentemente do sentimento que se tenha, com aquelas outras expressões do amor (*eros, philia, e até storgué*), corre-se o risco de afastar da proteção do Judiciário, situações que tenham esse princípio como cerne, como, por exemplo, o abandono afetivo, o que justificaria o argumento contrário do que a lei não pode obrigar ninguém a amar. Pode sim. Objetivamente.” (OLIVEIRA, Catarina Almeida de. Refletindo o Afeto nas Relações de Família. *Op. cit.*, p. 66)

<sup>803</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Perspectiva Civil Constitucional. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 139.

como princípio é o mais adequado no cenário atual. Esse entendimento se coaduna com as diretrizes do direito de família da pós-modernidade lançadas por Erik Jayme:

Podemos terminar a primeira parte introdutiva desta conferência sobre o direito de família pós-moderno e constatar que há quatro critérios característicos da pós-modernidade, que podem servir para ilustrar as tendências contemporâneas do direito de família: o *pluralismo*; a *narração*; a *comunicação*; o *regresso dos sentimentos*. [...] Os desenvolvimentos recentes do direito de família estão de acordo com certas características do pós-modernismo. Admitir alternativas, sentimentos, narrações no âmbito jurídico pode parecer caótico e uma ameaça à segurança jurídica, mas tem a vantagem de bem corresponder à complexidade da vida de hoje, e reflecte mais precisamente os desejos da sociedade atual.<sup>804</sup>

As características das sociedades e das relações contemporâneas (fragmentalidade, complexibilidade e instabilidade) indicam que o mais acertado é trabalhar com a afetividade sob a perspectiva de princípio jurídico, como um verdadeiro mandamento de otimização, que poderá ter maior ou menor amplitude de acordo com cada situação específica<sup>805</sup>. Eventual abertura imanente à afetividade – mesmo sob sua veste *jurídica* e já lida sob a ótica *objetiva* – se enquadra perfeitamente na sua utilização sob a forma de princípio, categoria que não possui óbice algum a tais características (aliás, todos os princípios possuem uma textura aberta) e mantém hígida sua normatividade<sup>806</sup>.

Essa abstração é inerente a todos os princípios jurídicos, de modo que não deve trazer qualquer perplexidade (quem se arriscaria a arrolar abstratamente quais atos significam ofensa à dignidade humana? Ou, então, ao revés, quem se arriscaria a arrolar todos os requisitos que devem ser observados para que seja considerada

<sup>804</sup> JAYME, Erik. Pós-Modernismo e Direito de Família. *Op. cit.*, p. 214-220.

<sup>805</sup> Diversas situações instigantes da atualidade têm levado vários autores a argumentar que o conceito de família no direito de família contemporâneo deve ser tutelado preferencialmente por normas abertas (como os princípios e as cláusulas gerais), de modo a permitir sua concretização de acordo com a realidade concreta, que tem apresentado variadas colorações. “Acreditamos que o fenômeno da multiparentalidade é um aspecto que emerge da realidade contemporânea e que não pode ser negado, uma vez que o conceito hodierno de família consiste necessariamente em um tipo aberto, cuja tutela se fundamenta em um sistema de princípios que nos fornece ferramentas para que o direito de família se torne permeável para variados projetos de vida e para as mais diversas necessidades sociais que decorrem de nossa complexidade social.” (RODRIGUES, Renata de Lima; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Multiparentalidade como Fenômeno Jurídico Contemporâneo. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, Magister/ Belo Horizonte, IBDFAM, v. 14, fev./mar. 2010. p. 106)

<sup>806</sup> “Ao afeto é atribuído valor jurídico, e assim o que era compreendido como elemento anímico e estranho ao direito ganha ares normativos, qualificação de princípio. Como tal, encerra dever jurídico e passa a ser compreendido como o novo suporte fático das relações de família. Estamos diante da demarcação do conceito do princípio jurídico da afetividade.” (ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Incidência dos Princípios Constitucionais do Direito de Família. *Op. cit.*, p. 24)

respeitada a dignidade humana?). Se a resposta em tese é difícil, a partir de um caso concreto específico certamente resta possível extrair uma posição sobre a ofensa ou não o seu conteúdo. Do mesmo modo, somente a partir de um caso concreto resta possível perceber ou não a manifestação (ou ofensa) da **afetividade jurídica**.

Por outro lado, a diretriz constitucional é claramente pela liberdade, igualdade, respeito às escolhas pessoais e inclusão no que é pertinente às relações familiares; exemplo disso é a não taxatividade de entidades familiares no texto constitucional. Consequentemente, cabe ao direito de família concretizar este indicativo, laborando no sentido de permitir a concretização da almejada inclusão constitucional. Na unidade do ordenamento, o direito de família deve refletir essas escolhas, de modo a não distoar destas linhas centrais. Consequência direta é que a técnica legislativa adotada deve ser inclusiva neste particular, o que indica como possível (e até mesmo aconselhável) a sua tutela por princípios (como o da afetividade) e não apenas por regras (mais objetivas e restritivas). Este é o entendimento de Pietro Perlingieri:

*A tal punto il problema investe altresì la scelta della tecnica legislativa attraverso cui attuare una simile tutela. Da sempre si dibatte sull'opportunità di attuare in questo campo una legislazione per principi o, al contrario, di usare una tecnica rigidamente regolamentare. Probabilmente, il problema va impostato diversamente: là dove si voglia garantire e facilitare (art. 3, comma 2) lo sviluppo della persona, non può utilizzarsi che una tecnica per principi, per clausole generali, mentre là dove si vogliono porre dei limiti alle situazioni, per così dire, essenziali la tecnica può e deve essere di tipo regolamentare, ma deve pur sempre ispirarsi alla stessa ratio, cioè alla possibilità dello sviluppo della persona umana; in altre parole, deve tendere pur sempre alla realizzazione del principio e non alla sua negazione, là dove esiste una riserva di legge ordinaria sull'enunciazione stessa del principio.<sup>807</sup>*

Inexiste óbice, portanto, à utilização da técnica dos princípios da tutela do direito de família, sendo até mesmo aconselhável a sua utilização em um quadro de

<sup>807</sup> PERLINGIERI, Pietro. **La persona e i suoi diritti**: problemi del diritto civile. *Op. cit.*, p. 412. Em tradução livre: “A tal ponto o problema investe também na escolha da técnica legislativa, através da qual atua uma símile tutela. Desde sempre se debate sobre a oportunidade de atuar neste campo uma legislação por princípios ou, ao contrário, de usar uma técnica rigidamente regulamentar. Provavelmente, o problema é apresentado diversamente: lá onde se quer garantir e facilitar (art. 3, parágrafo 2) o desenvolvimento da pessoa, não pode utilizar-se senão de uma técnica por princípios, por cláusulas gerais. Enquanto, lá onde se quer colocar limites às situações, por assim dizer, existenciais, a técnica pode e deve ser do tipo regulamentar, mas deve sempre se inspirar na mesma *ratio*, isto é, na possibilidade do desenvolvimento da pessoa humana; em outras palavras, deve tender sempre à realização do princípio e não à sua negação, lá existe uma reserva de lei ordinária sobre a própria enunciação do princípio.”

realidade como o contemporâneo, no qual inexistente um modelo único de família e há, até mesmo, dificuldade na sua conceituação<sup>808</sup>. É possível sustentar que o reconhecimento do princípio da afetividade na seara do direito de família está de acordo e pode viabilizar e facilitar a concretização dos princípios e direitos fundamentais constitucionais<sup>809</sup>.

Essa característica não impede que se descrevam alguns sentidos que estejam subjacentes ao que se entende por princípio da afetividade, sem que sejam exaustivos e muito menos taxativos. Entende-se que afetividade jurídica envolve atos de cuidado, entreaajuda, respeito, comunhão de vida, convivência, manutenção da subsistência, educação, proteção, ou seja, comportamentos inerentes a uma relação familiar<sup>810</sup>.

Paulo Luiz Netto Lôbo, a partir da teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda, traz sua proposta de suporte fático a embasar a afetividade, quando se refere ao estado de filiação (portanto, se referindo à face geradora de vínculos do princípio):

No plano da teoria do direito, a hipótese normativa ou suporte fático (para utilizarmos as categorias disseminadas por Pontes de Miranda) constitui-se de elementos compostos, cuja concreção no mundo dos fatos provoca a incidência da norma jurídica, notadamente a que determina o estado de filiação: a) pessoas que se comportam como pai e mãe e outra pessoa que

<sup>808</sup> “Non esiste «dal punto di vista sociologico» «una» famiglia, non esiste un concetto unitario di famiglia. È quindi assurdo che si stabiliscano regole rigide e precise per la famiglia astrattamente considerata quando nella realtà esistono famiglie completamente diverse ed estremamente differenziate.” (PERLINGIERI, Pietro. **La persona e i suoi diritti**: problemi del diritto civile. *Op. cit.*, p. 413) Em tradução livre: “Não existe, do ponto de vista sociológico, ‘uma’ família, não existe um conceito unitário de família. É, portanto, absurdo que se estabeleçam regras rígidas e precisas para a família abstratamente considerada quando, na realidade, existem famílias completamente diversas e extremamente diferenciadas.”

<sup>809</sup> “Sotto questo profilo discorrere nella famiglia soltanto di diritti fondamentali è limitativo per più versi e può ingenerare equivoci, là dove il problema è di determinare il ruolo complessivo della persona nella famiglia che assume orientamenti non di tipo aprioristico e dogmatico, ma fondati sull'accordo nel rispetto delle peculiarità intellettive, delle attitudini, dei temperamenti individuali e ravvivati dalla comunanza degli affetti e dalla effettiva perdurante «volontà di piena unione».” (PERLINGIERI, Pietro. **La persona e i suoi diritti**: problemi del diritto civile. *Op. cit.*, p. 379-380) Em tradução livre: “Sob este perfil, tratar na família somente pelos direitos fundamentais é limitativo por vários ângulos, e pode criar equívocos; quando o problema é determinar o papel global da pessoa na família, assume orientações não do tipo apriorístico e dogmático, mas fundadas no acordo e no respeito das peculiaridades intelectuais, das atitudes, dos temperamentos individuais e animados pela comunhão dos afetos e pela efetiva ‘vontade de plena união’.”

<sup>810</sup> “A palavra afeto, *grosso modo*, aparece como sinônimo de afeição, simpatia, amizade, amor, sentimento, paixão.” (BARBOSA, Águida Arruda. Por Que Estatuto das Famílias? In: DIAS, Maria Berenice (Org.). **Direito das Famílias**: Contributo do IBDFAM em Homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 45)

se comporta como filho; b) convivência familiar; c) estabilidade do relacionamento; d) afetividade.<sup>811</sup>

Importa registrar que tal proposta de suporte fático, embora seja de base teórica distinta, não parece dissonar da proposta de Luiz Edson Fachin, centrada no conceito de *posse de estado* (*nomen, tractatus, fama*). A partir de duas premissas distintas, ambos os autores chegam a uma mesma conclusão, eis que uma leitura flexível dos requisitos de *posse de estado*, como a sustentada por Fachin, parece coincidir com uma análise aberta e moderada de suporte fático gerador de estado da filiação, como a sustentada por Paulo Lôbo. O que as teses concluem é que será a realidade fático-concreta que indicará a presença ou não dos elementos que possam indicar um vínculo socioafetivo (desnudando a face geradora de vínculos do princípio da afetividade)<sup>812</sup>.

