

HERMENEUTICA CONSTITUCIONAL E A CONSTRUÇÃO DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS AND THE CONTRUCTION OF THE PRINCIPLE OF AFFECTIVITY

Claudia Vechi Torres¹

Maria dos Remédios Fontes Silva²

RESUMO: A Afetividade é uma nova forma de compreensão das relações familiares na pós-modernidade, que trabalham com ações e reações complexas, somente possíveis de serem compreendidas com o auxílio da Hermenêutica Constitucional, cuja abordagem interpretativa da norma considera o homem como ser ontologicamente de linguagem, que também se expressam com gestos, sinais, com seu próprio corpo, olhar; restituindo-lhes a palavra e oportunizando a resignificação do conflito. O objetivo geral deste artigo é analisar o princípio da afetividade nas recentes interpretações judiciais realizadas nos Tribunais Superiores, que utilizaram ou não tal princípio como fundamento da decisão judicial, no intuito de verificar os critérios e parâmetros utilizados, que permitem identificar a afetividade como norma-princípio. Para tanto, inicialmente será conceituado e compreendido o princípio da afetividade pelo enfoque do equilíbrio que tal princípio deve proporcionar com relação a consistência constitucional e a adequação social, para em seguida fazer uma análise das decisões do STF e STJ que versam sobre afetividade, verificando-se ao final se há critérios, parâmetros que distanciam a afetividade da subjetividade, aproximando-a da objetividade; utilizando-se o método exegético-jurídico e dialético dedutivo, respaldado pela consulta doutrinária, jurídico-normativa e jurisprudencial.

Palavras-Chave: Hermênutica Constitucional; Princípio da Afetividade; Interpretação Judicial.

ABSTRACT: Affectivity is a new path to understanding the familiar relations on post-modernity, which work with complex actions and reactions, which can only be understood through the Constitutional Hermeneutics, whose interpretative approach on the collective norm considers man as an ontological being of language., who also expresses itself with gestures, signals, with its own body, looks; restituting to them the word and granting the opportunity to resignify the conflict. The general purpose of this article is to analyze the principle of affectivity on recent juridical interpretations performed on Superior Courts, which used or not such principle as basis to the judicial decision, in order to verify the criteria and parameters used, that allow to identify affectivity as principle-norm. For that, the principle of affectivity will be conceptualized and understood focusing on the balance such principle must provide to the constitutional consistency and the social adequacy, verifying in the end if there are criteria,

¹ Advogada, Professora Substituta da UERN e UFRN, graduada em Direito pelo UniCeub, especialista em Desenvolvimento Sustentável e Direito Ambiental pela UnB, mestranda em Direito Constitucional pela UFRN.

² Doutora em Direitos humanos pela Université Catholique de LYON – França. Pós-Doutorado pela Université Lumière LYON II – France. Coordenadora da Base de Pesquisa em Direito Estado e Sociedade, Professora Associada IV do Programa de Pós-graduação em Direito da UFRN.

parameters that separate affectivity from subjectivity, approaching it to objectivity; utilizing the juridical-exegetic and deductive dialectic methods, backed by doctrinaire, juridical-normative and jurisprudential consult.

Key-words: Constitutional hermeneutics; Affectivity principle; Judicial interpretation.

1 INTRODUÇÃO

Um novo contexto familiar brasileiro foi inaugurado com a Constituição Federal de 1988 (CF/88), que no art. 226 abriu a possibilidade de inclusão de novas construções familiares, como a família homoafetiva, pluriparental ou recomposta, poliafetiva ou simultânea, solidária ou irmandade, espelhando as transformações vividas pela sociedade brasileira.

No mesmo diapasão, as recentes interpretações judiciais passaram a incorporar algo à realidade, a partir do preenchimento, complementação e delimitação do espaço do problema, deixando de lado o conservadorismo (tradição, precedentes, sumulas) e optando por revolucionar.

A afetividade está despontando, ora como permissivo para identificação de novas construções familiares, ora como restrição para sua identificação. Não há um parâmetro, um critério para o uso desse preceito, o que leva alguns doutrinadores da área hermenêutica a entenderem que a afetividade não é princípio, havendo discussão sobre o alto grau de subjetividade do mesmo.

O papel da nova hermenêutica constitucional é de suma importância nesse processo, pois esta procura equilibrar a ontologia (a linguagem) e epistemologia, apresentando métodos de interpretação/aplicação do direito que auxiliam o julgador no momento em que se depara com conflitos de normas fundamentais constitucionais, sejam regras ou princípios, criados a partir de valores supremos eleitos pelo Poder Constituinte, mas que não se petrificaram e sim sofrem constante mutação, a partir dos novos valores morais socialmente aceitos.

O objetivo geral deste artigo é analisar o princípio da afetividade nas recentes interpretações judiciais realizadas nos Tribunais Superiores, que utilizaram ou não tal princípio como fundamento da decisão judicial, no intuito de verificar os critérios e parâmetros utilizados, que permitem identificar a afetividade como norma-princípio; utilizando-se o método exegetico-jurídico e dialético dedutivo, respaldado pela consulta doutrinária, jurídico-normativa e jurisprudencial.

Para tanto, inicialmente será conceituado e compreendido o princípio da afetividade

pelo enfoque do equilíbrio que tal princípio deve proporcionar com relação a consistência constitucional e a adequação social, para em seguida fazer uma análise das decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ) que versam sobre afetividade, verificando-se ao final se há critérios, parâmetros que distanciam a afetividade da subjetividade, aproximando-a da objetividade.

É válido ressaltar a importância da abordagem do tema, que pode ser justificada pela necessidade do estudo da hermenêutica e da construção de princípios, a partir de diretrizes traçadas pela doutrina, as quais permitem que um princípio seja identificado no mundo jurídico e adotado em decisões judiciais que viabilizam soluções atuais e inovadoras.