A *posse de estado de filiação* restaria, portanto, abarcada pela faceta do princípio da afetividade *geradora de vínculos familiares*. Ambas não colidem e se completam, visto que a percepção desta face do princípio da afetividade pode facilitar sua extensão para geração de outros vínculos que não os de filiação.

Desde logo há que se destacar que os fatos descritos como geradores de um vínculo socioafetivo não são cumulativos ou de rigor extremado, uma vez que a demonstração de um ou alguns deles pode ser suficiente para embasar determinada relação afetiva. Também podem surgir outras espécies de atos/fatos que sejam considerados dignos de caracterizar uma relação afetiva, eis que, como visto, são impossíveis de se prever todas as situações fáticas, ainda mais quando se trata de direito de família<sup>813</sup>. O importante é que se tenha percepção das características

---

<sup>811</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Socioafetividade no Direito de Família: a persistente trajetória de um conceito fundamental. *Op. cit.*, p. 454.

<sup>812</sup> “Para tentar responder a tais questões, importa, agora, analisar os pressupostos da posse de estado de filho, pois é exatamente nas condutas exteriorizadas pelas partes que é possível se verificar a existência da socioafetividade. Sem dúvida, é o requisito do trato, ou tratamento; o que se procura evidenciar é se pai/mãe e filho de criação se tratam como tal, ocupando tais funções um na vida do outro. Para tanto, o que é preciso investigar é se os pais socioafetivos se identificam como detentores fáticos da autoridade parental, incumbindo-se de criar, educar e assistir, provendo todas as necessidades biopsíquicas do filho menor e propiciando-lhe pleno acesso a seus direitos fundamentais, pois este é o objetivo do poder familiar. Ou, em relação aos filhos maiores, se exercem funções paternas e maternas na vida dos filhos, ou mesmo se estes se comportam como filhos em relação a esses pais socioafetivos, conduta esta que possibilita o nascimento e o crescimento do afeto.” (RODRIGUES, Renata de Lima; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Multiparentalidade como Fenômeno Jurídico Contemporâneo. *Op. cit.*, p. 98)

<sup>813</sup> “O aspecto socioafetivo no estabelecimento da filiação, baseado no comportamento das pessoas que a integram, revela que talvez aspecto aparentemente mais incerto, o afeto, em muitos casos é o mais hábil para revelar quem efetivamente são os pais. A incerteza presente na posse de

centrais do princípio, e ciência do seu substrato principal, pois o restante será apurado em caso concreto apresentado.

Outra peculiaridade é que os fatos jurídicos representativos do princípio variam conforme a situação objeto de análise: seja uma relação de *parentalidade* ou de uma relação de *conjugalidade* (eis que cada modalidade é caracterizada por um conjunto fático distinto). Também o período de incidência do princípio (na sua face de dever jurídico) se altera conforme se tratar de cada uma delas: para as relações de *parentalidade*, o dever jurídico persiste sem prazo fixo, já que é inerente à própria relação parental. Já quanto às relações de *conjugalidade*, o dever jurídico, de modo geral, persiste enquanto perdurar a relação, embora em alguns casos possa ter alguns efeitos postergados até mesmo para um período posterior ao relacionamento (desde que devidamente justificáveis, como, por exemplo, a obrigação de prestar alimentos).

Na proposta que ora se sustenta, o **princípio da afetividade jurídica objetiva** está presente no nosso sistema jurídico com incidência no direito de família brasileiro. Sua objetivação exclui da análise do direito aspectos subjetivos da afetividade e centra sua verificação da presença de **fatos signo-presuntivos** que a manifestem. Seu substrato envolve relações de cuidado<sup>814</sup>, entreajuda, respeito, comunhão de vida, convivência, manutenção da subsistência, educação, proteção, carinho etc.<sup>815</sup>.

Adere-se, aqui, portanto, ao sentido jurídico de afetividade sustentado por Paulo Luiz Netto Lôbo eis que, em que pese possa merecer um outro aprimoramento (o que será uma constante), parece adequado ao estágio histórico-social vivido e de acordo com as premissas de nosso sistema jurídico. Conforme

---

estado de filho questiona fortemente a certeza da tecnologia. Ademais a verdadeira paternidade decorre mais de amar e servir que de fornecer material genético.” (CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. *Op. cit.*, p. 487-488)

<sup>814</sup> “As expressões de afeto e cuidado falam mais alto nas relações familiares. Delas decorre o compromisso oriundo da socioafetividade resultante do convívio atencioso e do *cuidar* ético e responsável.” (PEREIRA, Tânia da Silva; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. A Socioafetividade e o Cuidado: o direito de crescer o sobrenome do padrasto. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). **Direito das Famílias**: Contributo do IBDFAM em Homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 350)

<sup>815</sup> “A identificação da família está num afeto especial, é o sentimento entre pessoas que se afeiçoam pelo convívio diuturno, em virtude de uma origem comum ou em razão de um destino comum; e que conjuga suas vidas tão intimamente, que os torna cônjuges quanto aos meios e aos fins de sua afeição, até mesmo gerando efeitos patrimoniais, seja de patrimônio moral ou econômico: é o afeto conjugal.” (GIORGIS, José Carlos Teixeira. **Direito de Família Contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 94)

visto, os significados dos princípios são resultados do debate doutrinário jurisprudencial em certo momento, a partir de um sistema jurídico. As conclusões de Paulo Lôbo sobre afetividade, ressalvados outros entendimentos, parecem refletir isso<sup>816</sup>.

Em decorrência dessas considerações, é possível fazer algumas distinções, ainda que breves, de modo a procurar aclarar o recorte jurídico do princípio da afetividade que se sustenta. A primeira delas pode ser realizada com a noção de afeto, que não possuiria uma conceituação estritamente jurídica, restando, com isso, como conceito restrito às ciências que tratam dos sentimentos humanos. Afetividade seria a manifestação do afeto, seu reflexo no mundo dos fatos<sup>817</sup>. O Direito trabalha com fatos e os valora, daí a opção pela eleição da afetividade, que, na leitura jurídica, seria a expressão fática de um sentimento de afeto. A noção jurídica de afetividade, portanto, seria distinta da de afeto, que não possuiria conceituação pelo direito<sup>818</sup>.

Uma segunda distinção possível seria entre as duas dimensões da afetividade: subjetiva e objetiva. A dimensão subjetiva restaria vinculada ao psíquico de cada pessoa (ao afeto em si), de modo que não interessa ao direito. Para a seara jurídica, esta dimensão subjetiva resta implícita sempre que presente a sua dimensão objetiva. Por outro lado, a dimensão objetiva envolve fatos da realidade concreta que permitam a constatação de uma manifestação da afetividade. Estando presentes tais fatos indicativos (dimensão objetiva), seria possível constatar desde logo a afetividade, visto que a outra esfera (dimensão subjetiva) seria sempre implícita. Ou seja, o direito não estaria regulando sentimentos, mas sim apenas valorando fatos representativos, tidos como relevantes para o ordenamento, no caso a afetividade. Estando presente determinado conjunto fático, a afetividade seria tida por manifesta, o sentimento em si restaria presumido pelo direito. Nas palavras de Maria Berenice Dias:

---

<sup>816</sup> Com as observações ora descritas (princípio jurídico da afetividade objetiva) sempre que se fizer remissão à afetividade considerar-se-ão implícitos tais aportes, acrescidos das observações aqui expostas.

<sup>817</sup> “Afeto e afetividade, embora dividam a mesma origem, não se confundem: a afetividade é a dinâmica das relações afetivas, é a constante transição dos sentimentos humanos entre os mundos interno e externo; afeto é sentimento.” (ANDRADE, Renata Cristina Othon Lacerda de Andrade. Aplicabilidade do Princípio da Afetividade às Relações Paterno-Filiais: a difícil escolha entre os laços de sangue e o afeto sem vínculos. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT JR., Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de (Coords.). **Famílias no direito contemporâneo**. Recife: Podivm, 2010. p. 73)

<sup>818</sup> Quanto às remissões legais ao afeto, deveriam ser lidas sob o prisma da afetividade.

A afetividade não é indiferente ao Direito, pois é o que aproxima as pessoas, dando origem aos relacionamentos que geram relações jurídicas, fazendo *jus* ao *status* de família. Cabe lembrar o diálogo entre Hans Kelsen e Cossio perante a congregação da Universidade de Buenos Aires. Cossio, autor da teoria egológica, desafiou Kelsen a citar um exemplo de relação intersubjetiva que estivesse fora do Direito. Kelsen respondeu: *Oui, monsieur, l'amour*. O Direito não regula sentimentos, mas as uniões que associam afeto a interesses comuns e que, ao terem relevância jurídica, merecem proteção legal, independentemente da orientação sexual do par.<sup>819</sup>

Outro detalhamento relevante seria o relativo ao significado do termo socioafetividade, que significa fato jurídico<sup>820</sup>, refletor da manifestação social da afetividade (como visto, que é captado apenas na sua dimensão objetiva). Sempre que externados publicamente fatos identificadores da afetividade, resta caracterizada a socioafetividade.

Com os esclarecimentos que foram postos, parece possível sustentar a operabilidade do princípio da afetividade, de modo que restaria, assim, possível aos juristas utilizar tal princípio na normalidade do sistema, bem como resta viabilizada sua correta fundamentação. Ao esmiuçar esses aspectos, o que se pretende são esclarecimentos para auxiliar a distinguir a afetividade jurídica de outros conceitos, de modo a permitir sua utilização corrente pelo Direito e viabilizar seu consequente controle racional na lógica do sistema.

A procura por tais distinções e definições objetiva a evitar o risco de enfraquecimento do próprio princípio por excessiva subjetividade e ausência de fundamentação. Registre-se, desde já, que não se sustenta qualquer viés formalista ou dogmatista na construção do princípio da afetividade<sup>821</sup>. Entretanto, parece que, para que a afetividade mantenha o vigor e a relevância que dela se espera, são necessários tais aportes teóricos.

<sup>819</sup> DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: O Preconceito & Justiça**. *Op. cit.*, p. 129.

<sup>820</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Socioafetividade no Direito de Família: a persistente trajetória de um conceito fundamental. *Op. cit.*, p. 454.

<sup>821</sup> “*Più che mai dunque nel diritto familiare risulta evidente la necessita di rinnovare le tecniche di interpretazione e di qualificazione con il superamento di qualsiasi operazione argomentativa di tipo sillogistico che pretenda di fermarsi alla lettera del legislatore e di espungere dall’analisi, che è a fondamento del convincimento giuridico, il profilo funzionale rappresentato dagli interessi e dai valori.*” (PERLINGIERI, Pietro. **La persona e i suoi diritti: problemi del diritto civile**. *Op. cit.*, p. 378) Em tradução livre: “Mais do que nunca, portanto, no direito de família resulta evidente a necessidade de renovar as técnicas de interpretação e de qualificação com a superação de qualquer operação argumentativa de tipo silogístico que pretenda se deter nas palavras do legislador e se afastar da análise, que é o fundamento do convencimento jurídico, o perfil funcional representado pelos interesses e pelos valores.”



Destaca-se também que, apesar do longo percurso percorrido, a tarefa de construção das balizas e dos contornos do princípio da afetividade pode ser constantemente aprimorada (não há uma meta finita), eis que o sentido de um princípio é objeto de construção e reconstrução constantes, sendo aconselhável uma dedicação da doutrina e da jurisprudência nesta persecução. O que impende anotar é que os obstáculos postos ao reconhecimento da afetividade pelo Direito não parecem intransponíveis, mas merecem consideração no sentido de alcançarem sua convincente superação.

A partir destes esclarecimentos e com uma assunção escorreita da afetividade como princípio jurídico as possibilidades são várias, e aqui não se adentrará nelas<sup>822</sup>. Apenas a título exemplificativo, é possível citar algumas situações em que esta leitura pode contribuir: os recentes casos de multiparentalidade que chegam ao Judiciário<sup>823</sup>; a concessão dos direitos inerentes à família às uniões homoafetivas; a possibilidade de reconhecimento de outras entidades familiares, tais como a família solidária<sup>824</sup>; famílias reconstituídas<sup>825</sup>;

<sup>822</sup> “Sendo assim, a adoção da afetividade como centro do grupo familiar pós-moderno parte da premissa de que o afeto não se apresenta como fruto da biologia, visto que os vínculos de amor e respeito mútuo entre familiares derivam da convivência familiar, não resultando, necessariamente, da existência de laços sanguíneos. [...] A pluralidade do direito de família pós-moderno pode ser constatada a partir do momento em que a idéia de família deixa de circunscrever à esfera institucionalizada do casamento, admitindo-se o surgimento de novas entidades familiares, que demandam necessária regulação jurídica. São diversificados os exemplos desta fisionomia plural do direito de família: união estável, família monoparental, comunidade de parentes, como aquela constituída por avôs e netos, ou tio e sobrinhos. O reconhecimento jurídico destas novas entidades familiares abala alicerces do modelo familiar tradicional, voltado, exclusivamente, para a consecução de finalidades patrimoniais e reprodutivas.” (SOARES, Ricardo Maurício Freire. O Direito de Família Pós-Moderno: Breves Apontamentos. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, Magister/Belo Horizonte, IBDFAM, v. 3, abr./maio 2008. p. 19)

<sup>823</sup> “Em suma, para a efetividade do direito, a força interior das práticas e vivências da afetividade são fontes plurais que clarificam o modelo da modernidade, fundado na legalidade formal da *validade* das relações familiares (lícita/ilícita, reconhecida/não reconhecida), complexificada na pós-modernidade pela autodeterminação dos indivíduos no campo das afetividades, impondo ao direito o desafio de reavaliar a *teoria* e a *prática*, o *universal* e o *particular* para a construção de uma nova consciência no jurista em que, cada vez mais, já não são aceitáveis normas jurídicas de conteúdo rígido e monistas, sendo o *reconhecimento da pluriparentalidade dentro das famílias ‘artificiais’ com doadores, as práticas da solidariedade e recombinação familiar* os melhores exemplos dessa pluralidade normativa.” (POZZI, Cláudia E. (Trans)Fronteiras da Parentalidade – Os Olhares Epistemológicos de Grossi e Arnaud no Campo das Família. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). **Pensamento Crítico do Direito Civil Brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 45)

<sup>824</sup> “Quiçá a mais recente das entidades familiares cogitada como merecedora de tutela jurídica venha a ser a denominada ‘família solidária’, ou mesmo ‘irmanada’, na ausência de expressão melhor. Trata-se daquelas realidades de convívio com esforço mútuo para a manutenção de pessoas que têm em comum a necessidade premente de auxiliarem-se. Como exemplo mencionam-se as pessoas de terceira idade que, em razão da ausência da possibilidade de seus parentes atendê-los, acabam encontrando em pessoas com as mesmas características um modo

famílias simultâneas<sup>826</sup>; famílias monoparentais; famílias solitárias; bem como formular melhores respostas aos casos de procriações assistidas (principalmente quando presentes litígios); entre diversas outras possibilidades.

Por outro lado, não se nega que diversos desafios do direito de família da atualidade não serão respondidos apenas pelas considerações da afetividade, visto que demandam outras considerações teórico-práticas que não podem deixar de ser realizadas<sup>827</sup>. Também há que se registrar que a afetividade será sempre apreciada no conjunto do sistema, com base em uma hermenêutica tópico-sistemática, de modo que não sustenta qualquer supremacia ou hierarquia ao referido princípio. Serão os valores constitucionais que orientarão a unicidade do sistema, o que permite antever uma convivência harmônica e equilibrada da afetividade com as demais categorias do direito de família. Certamente que mesmo a consideração da afetividade como princípio não será a panaceia do direito de família, eis que a complexidade atual está a exigir respostas cada vez mais difíceis do sistema jurídico<sup>828</sup>. Há também que se atentar para os limites da sua aplicação, pois uma valoração exacerbada ou desarrazoada da afetividade poderá resultar em interferência indevida do Estado nas relações dos particulares<sup>829</sup>. Mesmo com essas

de conviver 'como se família fossem'." (MATOS, Ana Carla Harmatiuk. "Novas" Entidades Familiares. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **A Construção dos Novos Direitos**.– Porto Alegre: Núria Fabris, 2008. p. 30)

<sup>825</sup> "O fenômeno pós-moderno das famílias reconstituídas obriga a revisar as designações estereotipadas que apresentam as expressões 'padrasto' e 'madrasta', pessoas cruéis e indesejáveis, e 'enteados', que denotam uma percepção negativa. Neste sentido, parece mais apropriado redesigná-los de 'pai afim', 'mãe afim' e 'filho afim', em decorrência do parentesco por afinidade que une estas pessoas." (GRISARD FILHO, Waldyr. **Famílias Reconstituídas**: novas uniões depois da separação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 188)

<sup>826</sup> "As famílias simultâneas têm seu espaço propício no âmbito da família plural fundada no afeto." (RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias Simultâneas**: da unidade codificada à pluralidade constitucional. *Op. cit.*, p. 144)

<sup>827</sup> Como as controvertidas questões da responsabilidade civil nas relações familiares. Certamente envolvem diversos outros aspectos fáticos e jurídicos, entretanto, clareza e solidez na definição da categoria jurídica da afetividade podem trazer alguns elementos úteis ao debate. O tema da responsabilidade civil nas relações familiares, ainda que conectado, não está no escopo do presente trabalho.

<sup>828</sup> "*La valutazione del comportamento è la funzione costante delle norme. La vita sociale si traduce in una immensa rete di comportamenti, che quanto piú complessa è tanto piú elaborate sono le norme; ciascuna connessa all'altra.*" (PERLINGIERI, Pietro; FEMIA, Pasquale. **Nozioni Introdotte e principi fondamentali del diritto civile**. 2. ed., amp. riv. ed agg. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2004. p. 4) Em tradução livre: "A avaliação do comportamento é a função constante das normas. A vida social se traduz em uma imensa rede de comportamentos, que quanto mais complexa é, mais elaboradas são as normas; todas conectadas entre si."

<sup>829</sup> Silvana Maria Carbonera sustenta a necessidade de preservação de uma esfera particular na conjugalidade, que seria alheia à interferência estatal: "Noutras palavras, exige o reconhecimento de um espaço de convivência, cuja tutela estatal não signifique ampla intervenção legal ordinária, mas garanta aos cônjuges um amplo espaço de liberdade de atuação e de escolha, de modo que

ressalvas, parece necessário que o Direito atente para o aspecto afetivo das relações:

Sendo o direito de família, ou melhor, das famílias, uma tentativa de regulamentação e organização de relações de afeto e das consequências patrimoniais daí decorrentes, que são também da ordem da sexualidade, o princípio da afetividade passou a ser fundamental e essencial, refletindo todos os seus campos e servindo como base para os outros princípios, tais como o da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da responsabilidade.<sup>830</sup>

A incidência do princípio da afetividade pode, portanto, trazer reflexos de várias ordens, influenciando desde a estrutura da família brasileira até mesmo a sua função, com várias construções possíveis<sup>831</sup>. Exemplo disso é a definição de entidade familiar de Paulo Lôbo, que consiste basicamente de três elementos: afetividade, estabilidade e convivência pública e ostensiva<sup>832</sup>. Inegavelmente diverge – em muito – da conceituação clássica de família oriunda da codificação de 1916, conferindo uma abertura à família decalcada pela presença da afetividade.

A repersonalização do direito de família brasileiro perpassa, necessariamente, pela questão da afetividade. As constantes remissões doutrinárias, legislativas e jurisprudenciais demonstram este influxo, seja nas questões de parentalidade, seja nas de conjugalidade.

A perspectiva principiológica é uma dentre as várias possibilidades existentes; outrossim, a partir da leitura civil-constitucional desenvolvida neste trabalho, resta possível sustentar que é a categoria adequada para bem tutelar as situações

o real conteúdo pessoal da conjugalidade possa ser construído a partir da realidade, tendo como norte as diretivas gerais constitucionais e como objetivo a produção de condições para o desenvolvimento das personalidades de cada um deles num espaço relacional familiar.” (CARBONERA, Silvana. **Reserva da Intimidade – uma possível tutela da dignidade no espaço relacional da conjugalidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 296)

<sup>830</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípio da Afetividade. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 197.

<sup>831</sup> “O princípio da afetividade, associado aos outros princípios, fez surgir uma outra compreensão para o Direito de Família, instalando novos paradigmas em nosso sistema jurídico.” (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Uma Principiologia para o Direito de Família. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; ALVES, Leonardo Barreto Moreira (Coords.). **Leitura Complementares: Direitos das Famílias**. Salvador: Podivm, 2010. p. 50)

<sup>832</sup> Após citar várias modalidades de entidades familiares, o autor afirma: “Em todos os tipos acima referidos há características comuns, sem as quais não configuram entidades familiares, a saber: a) afetividade, como fundamento e finalidade da entidade, com desconsideração do móvel econômico e do escopo indiscutível de constituição de família; b) estabilidade, excluindo-se os relacionamentos casuais, episódicos ou descomprometidos, sem comunhão de vida; c) convivência pública e ostensiva, o que pressupõe uma unidade familiar que se apresente assim publicamente.” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias**. *Op. cit.*, p. 57-58)

subjetivas existenciais da família brasileira. A presença marcante da afetividade no nosso sistema jurídico demonstra a relevância que a temática adquire no trato dos litígios neste início de século<sup>833</sup>, de modo que sua compreensão pode contribuir para que se edifique, cada vez mais, um direito de família a serviço da vida<sup>834</sup>.