2 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE: EM BUSCA DO EQUILÍBRIO ENTRE A CONSISTÊNCIA CONSTITUCIONAL E A ADEQUAÇÃO SOCIAL

A afetividade é apontada como o “elo que mantém pessoas unidas nas relações familiares”, que fundamenta o direito das famílias na “estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico”. (LÔBO, 2008, p. 47-52)

É unânime na doutrina de direito da família a existência do princípio da afetividade, o qual recebeu impulso dos valores aclamados na Constituição Federal de 1988. A afetividade tem uma face subjetiva (interior, ligada a emoções, sentimentos) e outra objetiva (exterior), que pode ser identificada por meio de atos cotidianos como o cuidado e a atenção para com o outro, pelo estabelecimento de vínculos pessoais mais íntimos (entre casais, entre pais e filhos, entre parentes). Essa parte objetiva da afetividade proporciona o pleno desenvolvimento da pessoa. Por outro lado, a falta de afetividade acarreta inúmeros sofrimentos e dores que podem repercutir negativamente no equilíbrio da pessoa.

O princípio da afetividade está implícito na CF/88, tendo como fundamentos constitutivos a convivência familiar assegurada à criança e ao adolescente (art. 227); bem como a igualdade entre filhos, biológicos ou não (art. 227, §6º). Também na adoção, como escolha afetiva (art. 227, §§ 5º e 6º) este princípio pode ser vislumbrado; e na comunidade monoparental, formada por um dos pais e seus filhos, biológicos ou não (art. 226, §4º). (LÔBO, 2009, p. 13)

Partindo do entendimento de que afetividade é um princípio que pode e deve ser utilizado pelo intérprete para solucionar demandas que envolvem relações familiares; que sua

finalidade é a realização da ternura, do cuidado e atenção para com o outro; e sabendo-se que o juiz parte do texto da norma e dos fatos, para elaborar a norma de decisão específica do caso concreto, fornecendo uma resposta jurídica a tais demandas; observa-se que tal princípio é diretriz valorativa que orienta o processo construtivo de interpretação que não pode violar a consistência constitucional visando alcançar uma adequação social, nem tão pouco pode se dissociar da realidade social em prol da manutenção da consistência constitucional.

Marcelo Neves (2013, p. XVII) entende que os princípios ampliam a possibilidade de argumentação, pois “atuam como estímulos à construção de argumentos que possam servir a soluções satisfatórias de casos, sem que estas se reduzam a opções discricionárias”. Todavia, ele demonstra grande preocupação com a invocação dos princípios nas decisões judiciais e prática jurídica, quando estes afastam regras claras, se afastando de sua relação de complementariedade e tensão com as regras.

Observa-se que no processo de concretização da norma, os princípios jurídicos “transformam a complexidade desestruturada do ambiente do sistema jurídico (valores, representações morais, ideologias, modelos de eficiência etc.) em complexidade estruturável do ponto de vista normativo-jurídico”, já as regras possuem grau reduzido de flexibilidade e “reduzem seletivamente a complexidade já estruturável por força dos princípios, convertendo-a em complexidade juridicamente estruturada, apta a viabilizar a solução do caso”. (NEVES, 2013, p. XIX)

Não há hierarquia entre regra e princípios, eles se complementam e se realimentam “circularmente na cadeia argumentativa orientada à decisão do caso”. As regras “dependem do balizamento ou construção a partir de princípios”, e os princípios, por sua vez, “ganham significado prático se encontram correspondência em regras que lhes deem densidade e relevância para a solução do caso”. Essa relação é conflituosa e precisa superar no caso concreto o “paradoxo entre consistência jurídica e adequação social”. (NEVES, 2013, p. XIX-XX)

Lenio Streck (2014, p. 169-171) afirma que “*os princípios não se constituem em álibis teóricos para suplantarem problemas metodológicos oriundos da ‘insuficiência’ das regras*”, também não representam a “positivação de valores”, visto que princípio é norma, mas está contido na regra. “A regra não subsiste sem o princípio” nem vice-versa. Mas, as posturas voluntarista do direito acabam incentivando uma “verdadeira fábrica de princípios”, o que pode fragilizar o direito.

Para ele, o princípio da afetividade é “*prêt-à-porter*”, pois estaria abrindo a “compreensão do direito como subsidiário a juízos de valores” (STRECK, 2014, p. 172). Salienta, ainda, que se os princípios são deontológico não seria possível retirar da afetividade a

dimensão normativa. Todavia, como ficou demonstrado a afetividade é tanto, fato, como valor, princípio e dever.

E, sendo a afetividade um princípio, contido em várias regras na Constituição Federal de 1988 e no Direito das Famílias, ele se estrutura, na visão de Marcelo Neves (2013, p. 123-128) numa “relação entre antecedente (hipótese normativa do fato) e consequente (hipótese normativa do efeito jurídico)”, tendo uma postura mais flexível e aberta na incorporação de valores que as regras. Ele tem “uma tarefa fundamental de selecionar, do ponto de vista interno do direito, expectativas normativas com pretensão de validade moral, valores-preferencia ou valores-identidade de grupos, interesses por estabelecimento de padrões normativos”.