---

<sup>833</sup> Não é só o direito civil que analisa a premente questão do afeto e suas consequências jurídicas, reflexões filosóficas também sustentam sua consideração em outros ramos, como na proposta de Eduardo Bittar: “Este deve ser o pontapé inicial para um conjunto de ações, reflexões e iniciativas que identificam na ‘transitividade’ de nossa condição hodierna a privilegiada situação de quem assiste a uma passagem da história da razão à história do afeto. A razão é capaz de equiparar materialmente o mundo, mas somente o afeto é capaz de incentivar a **lógica biofílica** da continuidade da existência. Em tempos sombrios, com a ameaça de uma extinção global da vida, somente se torna possível pensar os desafios da existência e sua superação pela ampla projeção do afeto e da valorização da vida. Por isso, a reflexão filosófica contemporânea deve ser sensível à questão de que a razão não se substitui pelo afeto, mas incorpora o afeto como um modo de praticar uma ética do cuidado. O afeto não exclui a reflexão e nem a reflexão exclui o afeto; como instâncias complementares, ambas sobrevivem lado a lado após os longos percursos modernos de expurgos em que *logos* soterra *Eros*. Para isso foram necessárias experiências que demonstraram o desenfreado caráter logomaníaco da razão, que aporta na barbárie. Onde o equilíbrio prepondera, estas instâncias estão em relação de complementaridade, onde o desequilíbrio prepondera, elas litigam e, ao litigarem, se anulam como forças capazes de afirmarem a vida. Portanto, a filosofia que extrai da biofilia o seu fundamento deve necessariamente alinhar-se na perspectiva da disseminação de uma identidade humana capaz de transpirar responsabilidade e afeto no trato entre *alter* e *ego*.” (BITTAR, Eduardo C. B. Razão e Afeto, Justiça e Direito Humanos: Dois Paralelos Cruzados para a Mudança Paradigmática. Reflexões Frankfurtianas e a Revolução Pelo Afeto. *Op. cit.*, p. 109)

<sup>834</sup> “De igual modo, a observação social dos fatos nas relações familiares revela dados novos, como as famílias monoparentais, as uniões entre pessoas do mesmo sexo, a filiação socioafetiva, num horizonte que revaloriza a família desatando alguns *nós*. Clama-se, não é de agora, por um direito de família que veicula amor e solidariedade.” (FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. *Op. cit.*, p. 332)

## CONCLUSÃO

As transformações ocorridas no transcurso da modernidade desaguaram em uma sociedade com características próprias neste início de século XXI. A complexidade, a pluralidade e a constante mobilidade constituíram-se nas marcas do que se pode chamar de uma época de *modernidade líquida* (para muitos uma condição *pós* – ou hiper – *moderna*) com influência na forma como se desenvolvem os diversos relacionamentos.

Concomitantemente, a subjetividade inicialmente conferida a uma esfera pessoal, a partir do final do século XVIII galgou espaço ampliando-se consideravelmente. O período *pós*-Segunda Guerra permitiu perceber com mais clareza uma outra percepção de pessoa, com a difusão da possibilidade de sua livre escolha nas diversas questões pessoais. No amplo campo da subjetividade germinou a afetividade como expressão dos relacionamentos familiares. A dimensão afetiva gradativamente assumiu uma posição cada vez mais central na representação desses envolvimentos.

Como a família é reflexo da sociedade na qual está inserida, certamente sofreu os influxos desses movimentos, passando por uma verdadeira transição paradigmática que lhe ocasionou mudanças estruturais e funcionais. A concepção clássica de família a atrelava à noção de 'legitimidade', vinculada ao matrimônio e com forte presença dos liames biológicos e registrais. A alteração processada distanciou-se desta concepção e provocou uma nova definição do que se entende por família, cada vez mais desvinculada desses fatores.

O novo paradigma passa a estar diretamente relacionado à afetividade, que se constitui em um dos elementos centrais identificadores do que se compreende por entidade familiar (parte da doutrina a conceitua por relações pessoais consubstanciadas pela *afetividade*, *estabilidade* e *ostentabilidade*). A alteração é de tal ordem que, com isso, a afetividade passa a integrar a própria estrutura da família contemporânea, posicionamento ao qual se adere.

Houve também uma alteração funcional, visto que se reduziram as funções econômicas, religiosas, procracionais e institucionais da família, passando a ser a viabilização da realização afetiva de cada um dos seus integrantes sua função principal na atualidade.

Essa nova realidade acabou por apresentar demandas imprevistas e cada vez mais complexas, para muitas das quais o direito de família não tinha previsão legislada. Tomem-se como exemplo as uniões estáveis (homo e heteroafetivas), os parentescos socioafetivos, os casos de multiparentalidade, inseminações artificiais (até mesmo *post mortem*), as famílias simultâneas, as famílias solidárias, entre diversos outros casos no mínimo instigantes a um ordenamento que não os regula previamente.

Como é a sociedade quem perfila na frente do Direito, coube a este se adaptar às alterações dela, o que tornou perceptível a necessidade de revisão da noção clássica dos institutos de direito de família para que melhor correspondessem aos conflitos contemporâneos. O fato de a matriz jurídica brasileira estar enraizada em uma proposta moderna de estatuto jurídico (com forte prevalência da lei), somado aos resquícios da sua leitura positivista (apegada ao formalismo), acabou por dificultar esta tarefa.

O descompasso entre as relações sociais e os institutos jurídicos na sua concepção clássica acabou por distanciá-los gradativamente, o que resultou em uma clivagem que dificultava a necessária interlocução. O quadro de dissonâncias foi de tal ordem que chegou a ser denominado por muitos como um período de crise do próprio Direito (que se fez sentir intensamente no direito de família brasileiro).

Corroborado por diversos outros fatores (e em especial atenção às alterações e demandas relevantes da própria sociedade) o Direito foi objeto de várias transformações no decorrer do século passado. O *fenômeno da constitucionalização do Direito* foi significativo nesse processo. As Constituições assumiram um novo e relevante papel, adquirindo força normativa própria e dispondo sobre diversas matérias. Imperou a percepção de que suas disposições conformam os demais os ramos (inclusive o direito civil e, conseqüentemente, o próprio direito de família).

O reconhecimento de eficácia direta aos direitos fundamentais nas relações interprivadas, também sinalizou um outro momento da teoria do direito. Nessa questão parece correta a argumentação que assevera que a busca deve ser sempre pela concretização dos *jusfundamentais*, até mesmo quando do envolvimento de particulares, o que indica para uma superação do debate travado entre os defensores das correntes da *eficácia direta* e os da *eficácia indireta*, com a busca

constante pela materialização desses direitos, o que deve envolver a técnica que se mostrar necessária e adequada em cada caso concreto.

Vivenciou-se um momento de rediscussão sobre os métodos interpretativos do próprio Direito, com diversas propostas sobre a forma de sua realização. Reflexo disso o alargamento das formas de expressão admitidas, que não se limitam à lei, que é apenas uma delas (embora efetivamente uma das mais relevantes). A *teoria dos princípios* também contribuiu com outras concepções sobre o conteúdo e papel dos princípios nesta nova roupagem que lhe foi conferida. Dentre as diversas propostas hermenêuticas surgidas a *tópico-sistemática* parece apropriada a enfrentar o fluido quadro apresentado na atualidade. Com a adoção desses aportes, restou possível constatar que se tratava de um outro Direito, claramente em uma *perspectiva pós-positivista*.

O movimento de *repersonalização do direito civil* trouxe questionamentos e voltou a atenção para a tutela da pessoa concreta, com defesa da superação das noções abstratas de *sujeito de direito* e de *relação jurídica*. Outra corrente que indicou um necessário percurso metodológico foi a *doutrina do direito civil-constitucional*, ao sustentar a leitura dos institutos de direito civil sempre a partir da Constituição, eis que é ela quem figura no vértice do ordenamento.

A Constituição de 1988 impulsionou a doutrina brasileira a participar desses debates, permitindo a construção de um direito de família a partir dos princípios e das disposições constitucionais, lido na unidade axiológica do sistema. A ‘família constitucional’, difundida desde então, refletiu esses postulados, restando mais próxima das relações concretas vivenciadas na sociedade.

Antes mesmo da edição da Constituição de 1988, parte da doutrina brasileira sustentava a distinção das figuras de genitor e pai, destacando a culturalidade da relação paterno/materno filial, que seria marcada muito mais pela afetividade do que meramente pelo biologicismo. Retomou-se, com vigor, o conceito de *posse de estado* (caracterizado pela presença de *nomen, tractatus, fama*). Reconhecia a doutrina, com isso, a afetividade que se mostrava imanente aos relacionamentos familiares – e que assumia um papel cada vez mais relevante.

A partir dessa percepção a afetividade se espalhou por todo o direito de família, com o reconhecimento de diversas situações precipuamente afetivas. As relações familiares passaram ser caracterizadas pelo vetor da afetividade, que encontrava amplo acolhimento na sociedade. Restou possível perceber que a força

dos fatos a impulsionou para o núcleo das relações familiares, o que exigiu que o Direito assimilasse – de algum modo – estas relevantes mutações.

As alterações no ordenamento brasileiro acompanharam, ainda que com atraso e a passos lentos, o movimento de transição paradigmática vivenciado na família. Como o Código de 1916 não previa espaço para valoração das relações afetivas, foi a partir da Constituição Federal de 1988 que restou possível sustentar o reconhecimento da afetividade no sistema jurídico brasileiro (de forma implícita). O Código de 2002 tratou pontualmente da afetividade, expressando isso em algumas disposições. As recentes alterações legislativas implementadas trouxeram a afetividade de forma expressa em vários dispositivos, indicando uma tendência de seu maior acolhimento.

Ampla construção jurisprudencial acabou por reconhecer a afetividade em variadas situações existenciais afetivas. A importância desta contribuição é de tal ordem que é possível sustentar que o papel da jurisprudência foi vital para a consolidação da leitura jurídica da afetividade.

Por sua vez, a doutrina do direito de família vem tratando da afetividade de forma crescente, embora esta ainda não seja uma questão pacificada. O discurso que sustenta a valoração jurídica da afetividade não implica averiguar sentimentos, pois o Direito deverá ater-se a fatos que possam indicar a presença ou não de uma manifestação afetiva, de modo que não procurará investigar a presença subjetiva do afeto anímico, mas sim se preocupará com fatos que eleger como relevantes. A subjetividade da expressão e a existência de conceitos diversos sobre o mesmo termo não são óbices ao seu recorte jurídico, eis que isso foi constante em diversos outros institutos reconhecidos pelo Direito com certa tranquilidade.

Nesse sentido, parece possível sustentar que o Direito deve laborar com a afetividade e que sua atual consistência indica que se constitui em princípio no sistema jurídico brasileiro. A solidificação da afetividade nas relações sociais é forte indicativo de que a análise jurídica não pode restar alheia a este relevante aspecto dos relacionamentos.

A afetividade é um dos princípios do direito de família brasileiro, implícito na Constituição, explícito e implícito no Código Civil e nas diversas outras regras do ordenamento. Oriundo da força construtiva dos fatos sociais, o princípio possui



densidade legislativa, doutrinária e jurisprudencial que permite sua atual sustentação de *lege lata*.

Como verdadeiro *mandamento de otimização* o princípio da afetividade não possui um sentido rígido ou definitivo, pois será sempre apurado em uma situação concreta específica, embora seja possível pormenorizar seus contornos e aspectos centrais. Tanto as características das relações contemporâneas como as peculiaridades inerentes à própria afetividade indicam que resta melhor tutelada pela categoria de princípio jurídico.

Para uma melhor análise do conteúdo da afetividade desde logo cabe alertar que se tratará sempre de um sentido eminentemente jurídico, ou seja, quando se falar dela sob o prisma do Direito, estar-se-á tratando dos contornos jurídicos conferidos à afetividade.

Outra distinção que merece destaque é a que há entre os fatos indicativos da presença da afetividade e o regramento jurídico da afetividade. Os fatos se desenvolvem no meio social (na experiência concreta) e a partir da incidência do princípio da afetividade (previsto no ordenamento jurídico) é que serão, portanto, reconhecidos pelo Direito.

O princípio da afetividade possui uma *dupla face* cuja compreensão auxilia na exata percepção do seu sentido. A primeira delas é a *face de dever jurídico*, voltada para as pessoas que possuam algum vínculo de *parentalidade* ou de *conjugalidade* (aqui incluídas não só as relações matrimoniais, mas todas as uniões de alguma forma reconhecidas pelo sistema). Essa face do princípio vincula tais pessoas a condutas recíprocas representativas da afetividade inerente a tal relação.

A segunda faceta do princípio é a *face geradora de vínculo familiar*, voltada para as pessoas que ainda não possuam um vínculo reconhecido pelo sistema (seja de *parentalidade*, seja de *conjugalidade*), pela qual a incidência do princípio da afetividade consubstanciará um vínculo familiar entre os envolvidos. Nesta particularidade restará abarcada a noção da *posse de estado*. Ou seja, a presença de um dado conjunto fático fará incidir o princípio da afetividade de modo a configurar, a partir de então, um vínculo familiar decorrente daquela relação.

Obviamente que as duas faces do princípio não se confundem, mas também não se excluem, de modo que a partir de um reconhecimento de vínculo familiar decorrente da incidência da face *geradora de vínculos* do princípio automaticamente

incidirá sua outra face, a *de dever jurídico*. Apesar de se relacionarem, constituem duas facetas distintas, com características e consequências próprias que devem ser observadas.

Outra particularidade do princípio da afetividade que merece destaque é que ele possui duas dimensões: uma objetiva e outra subjetiva. A *dimensão objetiva* envolve a presença de fatos tidos como representativos de uma expressão de afetividade, ou seja, fatos sociais que indiquem a presença de uma manifestação afetiva. A *dimensão subjetiva* trata do afeto anímico em si, do sentimento de afeto propriamente dito. Esta dimensão subjetiva do princípio certamente escapa ao Direito, de modo que é sempre presumida, sendo que constatada a *dimensão objetiva* da afetividade restará desde logo presumida a presença da sua *dimensão subjetiva*. Dito de outro modo, é possível designá-lo como *princípio da afetividade jurídica objetiva*, o que ressalta o aspecto fático que é objeto da apreensão jurídica.

A *objetivação do princípio da afetividade* torna claro que sua leitura jurídica não irá se imiscuir no sentimento das pessoas ou em searas que são estranhas ao Direito. A presença da afetividade será apurada a partir da análise de atos/fatos concretos – tal como se dá com diversos outros institutos de acepção igualmente subjetiva.

O substrato do princípio não é exaustivo, haja vista que cabe à doutrina e à jurisprudência a fixação destes contornos, sendo que não é possível dizer que esta seja uma tarefa concluída. Ainda assim, é possível vislumbrar que a afetividade jurídica envolve atos de cuidado, de subsistência, de carinho, de educação, de suporte psíquico e emocional, de entreajuda, de comunhão de vida, entre outros. Apenas em uma dada situação fática se poderá apurar a presença ou não da afetividade, de modo que tais características podem variar de acordo com cada *fattispecie*.

A apuração da afetividade se dará pela verificação da presença de *fatos signo-presuntivos* desta manifestação afetiva, de modo que, ante a constatação de determinados fatos (dimensão objetiva), estes significarão desde logo a presença da afetividade, restando presumida então a sua dimensão subjetiva (presunção *iuris tantum*). A percepção da possibilidade de apuração da afetividade pela análise de *fatos signo-presuntivos* pode permitir uma maior operabilidade do princípio, superando dificuldades que poderiam se apresentar na sua verificação concreta.

Há que se destacar, ainda, que tal conjunto fático indicativo da afetividade deverá estar corroborado pela presença dos elementos da estabilidade e da ostentabilidade, de modo que apenas a presença concomitante destes elementos poderá indicar a constatação desta *afetividade familiar* geradora de efeitos jurídicos (o que permitirá afastar casos de manifestações afetivas eventuais ou fugazes, que não mereçam tal configuração).

Essas elucidações parecem contribuir para a defesa da viabilidade de utilização do princípio jurídico da afetividade no atual direito de família brasileiro, haja vista que para muitas das situações existenciais afetivas que se apresentam a legislação não traz respostas apriorísticas ou bem definidas. A presença da afetividade no sistema, ao lado dos demais institutos e princípios de direito de família, poderá facilitar as diversas outras construções teórico-práticas que ainda terão de ser enfrentadas.

Certamente que não se vislumbra a apuração do sentido do princípio da afetividade como finita, visto que é possível avançar na tarefa de tradução do seu significado. Ainda assim, parece que o afastamento dos obstáculos que muitas vezes são postos pode auxiliar na exortação por uma maior dedicação na busca pelos contornos jurídicos da afetividade.

No balanço entre os limites e as possibilidades advindos da leitura principiológica da afetividade é possível afirmar que suas projeções jurídicas podem contribuir para um renovado porvir do direito de família brasileiro, como objeto de construção e reconstrução constante. É o que se espera.

## REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. A ascensão do constitucionalismo mundial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. A boa-fé na relação de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 14, abr./jun. 1995.

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Incidência dos Princípios Constitucionais do Direito de Família. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). **Direito das Famílias: Contributo do IBDFAM em Homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. Os princípios constitucionais e sua aplicação nas relações jurídicas de família. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT JR., Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de (Coord.). **Famílias no direito contemporâneo**. Recife: Podivm, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Francisco. A Interpretação Jurídica Segundo o Código Civil. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, Forense, n. 29, p. 20-21, 2º sem./2007.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil: Introdução**. 7. ed., rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. O Código Civil e o Problema Metodológico de sua Realização. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Orgs.). **Direito Civil: direito patrimonial; direito existencial**. Estudos em Homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Método, 2006.

\_\_\_\_\_. O Direito Civil na Pós-Modernidade. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira et al. (Coord.). **Direito Civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

\_\_\_\_\_. Uma carta de princípios para um direito como ordem prática. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ANDRADE, Renata Cristina Othon Lacerda de Andrade. Aplicabilidade do Princípio da Afetividade às Relações Paterno-Filiais: a difícil escolha entre os laços de sangue e o afeto sem vínculos. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT JR., Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de (Coords.). **Famílias no direito contemporâneo**. Recife: Podivm, 2010.

ARIÈS, Philippe. **História Social da Criança e da Família**. Trad. Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

ASSIS, Marli Martins de. A Distorção Teórica dos Elementos Subjetivos nas Decisões Judiciais. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, Magister; Belo Horizonte, IBDFAM, v. 21, abr./maio 2011.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito: teorias da argumentação jurídica**. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: Da definição à aplicação da teoria dos princípios**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. A Adoção sob a Perspectiva da Proteção Integral. In: ZIMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Orgs.). **Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica**. 3. ed. Campinas: Millenium, 2010.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicação do Direito e Contexto Social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BARBOSA, Águida Arruda. Por Que Estatuto das Famílias? In: DIAS, Maria Berenice (Org.). **Direito das Famílias**: Contributo do IBDFAM em Homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BARBOZA, Heloísa Helena. Efeitos Jurídicos do Parentesco Socioafetivo. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre, Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, v. 9, abr./maio 2009.

BARCELLONA, Pietro. **Diritto privato e Società Moderna**. Napoli: Jovene Editore, 1996.

\_\_\_\_\_. **El individualismo propietario**. Madrid: Editorial Trotta, 1996.

BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação Racionalidade e atividade jurisdicional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

\_\_\_\_\_; BARROSO, Luís Roberto. O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A Nova Interpretação Constitucional**: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Lucas Abreu. **A Realização do Direito Civil**: entre normas jurídicas e práticas sociais. Curitiba: Juruá, 2011.

\_\_\_\_\_. Desmitificando as relações de família no novo direito civil. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT JR., Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de (Coords.). **Famílias no direito contemporâneo**. Recife: Podivm, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. A Constitucionalização do Direito e o Direito Civil. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **Direito Civil Contemporâneo**: novos problemas à luz da legalidade constitucional. Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. Entrevista [dignidade da pessoa humana]. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 04 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?tl=1&id=1188332&tit=O-conceito-da-dignidade-humana-e-um-dos-mais-ambiguos-no-Direito>>. Acesso em: 05 nov. 2011.

\_\_\_\_\_. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Constitucional**. 2. ed., rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Tomo II.

BARZOTTO, Luis Fernando. Positivismo jurídico. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar/Unisinos, 2006.

BAUMAN, Zygmunt. **Amor Líquido**: Sobre a Fragilidade dos Laços Humanos. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

\_\_\_\_\_. **Legisladores e Intérpretes:** Sobre Modernidade, Pós-Modernidade e Intelectuais. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

\_\_\_\_\_. **Legislators and interpreters. On Modernity, Postmodernity and Intellectuals.** Cambridge: Polity Press, 1987.

\_\_\_\_\_. **Modernidade Líquida.** Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

\_\_\_\_\_. **O Mal-estar da Pós-modernidade.** Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco:** rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BERCOVICI, Gilberto. A constitucionalização dirigente e a constitucionalização de tudo (ou do nada). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **A constitucionalização do direito:** fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BEVILÁQUA. Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado.** Rio de Janeiro: Rio, 1940. v. I – Edição Histórica.