O sistema jurídico não pode superestimar as regras em detrimento dos princípios, nem vice-versa, pois no primeiro caso o sistema se tornaria rígido, e, no segundo caso haveria um bloqueio a consistência jurídica, possibilitando intromissões do poder político e econômico, de moralismos intolerantes, de valores inegociáveis. A inflação de princípios pode levar a “desestabilização das expectativas normativas, à insegurança jurídica e à desconfiança no funcionamento da própria ordem constitucional”. (NEVES, 2013, p. 133)

Marcelo Neves apresenta a “relação de circularidade reflexiva entre princípios e regras” no “ambiente social do processo de concretização constitucional”, onde há a presença de valores, interesses, pretensões morais, expectativas normativas atípicas das mais diversas. Os princípios e regras são chamados na cadeia de argumentação, sendo o primeiro passo seletivo na estruturação do caso a invocação dos princípios em face ao ambiente social, buscando um “caminho de passagem da complexidade desestruturada à estruturável”. No segundo passo invoca-se as regras, com o intuito de “tornar estruturada a complexidade do caso”. Entretanto, para se chegar a norma de decisão no interior desse processo de concretização, como as regras e princípios já invocados não oferecem critérios de solução, surge uma nova seleção para determinar quais princípios e regras devem ser aplicados, sendo que os princípios são aplicados “mediante regras completas como razões ou critérios definitivos de solução do caso e construção da respectiva norma de decisão”. (NEVES, 2013, p. 134-137)

Nesse entendimento a “concretização constitucional exige uma regra completa (‘norma geral’) como critério imediato para a solução do caso mediante a norma decisão”, não sendo possível a “aplicação imediata de princípios sem intermediação de regras, sejam estas (atribuídas diretamente a dispositivos) legais ou constitucionais ou construídas (atribuídas indiretamente ao texto constitucional) jurisprudencialmente”. (NEVES, 2013, p. 140)

Os juízes e tribunais têm o papel de

reagir aos perigos da dediferenciação (politização, economicismo, fundamentalismo

religioso, cientificismo, corporativismo, moralismo, domínio da mídia etc.) e da negação da dupla contingência (a eliminação de *alter* por *ego* ou vice-versa) no processo de concretização constitucional. Para isso, têm que enfrentar permanentemente o paradoxo da relação entre consistência jurídica, associada primariamente à argumentação formal com base em regras, e adequação social do direito, vinculada primariamente à argumentação substantiva com base em princípios. (NEVES, 2013, p. 170)

Assim, o juiz não pode ficar preso rigidamente a regras, pois isto o impedirá de responder adequadamente a demandas complexas da sociedade. Mas, também não pode se subordina ao poder dos princípios, modificando sua posição a cada caso. O juiz deve se orientar por um “modelo de sopesamento definitório”, buscando novos caminhos “além do formalismo das regras e do substancialismo dos princípios e da ponderação entre eles”. (NEVES, 2013, p. 221-223)

Marcelo Neves (2013, p. 224-225) afirma que a racionalidade do direito exige consistência constitucional, mas também importa na adequação social do direito, que não pode significar “uma resposta adequada a pretensões específicas de conteúdos particulares, mas sim a capacidade de possibilitar a convivência não destrutiva de diversos projetos e perspectivas”. Se a mera consistência constitucional leva a um “formalismo socialmente inadequado”, a mera adequação social conduz a um “realismo juridicamente inconsistente”. É preciso um equilíbrio entre eles para que haja justiça.

Nesse diapasão, cabe lembrar que Humberto Ávila (2013, p. 110-114) aponta um guia de cinco diretrizes para a investigação dos princípios: 1) especificação dos fins do princípio a partir da leitura da constituição na tentativa de diminuir a sua vagueza; 2) análise de casos paradigmáticos que esclareçam os comportamentos necessários à realização do princípio; 3) exame dos problemas jurídicos que aproximam casos diferentes para verificar os valores responsáveis pela solução; 4) verificação dos critérios que permitam definir o princípio, expondo-os; 5) investigação da jurisprudência dos Tribunais Superiores com a finalidade de reconstruí-las com a adoção do princípio, evidenciando seu uso ou sua falta.

Assim, partindo dessa reflexão é que se analisará recentes julgados dos Tribunais Superiores, expondo os critérios utilizados para definir o princípio da afetividade, que tem como fim a realização da ternura, do cuidado e atenção para com o outro, proporcionando o pleno desenvolvimento da pessoa a partir da convivência diária entre os integrantes da família.

3 ANÁLISE DA ADI 4277/DF JULGADA PELO STF: A AFETIVIDADE APONTADA COMO VALOR JURÍDICO IMPREGNADO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL

No Brasil as uniões homoafetiva eram consideradas meras sociedades de fato até o julgamento da ADI 4277/DF pelo Supremo Tribunal Federal³. Vários casais homoafetivos já vinham acionando o Poder Judiciário brasileiro no intuito de demonstrar que formam uma entidade familiar e não uma mera sociedade de fato de cunho empresarial, com mais direitos do que a uma simples partilha de quotas empresariais a ser julgada por um juiz da vara cível não especializada em conflitos familiares.

Entre os direitos que já estavam sendo identificados pelo Superior Tribunal de Justiça, pode-se citar: a) o uso da ação declaratória como instrumento jurídico adequado para reconhecimento da existência desse tipo de parceria (REsp nº 827962-RS julgado em 21/06/2011), contanto que ficasse provado entre os envolvidos os pressupostos próprios de uma entidade familiar, sendo este uma competência da vara de família; b) que o Instituto Nacional do Seguro Social e a Previdência Privada (no caso Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil) deveriam pagar pensão ao companheiro homoafetivo do segurado falecido (REsp nº 395.904-RS julgado em 13/12/2005); c) a inscrição do companheiro homoafetivo em plano de saúde (REsp nº 238.715-RS julgado em 02/10/2006). (DIAS, 2011, p. 140-159)

Alguns tribunais estaduais já estavam equiparando, caso a caso, o *status* de família à união estável. Inclusive, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte⁴ reconheceu, pela primeira vez, em 07/2010, uma união homoafetiva, ocorrida no período compreendido entre o ano de 1990 a 2003, mantida entre duas mulheres, para que fosse equiparada ao *status* de união estável e decretou a dissolução da união, bem como determinou a partilha igualitária dos bens adquiridos no período de convivência entre as partes.

A união homoafetiva foi efetivamente alçada a entidade familiar e reconhecida como união estável pelo STF em maio de 2011 no julgamento da ADPF 132 e ADPF 178 transformada em ADI 4277/DF, cujo acórdão foi publicado em outubro de 2011. Apesar de algumas divergência laterais quanto a fundamentação, em especial dos ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso; o STF reconheceu a união homoafetiva como uma nova forma de entidade familiar, mas tal matéria está aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto aplicabilidade da Constituição.

³ Integra da decisão na ADI 4277/DF disponível no site <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11872>.

⁴ Notícia veicula no site http://www.ambito-uridico.com.br/site/?n_link=visualiza_noticia&id_caderno=20&id_noticia=55041 em 30/07/2010

O STF entendeu que a Constituição Federal de 1988 reconhece implicitamente a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos da união estável (união contínua, pública, duradoura e com o intuito de constituir família), sendo efetuada interpretação conforme a constituição para excluir qualquer possível interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do artigo 1.723 do Código Civil de 2002 que impeça o reconhecimento da união homoafetiva como família. Inclusive, tal reconhecimento é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

No ordenamento jurídico brasileiro o casamento, a união estável e a comunidade monoparental são institutos de direito das famílias elencados expressamente no art. 226 da CF/88. Entretanto, o casamento não foi conceituado no texto constitucional, mas apenas a união estável heterossexual e a comunidade monoparental. O Código Civil de 2002, por sua vez, trata do casamento nos artigos 1.511 a 1.590 e da união estável nos artigos 1.723 a 1.727. Em ambos os casos fica claro que os institutos visam a identificação e regulação das famílias heterossexuais formadas a partir do formalismo do casamento ou do informalismo da união estável, sendo portanto a diferença de sexo um pressuposto de existência de tais institutos. (PEREIRA, 2010, p. 107)

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF foi iniciada em julho de 2009, tendo por relator o ministro Ayres Britto, que entendeu que esta ação versa sobre o mesmo tema da ADPF 132/RJ, motivo pelo qual houve conexão dos processos e um único julgamento. Foram deferidos o ingresso na causa de 14 *amici curiae*.

Um dos pedidos do autor da ADPF 132/RJ versava sobre a aplicação da técnica de interpretação conforme à constituição aos incisos II e V do art. 19 e art. 33 do Decreto-Lei 220/75, no intuito de “viabilizar o descarte de qualquer intelecção desfavorecedora da convivência estável de servidores homoafetivos”; mas com o advento da Lei 5.034/07 houve a perda do objeto em relação aos direitos previdenciários, já disciplinados na mesma. Outro pedido foi o do reconhecimento de incompatibilidade entre preceitos fundamentais da Constituição e decisões administrativas e judiciais.

O pedido da ADI 4277/DF também estava direcionada à aplicação da técnica de interpretação conforme à constituição, mas com relação ao art. 1.723 do CC/2002, em razão da Constituição ter respostas decisivas para o “tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetiva que se caracterizam pela sua durabilidade, conhecimento do público (não-clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituição de uma família”.

Inicialmente, o relator afirma que o termo homoafetividade foi cunhado pela doutrina, indicando “vínculo de afeto e solidariedade entre pares ou parceiros do mesmo sexo”, mas hoje já está inserido na linguagem nacional, como pode ser visto nos dicionários de língua portuguesa. Em seguida, aponta que o art. 3º da CF/88, que versa sobre objetivos fundamentais, e que no inciso IV determina a promoção do bem de todos sem preconceitos com relação ao sexo, o que também ocorre no inciso XLVIII do art. 5º, no inciso XXX do art. 7º e inciso II do §7º do art. 201. Desta forma, não pode o sexo ser “fator de desigualação jurídica”.

Nesse diapasão, ele entende que a preferência sexual deve ser vista como um “direito fundamental e bem de personalidade”, tendo emanção direta do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo “fator de afirmação e elevação pessoal”, inclusive retrata o fato de que no século XXI prepondera a afetividade sobre a biologicidade. O uso da sexualidade humana “faz parte da autonomia de vontade das pessoas naturais, constituindo-se em direito subjetivo ou situação jurídica ativa”. É liberdade individual sob a forma de direito à intimidade e à privacidade, que se impõe face ao Estado e à sociedade.

Apesar do silêncio da Constituição brasileira a respeito das uniões homoafetiva, entende o relator que o art. 10 dispõe que são invioláveis a intimidade e a vida privada, sendo tal norma de aplicabilidade imediata e definidora de direitos fundamentais. Aponta também que não há enunciado na Constituição em sentido contrário, sendo clara a isonomia entre homem e mulher, não podendo qualquer pessoa sofrer discriminações em relação ao sexo, ao uso da sexualidade, sendo necessária uma equivalência jurídica entre os heteroafetivos e homoafetivos.

Ademais, o art. 226 da CF/88 protege a família, tratando do casamento, da união estável e da família monoparental em seus parágrafos, e, nessa estrutura de linguagem prescritiva a proteção especial é do núcleo doméstico, não mais atrelado apenas ao casamento, uma vez que é pouco importante se a família é formal ou informalmente constituída, ou se constituída de casais homoafetivos ou heteroafetivos.

Importante notar que o relator define família como uma “complexa instituição social em sentido subjetivo”, como um organismo, onde se estabelece o primeiro elo entre o indivíduo e a sociedade. A família é o ambiente onde se desenvolve uma convivência envolta numa “atmosfera de afetividade, aconchego habitacional, concreta admiração ético-espiritual e propósito de felicidade”. O núcleo familiar é “locus de concreção de direitos fundamentais que a própria Constituição designa por ‘intimidade e vida privada’”. Ademais, o que credencia a família como base da sociedade é ser “espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada”.

No voto do relator facilmente se constata a afetividade como norteadora do núcleo familiar, como elemento essencial, inclusive para designar a chamada família homoafetiva e heteroafetiva. Contudo, a dignidade da pessoa humana, a isonomia e a não discriminação é que foram os argumentos principais desse voto.