BILBAO UBILLOS, Juan Maria. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BIRCHAL, Alice de Souza. Novos Paradigmas Jurídicos da Filiação e da Adoção: a afetividade como perfil da Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; ALVES, Leonardo Barreto Moreira (Coords.). **Leitura Complementares:** Direitos das Famílias. Salvador: Podivm, 2010.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Família.** 2. ed., atualizada por Carlos Alberto Bittar Filho e Márcia Sguizzardi Bittar. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BITTAR, Eduardo C. B. Razão e Afeto, Justiça e Direito Humanos: Dois Paralelos Cruzados para a Mudança Paradigmática. Reflexões Frankfurtianas e a Revolução pelo Afeto. **Revista Mestrado em Direito**, UNIFEO – Centro Universitário FIEO, Osasco, EDIFEO, ano 8, n. 1, p. 99-128, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função:** novos estudos de teoria do direito. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

\_\_\_\_\_. **O Positivismo Jurídico:** lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Blni e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do direito.** Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BODIN, Jean. **Os Seis Livros da República:** Livro Primeiro. Trad. José Carlos Orsi Morel. São Paulo: Ícone, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 25. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 5. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BRASIL. **Constituição da República Federativa Do Brasil de 1988.** Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 10 set. 2011.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 4.567, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Ementa com redação dada pela Lei nº 12.376, de 30.12.10. Redação anterior: Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Disponível em: <[http://www.amperj.org.br/store/legislacao/codigos/cc\\_introducao\\_DL4657.pdf](http://www.amperj.org.br/store/legislacao/codigos/cc_introducao_DL4657.pdf)>. Acesso em: 10 set. 2011.

\_\_\_\_\_. **Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010.** Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. DOU de 14.07.2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm)>. Acesso em: 10 set. 2011.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. DOU de 11.01.2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 10 set. 2011.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. DOU de 08.08.2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm)>. Acesso em: 10 set. 2011.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.698, 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. DOU de 16.06.2008. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm)>. Acesso em: 10 set. 2011.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.924, de 17 de abril de 2009.** Altera o art. 57 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, para autorizar o enteado ou a enteada a adotar o nome da família do padrasto ou da madrasta. DOU de 17.4.2009 - Edição extra. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L11924.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11924.htm)>. Acesso em: 10 set. 2011.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.010, de 03 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. DOU de 04.08.2009 e retificado no DOU de 02.09.2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm)>. Acesso em: 10 set. 2011.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.318, 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. DOU de 27.8.2010 e retificado no DOU de 31.08.2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm)>. Acesso em: 10 set. 2011.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010.** Altera a ementa do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. DOU de 31.12.2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12376.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12376.htm)>. Acesso em: 10 set. 2011.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei nº 2.285, de 25 de outubro de 2007.** (Do Dep. Sérgio Barradas Carneiro). Dispõe sobre o Estatuto das Famílias. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/517043.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2011.

BRONZE, Fernando José. **Lições de Introdução do Direito.** Coimbra: Coimbra, 2002.

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

CAMPOS, Diogo Leite de. A Nova Família. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Direitos de Família e do Menor: inovações e tendências – doutrina e jurisprudência**. 3. ed., rev. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Trad. portuguesa António Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Bypass” social e o núcleo essencial das prestações sociais. In: \_\_\_\_\_, **Estudos Sobre Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

\_\_\_\_\_. Dogmática dos Direitos Fundamentais e o Direito Privado. In: \_\_\_\_\_. **Estudos Sobre Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008.

\_\_\_\_\_. Princípios: Entre a Sabedoria e a Aprendizagem. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, v. LXXXII. Coimbra: Coimbra, 2006.

CAPPELLINI, Paolo. Pessoa Humana, Codificação ou Toute Histoire Véritable Est Une Histoire Du Subjectif. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; LEITE, Airton Cerqueira (Orgs.). **História do Direito em Perspectiva**. Curitiba: Juruá, 2008.

CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de filhos na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

\_\_\_\_\_. O Papel Jurídico do Afeto nas Relações de Família. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando os Fundamentos do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

\_\_\_\_\_. **Reserva da Intimidade – uma possível tutela da dignidade no espaço relacional da conjugalidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CARBONNIER, Jean. **Flessibile Diritto: per una sociologia del diritto senza rigore**. Milano: Giufrè, 1997.

CARRIÓ, Genaro R. **Notas Sobre Derecho y Lenguaje**. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

CARVALHO, Orlando de. **A Teoria Geral da Relação Jurídica**. 2. ed. Coimbra: Centelha, 1982.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, linguagem e método**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Dignidade da pessoa humana: o princípio dos princípios constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Orgs.). **Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: família, sucessões**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 5.

COMMAILLE, Jacques. Direito e Costumes ou o surgimento de um modelo de ilegitimidade recíproca. In: BARRETO, Vicente (Org.). **A Nova Família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.



CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciado 103. **III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal**. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2011.

\_\_\_\_\_. Enunciados 103 e 108. **I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal**. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2011.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

COSTA, Pedro Oliveira. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos (art. 421). In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Obrigações: Estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

COSTA, Pietro. **Soberania, Representação, Democracia: Ensaio de História do Pensamento Jurídico**. Trad. Alexander Rodrigues de Castro et al. Curitiba: Juruá, 2010.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. Trad. Heloisa da Graça Burati. São Paulo: Rideel, 2005.

DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DENNINGER, Erhard. “Segurança, diversidade e solidariedade” ao invés de “liberdade, igualdade e fraternidade”. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 88, dez. 2003.

DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&M, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. O Estatuto da Ética. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**, 22.12.2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=698>>. Acesso em: 24 out. 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**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 5: Direito de Família.

\_\_\_\_\_. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**. 16. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação: Na Idade da Globalização e da Exclusão**. Trad. Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

\_\_\_\_\_. Europa, Modernidad y Eurocentrismo. In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber. Eurocentrismo e Ciências Sociais. Perspectivas Latino-americanas**. São Paulo: Clacso, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **O Império do Direito**. 2. ed. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ELIAS, Norbert. **O Processo Civilizador**. Trad. da versão inglesa Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993. v. 2.

ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. Trad. Ruth M. Klaus. São Paulo: Centauro, 2002.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. 2. ed., rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ESTEVES, João Luiz M. **Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Método, 2007.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões Histórico-Dedutivas sobre a Constitucionalização do Direito Privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. A Construção do Direito Privado Contemporâneo na Experiência Crítico-Doutrinária Brasileira. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. XVIII: do direito de família, do direito pessoal, das relações de parentesco.

\_\_\_\_\_. **Da Paternidade**: Relação Biológica e Afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

\_\_\_\_\_. **Direito de família**: Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. Direitos da personalidade no Código Civil Brasileiro. In: \_\_\_\_\_. **Direito Civil – direito patrimonial e direito existencial**. São Paulo: Método, 2006.

\_\_\_\_\_. Do Direito de Família. Do Direito Pessoal. Das Relações de Parentesco. Arts. 1.591 a 1.638. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. XVIII.

\_\_\_\_\_. Em defesa da Constituição Prospectiva e a nova Metodica Crítica do Direito Civil e suas 'constitucionalizações'. In: \_\_\_\_\_. **Questões do Direito Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. Em Nome do Pai (estudo sobre o sentido e alcance do *lugar jurídico* ocupado no pátrio dever, na tutela e na curatela). In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de Família Contemporâneo**: doutrina, jurisprudência, direito comparado e interdisciplinaridade. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

\_\_\_\_\_. **Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992.

\_\_\_\_\_. Família. In: \_\_\_\_\_. **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar/Unisinos, 2006.

\_\_\_\_\_. La Construcción del Derecho Privado Contemporáneo Brasileño. **Revista de Derecho Comparado**, n. 15: reformas concursales: segunda parte/dirigido por Júlio César Rivera Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2009.

\_\_\_\_\_. Paternidade e Ascendência Genética. In: \_\_\_\_\_. **Direito de família. Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. Paternidade e Ascendência Genética. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.) **Grandes Temas da Atualidade: DNA Como Meio de Prova da Filiação**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. Princípios Constitucionais do Direito de Família brasileiro contemporâneo. In: BASTOS, Ferreira Eliene; DIAS, Maria Berenice (Coords.). **A família além dos mitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

\_\_\_\_\_. **Questões do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. **Teoria crítica do direito civil**. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direito de Família. Casamento: arts. 1.511 a 1.590. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). **Código Civil Comentado**. São Paulo: Atlas, 2003. v. XV.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2. ed., rev., amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI**: o dicionário da língua portuguesa. 3. ed., rev. e amp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FIGUEROA, Alfonso García. Princípios e direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FINGER, Julio César. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **A Constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A Cultura Jurídica Brasileira e a Questão da Codificação Civil no Século XIX. **Revista de Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, SER/UFPR, n. 44, n. 1 (1953), 2006.

\_\_\_\_\_. **Introdução Teórica à História do Direito**. Curitiba: Juruá, 2009.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975/1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FRANÇA, R. Limongi. **Princípios Gerais do Direito**. 3. ed., rev. e atual. Atualização de Antonio de S. Limongi França e Flávio Tartuce. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo. (Orgs.). **O Superior Tribunal de Justiça e a Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha; ASSIS, Vivian Alves de. O regime de bens do casamento da pessoa maior de sessenta anos: a inconstitucionalidade da obrigatoriedade do regime de separação de bens. In: NUNES, João Batista Amorim de Vilhena (Coord.). **Família e Sucessões**: reflexões atuais. Curitiba: Juruá, 2009.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação**. São Paulo: Atlas, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2011. v. VI.

GALBRAITH, John Kenneth (1977). **A Era da Incerteza**. 8. ed. São Paulo: Pioneira, 1988.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A Emocionalidade em Áreas Jurídicas Específicas. In: ZIMERMANN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Orgs.). **Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica**. 3. ed. Campinas: Millenium, 2010.

\_\_\_\_\_. **Princípios Constitucionais do Direito de Família**: família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008.

GIDDENS, Anthony. **A Transformação da Intimidade**: Sexualidade, Amor & Erotismo nas Sociedades Modernas. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1993.

GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 747, jan. 1998.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **Direito de Família Contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

GLANZ, Semy. **A Família Mutante – sociologia e direito comparado**: inclusive o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GOMES, Orlando. **O Novo Direito de Família**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984.

\_\_\_\_\_. **Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6: Direito de Família.

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

GRISARD FILHO, Waldyr. **Famílias Reconstituídas**: novas uniões depois da separação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GROENINGA, Giselle Câmara. A Função do Afeto nos “Contratos Familiares”. In: DIAS, Maria Berenice et al. (Coords.). **Afeto e Estruturas Familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

\_\_\_\_\_. Direito de Família. In: BARBOSA, Águida Arruda; VIEIRA, Claudia Stein (Orgs.). **Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 7.

\_\_\_\_\_. Os Direitos da Personalidade e o Direito a Ter Uma Personalidade. In: ZIMERMANN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Orgs.). **Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica**. 3. ed. Campinas: Millenium, 2010.

GROSSI, Paolo. Entrevista. **Gazeta do Povo**, edição de 02 set. 2011. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?tl=1&id=1164935&tit=O-Direito-e-uma-dimensao-insubstituivel-da-sociedade>>. Acesso em: 03 set. 2011.

\_\_\_\_\_. **História da propriedade e outros ensaios**. Trad. Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. **Il diritto civile tra le rigidità di ieri e le mobilità di oggi**. Bari: Cacuci Editore, 2009.

\_\_\_\_\_. **Mitologias jurídicas da modernidade**. 2. ed. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

\_\_\_\_\_. Para além do subjetivismo moderno. In: FONSECA; Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airtton Cerqueira Leite (Orgs.). **História do direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade**. Curitiba: Juruá, 2008.