Nota-se que o conceito de dignidade humana está atrelado aos elementos imateriais, que, por decorrerem da própria essência do seu titular, não podem ser mensurados, quantificados; de outro modo, também não é passível de renúncia e alienação. (GURGEL, 2010, p. 33)

Há de se considerar, ainda, que a dignidade da pessoa humana também não resulta da criação artificial dos legisladores constituintes. Estes apenas concebem, elaboram, mecanismos protetivos dos direitos fundamentais vinculados a tal princípio, sendo que tal decorre do reconhecimento de que a pessoa humana tem direito a ter direitos. (MORAES, 2003, p. 116)

Anote-se que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, no contexto atual, é instrumento não apenas de interpretação, mas possui inegável força normativa, sendo fonte de direitos subjetivos. Ademais, se o ser humano passa a assumir uma posição central, o seu bem-estar deve ser assegurado, sobretudo, por intermédio dos Direitos Fundamentais. (GURGEL, 2010, p. 33)

Desse modo, em virtude de o direito de não ser discriminado consistir em um direito fundamental, estar atrelado ao leque de interesses indisponíveis do ser humano e a ele creditado pela simples fato de sê-lo, a sua transgressão viola, de maneira frontal, a dignidade da pessoa humana.

Destaque-se que o Princípio da Igualdade, possui, como uma de suas vertentes, a vedação ao tratamento discriminatório. Na visão de Maria da Glória Garcia (2005, p. 19), o Princípio da Igualdade “proíbe tratamentos diferenciados repousando não só sobre razões arbitrárias, porque insuficientes e desrazoáveis, mas ainda sobre razões contrárias à dignidade humana”.

Contudo, a concepção de igualdade de todos perante a lei, reconhecida como igualdade formal ou jurídica (GURGEL, 2010, p. 40), foi-se demonstrando insuficiente, na medida em que desconsiderava as peculiaridades das situações em concreto, sendo inexecutável para os excluídos socialmente. Desse modo, à igualdade formal associou-se à igualdade material ou substancial, cujo corolário é o tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais.

Nesse cenário, o Estado assumiu uma postura ativa, garantindo não apenas o tratamento igualitário entre as pessoas, mas, a partir da intervenção nas relações privadas, assegurando que todas seriam concretamente tratadas de forma isonômica, merecendo

destaque, por esta via, a atuação incisiva dos legisladores na medida em que passaram a se preocupar com a materialização da igualdade nos textos legais.

O Princípio da Igualdade, na sua vertente material, exige que o Estado, quer exerça a função Jurisdicional, Legislativa ou Executiva, viabilize o tratamento dos jurisdicionados de forma efetivamente isonômica, levando em consideração as suas especificidades, pois, apenas assim, poderá o mesmo promover a concretização dos direitos fundamentais e o respeito à Dignidade da Pessoa Humana.

Ressalva deve ser feita ao voto do Ministro Luiz Fux que utilizou a teoria dos deveres de proteção, na qual os direitos fundamentais “não cuidam apenas do estabelecimento de relações entre os indivíduos e o Estado”, mas também positivam “valores eleitos pela comunidade como nucleares, de maneira a balizar a atuação do poder público e até mesmo dos particulares, irradiando-se por todo o ordenamento jurídico”. Ele, também argumentou em prol da isonomia, da solidariedade entre brasileiros, da promoção dos direitos fundamentais, verificando que a “homossexualidade é um fato da vida”, sendo uma “orientação” sexual, uma “característica da personalidade do indivíduo”, e não “uma ideologia ou uma crença”, constituindo entre os pares “relações contínuas e duradouras de afeto e assistência recíprocos, com o propósito de compartilhar meios e projetos de vida”.

Também afirma que “não há qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade no estabelecimento de uniões homoafetivas”. E, ao tratar de família assevera que “o que faz uma família é, sobretudo, o amor”, bem como a comunhão (projeto coletivo e duradouro de vida em comum) e a identidade (certeza de vínculo inquebrantável). Inclusive aponta que há relação de afeto, suporte e assistência recíproca tanto na família homoafetiva quanto heteroafetiva.

O ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto, entende que não há como enquadrar a união homoafetiva em nenhuma das espécies de família previstas na CF/88, tendo inclusive os constituintes optado pela impossibilidade de abrigar a união homoafetiva como união estável. Para ele não há uma mutação constitucional, nem é possível uma interpretação extensiva do dispositivo constitucional (art. 226). Há uma nova forma de família, chamada de “união homoafetiva estável”, por meio da utilização do processo de integração analógica, que precisa ter existência reconhecida pelo direito, mas não como união estável.

Assim, votou pela procedência das ações para que sejam aplicadas as uniões homoafetiva as prescrições relativas as uniões estáveis heteroafetivas, “excluídas aquelas que exijam a diversidade de sexo para o seu exercício, até que sobrevenham disposições normativas específicas que regulem tais relações”.

Outros votos foram proferidos pelos ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Carmem Lúcia, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Gilmar Mendes, todos, em linhas gerais, de acordo com o relator. O ministro Celso de Mello argumenta também com base no direito à busca da felicidade, sendo este postulado constitucional implícito que deriva da dignidade da pessoa humana; bem como aponta o afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional, sendo um novo paradigma conformador do conceito de família.

Interessante notar, que o ministro Celso de Mello reconhece o afeto como novo paradigma das relações após o advento da CF/88. Para ele o afeto é um dos “fundamentos mais significativos da família moderna, qualificando-se, para além de sua dimensão ética, como valor jurídico impregnado de perfil constitucional”, havendo muitos doutrinadores que entendem a afetividade como verdadeiro “princípio jurídico-constitucional”.

No mesmo diapasão o ministro Marco Aurélio afirma em seu voto que a família elegeu “o amor, o carinho e a afetividade entre os membros como elementos centrais de caracterização da entidade familiar”. Já o ministro Gilmar Mendes nada fala sobre afetividade, mas argumenta que o reconhecimento da união homoafetiva não decorre do CC/2002 ou da CF/88, mas sim de “direitos das minorias, de direitos fundamentais básicos em nossa Constituição, do direito fundamental à liberdade de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo e da garantia de não discriminação dessa liberdade de opção”.

A afetividade/afeto, mesmo que de forma pontual, foi ventilado na maioria dos votos, em especial como elemento norteador das famílias. Inclusive a sustentação oral do então advogado Luís Roberto Barroso (2012), representando o Governador do Estado do Rio de Janeiro, foi no seguinte sentido: “o Estado não tem direito de interditar um direito fundamental de uma pessoa maior e capaz escolher, de duas pessoas maiores e capazes escolherem onde vão colocar o seu afeto e o caminho que querem percorrer para sua felicidade”.

Todavia, há posições doutrinária contrárias a afetividade como elemento identificador da família. Marco Túlio de Carvalho Rocha (2009, p. 61-62) critica o conceito de família fundada na afetividade, pois o afeto “não é dado da realidade capaz de identificar a família nem mesmo em sentido filosófico-científico. Há realidades afetivas que extrapolam os limites da família e realidades não afetivas que se incluem no conceito de família”. Nessa visão, a família é fenômeno social, que deve ser investigado sob o ponto de vista da sociologia, não podendo tal fenômeno ser analisado somente sob o *prima psíquico*.

Ora, o afeto não é o único elemento fundador da família, ele é um de seus elementos constitutivos, uma característica da família, junto com a solidariedade, a estabilidade, o intuito de constituir família. É também valor jurídico indispensável à elaboração de um novo conceito

de família, não mais adstrito ao casamento, que satisfaça a estrutura aberta do termo família previsto da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, a decisão do STF foi de extrema relevância tanto porque apontou a afetividade/afeto como valor jurídico, quanto em relação a concretização dos direitos pertencentes aos casais homoafetivos, na medida em que, diante da constatação de um tratamento efetivamente discriminatório, e deserto de qualquer justificativa, cumpriu o seu mister de enfrentar a discussão de tão delicada questão, reconhecendo a ineficácia dos dispositivos violadores dos princípios constitucionais suscitados, sobretudo o da isonomia.

Importante observar que as mudanças dos valores e costumes socioculturais na sociedade pós-moderna, que permitiram o reconhecimento da família homoafetiva, é recente na história mundial, sendo possível verificar que em alguns países como a Argentina, Holanda, Portugal, Espanha, Noruega, Bélgica, já há permissão de casamento entre pessoas do mesmo sexo, de forma igual ou quase igual ou inferior ao dos casais heterossexuais; outros países como a Dinamarca, Suécia, Hungria e Alemanha permitem apenas a união civil⁵ dessas parcerias, conferindo alguns ou todos os direitos dos parceiros heterossexuais; mas países como o Irão, Arábia Saudita, Sudão, Somália, Mauritânia penalizam com a morte os homossexuais. (DIAS, 2011, p. 57-61)

Leonardo Martins (2013) afirma que o STF, ao julgar a questão, não o fez por meio de uma decisão colegiada, tendo o relator interpretado de forma inadequada, em seu voto, o alcance dos direitos fundamentais que deveriam servir de parâmetro para a decisão prolatada, em especial relativo à distinção entre direitos fundamentais de liberdade e igualdade, bem como as garantias institucionais. Ademais, teria havido mal uso do princípio da interpretação das leis em conformidade com a constituição⁶.

Mas, basta por hora pontuar que a Constituição Federal de 1988 consagra a dignidade da pessoa humana, os princípios da igualdade e da liberdade, um rol aberto de família, bem como proíbe qualquer forma de discriminação. E, apesar de não haver legislação infraconstitucional que assegure direitos aos casais homoafetivos, a decisão do STF na ADI

⁵ A união civil da parceria homossexual ou heterossexual difere da união estável, instituto brasileiro de direito das famílias que prima pela informalidade, não havendo necessidade de um contrato registrado em cartório para o seu reconhecimento, basta que haja afeto entre homem e mulher, convivência pública, contínua e duradoura, objetivo de constituição de família; diferentemente do que ocorre com a união civil. (LÔBO, 2008, p. 151)

⁶ Para Canotilho o princípio da interpretação das leis em conformidade com a constituição é “fundamentalmente um princípio de controlo (tem como função assegurar a constitucionalidade da interpretação) e ganha relevância autónoma quando a utilização dos vários elementos interpretativos não permite a obtenção de um sentido inequívoco dentre os vários significados da norma”. (CANOTILHO, 2003, p. 1226)

4277/DF proporcionou um avanço na garantia de direitos a quem é marginalizado social e culturalmente em virtude da sua orientação sexual.

Como se trata de decisão definitiva de mérito em ação direta de inconstitucionalidade, cujo objeto é a impugnação de leis ou atos normativos federais ou estaduais, em regra a sua eficácia é *erga omnes* e seu efeito é vinculante tanto para os demais órgãos do Poder Judiciário quanto para a administração pública direta e indireta de todas as esferas, seja federal, estadual, distrital ou municipal. Todavia, o STF utilizou a interpretação conforme a constituição, o que leva a declaração de constitucionalidade da lei (MENDES, 2009, p. 1303), no caso do CC/2002, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, mas não se substitui ao legislador, que precisa cumprir o seu papel de fazer as devidas adequações na legislação infraconstitucional.