\_\_\_\_\_. **Scienza Giuridica Italiana: Un profilo storico**. Milano: Giuffrè Editore, 2000.

GUASTINI, Riccardo. A 'Constitucionalização' do ordenamento jurídico e a experiência italiana. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HESPANHA, António Manuel. "Carne de uma só Carne" – Para uma Compreensão dos Fundamentos Histórico Antropológicos da Família na Época Moderna. In: \_\_\_\_\_. **A Política Perdida: Ordem e Governo Antes da Modernidade**. Curitiba: Juruá, 2010.

\_\_\_\_\_. **Cultura Jurídica Européia**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

\_\_\_\_\_. **O Caleidoscópio do Direito: o direito e a justiça nos dias de hoje e no mundo de hoje**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

\_\_\_\_\_. Os juristas como couteiros – A ordem na Europa Ocidental nos inícios da Idade Moderna. In: \_\_\_\_\_. **A política perdida: ordem e governo antes da modernidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1992.

\_\_\_\_\_. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. Trad. Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. As Inovações Biotecnológicas e o Direito das Sucessões. In: MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PEREIRA Sérgio Gisckow (Coords.). **Direito Contemporâneo de Família e das Sucessões: estudos jurídicos em homenagem aos 20 anos de docência do professor Rolf Madaleno**. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

\_\_\_\_\_. Sobre Peixes e Afetos – Um Devaneio Acerca da Ética no Direito. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. São Paulo: IOB Thompson, 2006.

\_\_\_\_\_. Responsabilidade Civil: Estado da Arte no Declínio do Segundo Milênio e Alguns Sabores de Um Novo Tempo. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONINI, Rogério (Orgs.). **Responsabilidade Civil: Estudos em Homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

HORKHEIMER, Max. Autoridade e Família. In: \_\_\_\_\_. **Teoria Crítica: Uma Documentação**. Trad. Hilde Cohn. São Paulo: Perspectiva/Editora da Universidade de São Paulo, 1990. Tomo I.

IBDFAM. **PL 2285/07 - Estatuto das Famílias**. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?observatorio&proposicoes&p=2>>. Acesso em: 18 out. 2011.

IBOPE. **Índice de Confiança Social**. Disponível em <[http://www.ibope.com.br/download/relatorio\\_ics\\_set.pdf](http://www.ibope.com.br/download/relatorio_ics_set.pdf)>. Acesso em: 05 out. 2011.

IRTI, Natalino. **L'Etá della Decodificazione**. Milano: Giuffrè Editore, 1979.

JAYME, Erik. Pós-Modernismo e Direito de Família. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, v. LXXVIII. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2002.

JONAS, Hans. **O Princípio Responsabilidade**: Ensaio de uma Ética para a Civilização Tecnológica. Trad. Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto/Ed. PUC-Rio, 2006.

\_\_\_\_\_. **O Princípio Vida**: fundamentos para uma biologia filosófica. Trad. Carlos Almeida Pereira. Petrópolis: Vozes, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KUHN, Thomas. **A Estrutura das revoluções científicas**. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2009.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 5: Direito de Família.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito de Família**: Origem e Evolução do Casamento. Curitiba: Juruá, 1991.

LEVI-STRAUSS, Claude. **As Estruturas Elementares do Parentesco**. Trad. Mariano Ferreira. Petrópolis: Vozes, 1982.

LIPOVETSKY, Gilles. **A Era do Vazio**. Trad. Therezinha Monteiro Deutsch. Barueri: Manole, 2005.

\_\_\_\_\_. **A Felicidade Paradoxal**: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. Trad. Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

\_\_\_\_\_. **A Sociedade Pós-Moralista**: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos. Trad. Armando Braio Ara. Barueri: Manole, 2005.

\_\_\_\_\_. **Tempos Hipermodernos**. Trad. Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.

LIRA, Ricardo Pereira. Breve Estudo Sobre as Entidades Familiares. In: BARRETO, Vicente (Org.). **A Nova Família**: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 5: direito de família e sucessões.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, Síntese, IBDFAM, v. 6, n. 24, jun./jul. 2004.

\_\_\_\_\_. A Socioafetividade no Direito de Família: a persistente trajetória de um conceito fundamental. In: DIAS, Maria Berenice et al. (Coords.). **Afeto e Estruturas Familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil – Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional. **Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil**: Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. Direito de Família. Relações de Parentesco. Direito Patrimonial. Arts.1.591 a 1.693. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). **Código Civil Comentado**. São Paulo: Atlas, 2003. v. XV.

\_\_\_\_\_. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, Síntese, v. 3, n. 12, IBDFAM, jan./mar. 2002.

\_\_\_\_\_. O Exame de DNA e o Princípio da Dignidade Humana. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, Síntese, v. 1, p. 67-73, abr./jun. 1999.

\_\_\_\_\_. O princípio constitucional da solidariedade nas relações de família. In: CONRADO, Marcelo (Org.). **Direito Privado e Constituição**: ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio. Curitiba: Juruá, 2009.

\_\_\_\_\_. 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.

\_\_\_\_\_. Socioafetividade no Direito de Família: a Persistente Trajetória de um Conceito Fundamental. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre, Magister; Belo Horizonte, IBDFAM, v. 5, ago./set. 2008.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros ensaios**. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**: lições introdutórias. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

LOPEZ, Teresa Ancona. Princípios Contratuais. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). **Contratos Empresariais**: Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais. São Paulo: Saraiva, 2007.

LORENZETTI, Ricardo Luís. Analisis crítico de la autonomía privada contractual. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 14, p. 12. São Paulo, abr./jun. 1995.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. **Teoria da Decisão Judicial**: fundamentos de direito. Trad. Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LUCHAIRE, François. Les Fondements Constitutionnels Du Droit Civil. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris: Sirey, n. 2, 81<sup>o</sup> année, p. 245-328, abril/juin. 1982.

LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma filosofia jurídica da libertação**: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

LUHMANN, Niklas. Por que uma "teoria dos sistemas"? In: STEIN, Ernildo; BONI, Luís A. de (Orgs.). **Dialética e liberdade**: Festschrift em homenagem a Carlos Roberto Cirne Lima. Petrópolis: Vozes; Porto Alegre: Editora da UFRGS, 1993.

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. Trad. Ricardo Corrêa Barbosa. 7. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2002.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito**. São Paulo: Brasiliense, 2006.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4. ed., rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas Modalidades de Família na Pós-Modernidade**. São Paulo: Atlas, 2010.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. Direito na Pós-Modernidade e a Teoria de Erik Jayme. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de (Org.). **Faces do Multiculturalismo: Teoria – Política – Direito**. Santo Ângelo: Ediuri, 2007.

\_\_\_\_\_. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. **Revista de Direito do Consumidor**, ano 13, n. 51, jul./set. 2004.

MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica e Sistema Constitucional: a decisão judicial entre o sentido da estrutura e a estrutura do sentido**. Florianópolis: Habitus, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. O direito privado como um “sistema em construção” – As cláusulas gerais no projeto de Código Civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 753, ano 87, p. 29-33, jul. 1998.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. “Novas” Entidades Familiares. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **A Construção dos Novos Direitos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.

\_\_\_\_\_. **As Famílias Não Fundadas no Casamento e a Condição Feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MICHEL, Andrée. Modèles sociologiques de la famille dans les sociétés contemporaines. **Archives de Philosophie du Droit: réforme du droit de la famille**. Paris: Sirey, 1975.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Atualizada por Regina Beatriz Tavares da Silva. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 2: Direito de Família.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A Constitucionalização do Direito Civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. A Família Democrática. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Anais do V Congresso Brasileiro do Direito de Família**. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

\_\_\_\_\_. **Na Medida da Pessoa Humana: estudos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

\_\_\_\_\_. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

\_\_\_\_\_. O princípio da solidariedade. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.). **A construção dos novos direitos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.

\_\_\_\_\_. Perspectivas a partir do direito civil constitucional. In: **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. Anais do Congresso



Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_. **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MORIN, Edgar. **Introdução ao Pensamento Complexo**. Trad. Eliane Lisboa. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2011.

\_\_\_\_\_. **Para Onde Vai o Mundo?** Trad. Francisco Morás. Petrópolis: Vozes, 2010.

MOTTA, Carlos Dias. **Direito Matrimonial e seus princípios jurídicos**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: direito de família**. 5. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 5.

NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. A autonomia privada na legalidade constitucional. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). **Contrato & Sociedade: princípios de direito contratual**. Curitiba: Juruá, 2006. v. 2.

NALINI, José Renato. Ética e Família na Sociedade Pós-Moralista. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Coord.). **Estudos Jurídicos em Homenagem ao Centenário de Edgard de Moura Bittencourt: a revisão do direito de família**. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

NEVES, Castanheira. **Metodologia Jurídica: Problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 1993.

NEVES, Guilherme Kloh Muller. Os Princípios entre a teoria geral do direito e o direito civil constitucional. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira et al. (Org.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NIETZSCHE, Friedrich. **A Gaia Ciência**. Trad. Antonio Carlos Braga. São Paulo: Escala, 2006.

NOGUEIRA, Jenny Magnani. A Instituição da Família em A Cidade Antiga. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

OLIVEIRA, Catarina Almeida de. Refletindo o Afeto nas Relações de Família. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT JR., Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de (Coords.). **Famílias no direito contemporâneo**. Recife: Podivm, 2010.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa de Souza. A Constituição Dirigente Está Morta... Viva a Constituição Dirigente! In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

OLIVEIRA, Guilherme de. **CrITÉrio Jurídico da Paternidade**. Reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. **Estabelecimento da Filiação: notas aos artigos 1796º - 1873º do Código Civil**. – 1. ed., 6. reimp. Coimbra: Almedina, 2001.

\_\_\_\_\_; PEREIRA COELHO, Francisco. **Curso de direito de família**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2008. v. 1.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de direito de família**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

PAULINI, Umberto; FACHIN, Melina Girardi. Problematizando a eficácia dos direitos fundamentais ente particulares: ainda e sempre sobre a constitucionalização do direito civil. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira et al. (Orgs.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PAULO, Beatrice Marinho. Ser Mãe nas Novas Configurações Familiares: a maternidade Psicoafetiva. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, Magister; Belo Horizonte, IBDFAM, v. 9, abr./maio 2009.

\_\_\_\_\_. Ser pai nas novas configurações familiares: a paternidade psicoafetiva. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, Magister; Belo Horizonte, IBDFAM, v.10, jun./jul. 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 19. ed., rev. e atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Direito de Família, v. 5.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Luís Fernando Lopes. Autoconsciência e processo civilizacional em Norbert Elias. **Revista Relações Internacionais no Mundo Atual**, Periódico das Faculdades Integradas Curitiba, Curitiba, ano 2, v. 2, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípio da Afetividade. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. **Princípios Fundamentais Norteadores para o Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

\_\_\_\_\_. Uma Principiologia para o Direito de Família. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; ALVES, Leonardo Barreto Moreira (Coords.). **Leitura Complementares: Direitos das Famílias**. Salvador: Podivm, 2010.