Ressalta-se que a decisão do STF não fez qualquer limitação ao uso do instituto da união estável pelos casais homoafetivos, nem tão pouco determinou prazo para que o legislativo procedesse às adaptações pertinentes, preenchendo a lacuna legal existente, o que acarretou uma avalanche de ações de reconhecimento de união homoafetiva nas varas de família de vários estados brasileiros e, posteriormente, a conversão da união estável homoafetiva já reconhecida em casamento civil, uma vez que o §3º do art. 226 prevê a possibilidade da conversão da união estável em casamento, o que já está regulado na Lei nº 9. 278 de 1996.

Nesse contexto, em maio de 2013, o Conselho Nacional de Justiça expediu a resolução nº 175⁷, a qual determina que é vedado às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo com base no julgamento tanto da ADI 4277/DF, que reconheceu a inconstitucionalidade de distinção de tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas de mesmo sexo; quanto do julgamento do REsp nº 1.183.378/RS⁸, publicado no DJe

⁷ Integra da resolução nº 175 disponível no site www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolucao_n_175.pdf.

⁸ “DIREITO DAS FAMÍLIAS. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF. [...]3. Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito das famílias e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado "família", recebendo todos eles a "especial proteção do Estado". [...]5. O que importa agora, sob a égide da Carta de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a "especial proteção do Estado", e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família. 6. Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os "arranjos" familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto. [...]10. Enquanto o Congresso Nacional, no caso

em 01/02/2012, que decidiu pela inexistência de óbices legais à celebração de casamento entre pessoas de mesmo sexo, além de reafirmar o afeto como núcleo axiológico da família junto com a dignidade da pessoa humana.

Desta forma, verifica-se que o Poder Judiciário do Brasil ao ser instado a proferir decisão relativa ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, permitiu que os casais homoafetivos registrassem sua parceria como união estável abrindo a possibilidade não só da sua conversão em casamento, mas ao uso do procedimento normal de casamento, sem que houvesse qualquer reforma legal pelo Poder Legislativo para adequar o ordenamento jurídico e espancar eventuais dúvidas e omissões. Inclusive, a recusa prevista na resolução do CNJ implicará na imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis, apesar de tal resolução não tem força de lei.

Se no contexto ora sob análise, o relevante fato social de pessoas do mesmo sexo terem assumido um relacionamento, que se caracteriza como estável, onde há o preenchimento de todos os demais requisitos exigidos legalmente para a celebração do casamento, menos a heterossexualidade, associado à constatação de que o reconhecimento apenas dos efeitos patrimoniais e de filiação de um relacionamento não seria suficiente para a satisfação dos interesses dos envolvidos, haja vista que almejam o reconhecimento oficial e social da união, tal fato deverá ser levado em consideração, na medida em que, ao Estado cabe tutelar, de forma igualitária, os interesses de todos os cidadãos, de modo que, ainda que tenha apenas reconhecido e não criado um determinado instituto, que até pode ter influências religiosas na elaboração do seu conceito, ao fazê-lo deverá primar pela isonomia.

Importante notar que as regras vigentes constitucionais e infraconstitucionais sobre as relações familiares não são suficientes para o disciplinamento de todas as situações familiares faticamente constatáveis, pois são vários os novos arranjos familiares fundados na afetividade, na solidariedade, no intuito de construir família, dentre eles a união homoafetiva, que precisam que as atuais regras sejam adaptadas, sob pena de padecerem de falta de efetividade.

4 ANÁLISE DE RECURSOS ESPECIAIS JULGADOS NO STJ SOBRE ABANDONO AFETIVO: O DEVER DE CUIDAR E A AFETIVIDADE

brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis. 11. Recurso especial provido." Ver íntegra do acórdão no site https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=201000366638&dt_publicacao=01/02/2012.

Verifica-se no site do STJ o julgamento de seis recursos especiais que versam sobre o tema abandono afetivo: REsp 1298576/RJ julgado em 21/08/2012; Agravo Regimental (AgRg) no REsp 1099959/DF julgado em 15/05/2012; REsp 1159242/SP julgado em 24/04/2012; REsp 514350/SP julgado em 28/04/2009; REsp 757411/MG julgado em 29/11/2005 e REsp 275568/RJ julgado em 18/05/2004.

Iniciando a análise pelo mais antigo, verifica-se que o REsp 275568/RJ⁹ versa sobre a possibilidade de destituição do poder familiar da mãe por abandono afetivo em relação ao filho abandonado na maternidade. No voto proferido pelo relator, resta identificado que o conceito de abandono intelectual, afetivo e jurídico surge no artigo 2º, incisos III e IV da Lei nº 6.697/79. Que os artigos 227 e 229 da CF/88 encampam este conceito e que a Lei nº 8.069/90 (ECA) também reforça todas as formas de abandono da criança e do adolescente.

Inclusive, salienta que não se pode conceber que a “*mens legis* consista em sancionar somente a mãe ou o pai que deixe o filho em situação de abandono material ou intelectual, passando ao largo do abandono afetivo”, sendo necessário “interpretar o vocábulo abandono em seu sentido lato, aí sendo compreendidas todas as formas de sua manifestação”.

O REsp 757411/MG¹⁰ é o primeiro julgado do STJ que versa sobre a possibilidade de condenação do pai a pagar indenização por danos morais ao filho por abandono afetivo. O relator aponta em seu voto que no caso de “abandono ou do descumprimento injustificado do dever de sustento, guarda e educação dos filhos [...] a legislação prevê como punição a perda do poder familiar”, que é a “mais grave pena civil a ser imputada a um pai”, sendo esta a forma que se mostra eficiente para dissuadir a conduta de abandono, não se justificando a indenização pelo abandono moral.