PEREIRA, Tânia da Silva; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. A Socioafetividade e o Cuidado: o direito de acrescer o sobrenome do padrasto. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). **Direito das Famílias: Contributo do IBDFAM em Homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PERLINGIERI, Pietro. A Doutrina do Direito Civil na Legalidade Constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_. La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 31, p. 75-79, jul./set. 2007.

\_\_\_\_\_. **La persona e i suoi diritti: problemi del diritto civile**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005.

\_\_\_\_\_. **Manuale di Diritto Civile**. 6. ed., amp. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2007.

\_\_\_\_\_. **Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile**. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2004.

\_\_\_\_\_. **O direito civil na legalidade constitucional.** Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. **Perfis do Direito Civil:** Introdução ao Direito Civil-Constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_; FEMIA, Pasquale. **Nozioni Introduttive e princípi fondamentali del diritto civile.** 2. ed., amp., riv. ed agg. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2004.

PERROT, Michelle (Org.). **História da Vida Privada.** 4: Da Revolução Francesa à Primeira Guerra Mundial. Trad. Denise Bottman, Bernardo Joffily. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil.** 4 ed. Atual. por António Pinto Monteiro e Paulo da Mota Pinto. Coimbra: Coimbra, 2005.

POZZI, Cláudia E. (Trans)Fronteiras da Parentalidade – Os Olhares Epistemológicos de Grossi e Arnaud no Campo das Família. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). **Pensamento Crítico do Direito Civil Brasileiro.** Curitiba: Juruá, 2011.

PROST, Antoine; VINCENT, Gérard (Orgs.). **História da Vida Privada.** 5: Da Revolução Francesa à Primeira Guerra Mundial. Trad. Denise Bottman, Dorothee de Bruchard. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

\_\_\_\_\_. **Família Sem Casamento:** de relação existencial de fato à realidade jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

RESTA, Eligio. **Diritto Vivente.** Bari: Editori Laterza, 2008.

RIBEIRO, Joaquim de Souza. A constitucionalização do direito civil. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra,** v. LXXIV. Coimbra: Coimbra, 1998.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. A Constitucionalização do Direito Tributário. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

RIVERA, Júlio César. El derecho privado constitucional. **Revista dos Tribunais,** v. 725. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. 1996.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família.** 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ROCHA, Marco Túlio Carvalho. **O Conceito de Família e Suas Implicações Jurídicas:** teoria sociojurídica do direito de família. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

RODOTÀ, Stefano. **Dal soggetto alla persona.** Napoli: Editoriale Scientifica, 2007.

RODRIGUES, Renata de Lima; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Multiparentalidade como Fenômeno Jurídico Contemporâneo. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões,** Porto Alegre, Magister / Belo Horizonte, IBDFAM, v. 14, fev./mar. 2010.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil.** 28. ed., rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004. Direito de Família, v. 6.

ROTHENGURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**: princípios de direito político. Trad. J. Cretella Junior e Agnes Cretella. 2. ed. rev. da tradução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias Simultâneas**: da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

\_\_\_\_\_. **Institutos Fundamentais de Direito Civil e Liberdade(s)**: Repensando a Dimensão Funcional do Contrato, da Propriedade e da Família. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

\_\_\_\_\_; FACHIN, Luiz Edson. Direitos Fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, Padma, v. 4, out./dez. 2000.

SALDANHA, Nelson. **O Jardim e a Praça**: o Privado e o Público na Vida Social e Histórica. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Atlântica, 2005.

SANTOS, Milton. **Técnica, Espaço, Tempo**. Globalização e Meio Técnico-científico-informacional. 5. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. Breves notas sobre a contribuição dos princípios para a renovação da jurisprudência brasileira. In: **Direito civil contemporâneo**: novos problemas à luz da legalidade constitucional. Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **A Constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: \_\_\_\_\_. (Coord.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional – construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

\_\_\_\_\_. Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHREIBER, Anderson. Famílias Simultâneas e Redes Familiares. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; ALVES, Leonardo Barreto Moreira (Coords.). **Leituras Complementares**: Direitos das Famílias. Salvador: Podivm, 2010.

SESSAREGO, Carlos Fernádes. **Derecho y Persona**. Trujillo-Peru: Normas Legales, 1995.

SILVA, Eduardo. A Dignidade da Pessoa Humana e a Comunhão Plena de Vida. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A Reconstrução do Direito Privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais de direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições, eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. O Proporcional e o Razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 798, p. 23-50, 2002.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. O Direito de Família Pós-Moderno: Breves Apontamentos. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, Magister/Belo Horizonte, IBDFAM, v. 3, abr./maio 2008.

STAUT, Sergio Said. 'A Escola da Exegese: percurso histórico de uma simplificação e redução do direito.' In: CARBONERA, Silvana Maria; OPUSKA, Paulo Ricardo (Orgs.). **Direito Moderno e Contemporâneo**: Perspectivas Críticas. Pelotas: Delfos, 2008.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

STF. 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.

STJ. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.000.356/SP**. Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., unânime, j. em 25.05.2010. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 28 ago. 2010.

\_\_\_\_\_. **Recurso Especial 1.078.285**. Rel. Massami Uyeda, 3ª T., unânime, j. em 13.10.2009. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 28 ago. 2010.

\_\_\_\_\_. **Recurso Especial 1.088.157/PB**. Rel. Min. Massami Uyeda, 3ª T., unânime, j. em 23.06.2009. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 28 ago. 2010.

\_\_\_\_\_. **Recurso Especial 1.122.547**. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., unânime, j. em 10.11.2009. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 28 ago. 2010.

\_\_\_\_\_. **Recurso Especial 1.183.378/RS**. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., por maioria, j. em 25.10.2011. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 28 ago. 2010.

\_\_\_\_\_. **Recurso Especial 119.346/GO**. Rel. Min. Barros Monteiro, 4ª T., unânime, j. em 01.04.2003. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 28 ago. 2010.

\_\_\_\_\_. **Recurso Especial 127.541**. Rel. Min. Eduardo Ribeiro, 3ª T., j. em 10.04.2000, unânime. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 28 ago. 2010.

\_\_\_\_\_. **Recurso Especial 450.566/RS**. Rel. Min. Nancy Andrighi, unânime, 3ª T., j. em 03.05.2011. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 28 ago. 2010.

\_\_\_\_\_. **Recurso Especial 709.608/MS** (2004/0174616-7). Rel. Min. João Otávio de Noronha, 4ª T., unânime, j. em 05.11.2009. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 28 ago. 2010.

\_\_\_\_\_. **Recurso Especial 813.604/SC**. Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., unânime, j. em 16.08.2007. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 28 ago. 2010.

\_\_\_\_\_. **Recurso Especial 878.941/DF** (2006/0086284-0). Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 21.08.2007. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 28 ago. 2010.

\_\_\_\_\_. **Recurso Especial 889.852/RS**. Rel. Min. Luis Felipe Salmão, 4ª T., unânime, j. em 27.04.2010. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 28 ago. 2010.

STRECK, Lenio Luiz. O papel da Constituição dirigente na batalha contra decisionismos e arbitrariedades interpretativas. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Estudos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TARTUCE, Flávio. Princípios Constitucionais e Direito de Família. In: SIMÃO, José Fernando et al. (Orgs.). **Direito de Família do Novo Milênio**: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2010.

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

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado Teixeira. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: COMAILLE, Jacques et al. **A Nova Família**: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

\_\_\_\_\_. A Disciplina Jurídica da Filiação na Perspectiva Civil-Constitucional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de Família Contemporâneo**: doutrina, jurisprudência, direito comparado e interdisciplinaridade. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

\_\_\_\_\_. A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento jurídico brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas. In: HARMATIUK, Ana Carla (Org.). **A construção dos novos direitos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.

\_\_\_\_\_. Bases Teóricas Para o Novo Direito de Família. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, Padma, v. 23, jul./set. 2005.

\_\_\_\_\_. Itinerário para um imprescindível debate metodológico. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, Padma, n. 35, jul./set. 2008.

\_\_\_\_\_. Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento. In: CONRADO, Marcelo (Org.). **Direito Privado e Constituição**: ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio. Curitiba: Juruá, 2009.

\_\_\_\_\_. O Código Civil, os chamados micro sistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: \_\_\_\_\_. **Problemas de Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. O Ocaso da Subsunção. In: \_\_\_\_\_. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Tomo III.

\_\_\_\_\_. Por Uma Nova Dogmática. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Tomo II.

\_\_\_\_\_. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: \_\_\_\_\_. **Temas de direito civil**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Tomo II.

\_\_\_\_\_. Uniões de Pessoas do Mesmo Sexo e Teoria da Interpretação. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, Padma, v. 45, jan./mar. 2011.

\_\_\_\_\_. Velhos e Novos Mitos da Teoria da Interpretação. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, Padma, v. 28, out/dez. 2006.

TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, n. 65, jul./set. 1993.

TJ/GO. **Autos: 020113873908**, 1ª Vara Criminal de Anápolis/GO, Juíza de Direito Ana Cláudia Veloso Magalhães. Decisão disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/homologacao-flagrante-resolucao-cnj.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2011.

TJ/PR. **Apelação Cível 108.417-9**, Curitiba, origem: 2ª Vara de Família, Apelante: G. S. / Apelado: A. F. S. / Relator: Des. Accácio Cambi. Curitiba, 12.12.2001 / Título da Ementa: "Negatória de Paternidade. 'Adoção à brasileira'. Confronto entre a verdade biológica e a sócio-afetiva. Tutela da dignidade da pessoa humana. Procedência. Decisão reformada.

TJ/RS. Apelação Cível 70013801592, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 05.04.2006. Disponível em: <<http://br.vlex.com/vid/-43376349>>. Acesso em: 24 set. 2011

TORRES, Ricardo Lobo. A Constitucionalização do Direito Financeiro. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. A Jurisprudência dos Valores. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

VENCELAU, 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.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Código Civil Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2010.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Trad. Tercio Sampaio Ferraz Junior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VILLAÇA, Álvaro. **Estatuto da Família de Fato**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

VILLELA, João Baptista. A Desbiologização da Paternidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, UFMG, ano XXVII, n. 21, maio 1979.

\_\_\_\_\_. Família hoje. Entrevista concedida a Leonardo de Andrade Mattietto. In: BARRETO, Vicente (Org.). **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

VILLEY, Michel. **A Formação do Pensamento Jurídico Moderno**. Trad. Claudia Berliner. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

\_\_\_\_\_. **Filosofia do direito**: definições e fins do direito: os meios do direito. Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da; **Direito Civil**: direito de família. 17. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5.

WELTER, Belmiro Pedro. **Teoria Tridimensional do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. Introdução aos Fundamentos de uma Teoria Geral dos “Novos” Direitos. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il diritto mitte: legge, diritti, giustizia**. Torino: Einaudi, 1992.