Ao final argumenta que não pode o Judiciário “obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo”, sendo que “nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a

⁹ “DIREITO CIVIL. PÁTRIO PODER. DESTITUIÇÃO POR ABANDONO AFETIVO. POSSIBILIDADE. ART. 395, INCISO II, DO CÓDIGO CIVIL C/C ART. 22 DO ECA. INTERESSES DO MENOR. PREVALÊNCIA. - Caracterizado o abandono efetivo, cancela-se o pátrio poder dos pais biológicos. Inteligência do Art. 395, II do Código Bevilacqua, em conjunto com o Art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Se a mãe abandonou o filho, na própria maternidade, não mais o procurando, ela jamais exerceu o pátrio poder.” REsp 275568/RJ, Relator Ministro Humberto Gomes De Barros, Data da Publicação/Fonte DJ 09/08/2004 p. 267. Integra do acórdão disponível no site https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200000888869&dt_publicacao=09/08/2004.

¹⁰ “RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido.” REsp 757411/MG, Relator Ministro Fernando Gonçalves, Data da Publicação/Fonte: DJ 27/03/2006 p. 299. Integra do acórdão disponível no site https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200500854643&dt_publicacao=27/03/2006.

indenização pleiteada”, não havendo a possibilidade de reparação a que alude o art. 159 do Código Civil de 1916, e, por consequência, não havendo como reconhecer o abandono afetivo como dano passível de indenização. Neste caso o recurso foi conhecido e provido para afastar a possibilidade de indenização nos casos de abandono moral.

Já no caso do REsp 514350/SP¹¹, foi inicialmente reconhecida a paternidade do investigado na ação de investigação de paternidade, porém negada a indenização por danos morais relativa ao abandono afetivo do filho pelo investigado/pai, que apesar de saber sua condição de genitor teria se furtado "a dar carinho, atenção e presença ao filho, deixando-o à mercê do cruel repúdio". Ademais, esse pai possui outros dois filhos, que exibem “condição social e financeira de alto padrão e invejável à classe média”, tendo o filho ora reconhecido sofrido “sérios danos, tanto morais quanto patrimoniais, intelectuais e afetivos”, motivo pelo qual postula a reforma parcial do acórdão para que o pai seja condenado por abandono afetivo em decorrência da recusa ilícita em reconhecer-lhe a paternidade.

Nesse caso, o STJ ainda não tinha modificado seu entendimento sobre abandono afetivo, o que resultou no voto do relator e julgamento não conhecer o recurso em virtude da irresignação do filho não prosperar, posto que a “decisão objurgada se harmoniza com o entendimento desta 4ª Turma no julgamento do REsp n. 757.411/MG”.

Em 24/04/2012 ocorreu a grande mudança no pensamento do STJ a respeito do abandono afetivo no julgamento do REsp 1159242/SP, cujo relator foi a ministra Nancy Andrighi, sendo o acórdão abaixo publicado no DJe em 10/05/2012:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito das famílias.
2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.
3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.
4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados

¹¹ “CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. RECONHECIMENTO. DANOS MORAIS REJEITADOS. ATO ILÍCITO NÃO CONFIGURADO. I. Firmou o Superior Tribunal de Justiça que ‘A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária’ (Resp n.757.411/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime, DJU de 29.11.2005). II. Recurso especial não conhecido.” REsp 514350/SP, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, Data da Publicação/Fonte: DJe 25/05/2009. Integra do acórdão disponível no site https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200300209553&dt_publicacao=25/05/2009.

parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.

5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.

6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.

7. Recurso especial parcialmente provido.¹²

A ação inicial visava a condenação do pai ao pagamento de indenização por danos materiais e compensação por danos morais em favor da filha, por ter esta sofrido abandono material e afetivo durante sua infância e juventude. Na sentença de primeiro grau, o juiz julgou improcedente o pedido deduzido pela filha, ao fundamento de que o “distanciamento entre pai e filha deveu-se, primordialmente, ao comportamento agressivo da mãe em relação ao recorrente, nas situações em que houve contato entre as partes, após a ruptura do relacionamento ocorrido entre os genitores da recorrida”. O acórdão proferido no TJSP, ao contrário, deu provimento à apelação interposta pela filha/recorrida, reconhecendo o seu abandono afetivo, por parte do pai/recorrente, fixando a compensação por danos morais em R\$ 415.000,00.

A relatora inicia seu voto pelo exame da possibilidade de existência de dano moral nas relações familiares, e aponta que “não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar, no direito de família”. Inclusive menciona que art. 5º, incisos V e X da CF/88 e arts. 186 e 927 do CC/2002 tratam do tema de maneira ampla e irrestrita, sendo “possível se inferir que regulam, inclusive, as relações nascidas dentro de um núcleo familiar, em suas diversas formas”.

Nesse diapasão, verifica-se que a perda do poder familiar (art. 1638, II, do CC/2002), “apontada como a única punição possível de ser imposta aos pais que descumrem do múnus a eles atribuído, de dirigirem a criação e educação de seus filhos (art. 1634, II, do CC/2002)”, não tem o condão de suprimir ou afastar a possibilidade de indenizações ou compensações, porque tem como “objetivo primário resguardar a integridade do menor, ofertando-lhe, por outros meios, a criação e educação negada pelos genitores, e nunca compensar os prejuízos advindos do malcuidado recebido pelos filhos”.

Em seguida, a relatora trata dos elementos necessários à indenização do dano moral, ou seja, a responsabilidade civil subjetiva: o dano, a culpa do autor e o nexa causal. E, apesar de apontar o “alto grau de subjetividade” de elementos como “afetividade, amor, mágoa, entre

¹² Integra do acórdão disponível no site https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200901937019&dt_publicacao=10/05/2012.

outros”, mostra que é possível visualizar na relação familiar entre pais e filhos “liame objetivo e subjacente, calcado no vínculo biológico ou mesmo autoimposto – casos de adoção –, para os quais há preconização constitucional e legal de obrigações mínimas”.

Para ela é indiscutível que existe tanto o vínculo legal quanto o afetivo une pais e filhos, sendo que dentre os “deveres inerentes ao poder familiar, destacam-se o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos”, os quais “envolvem a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sócio-psicológico da criança”, sendo este vínculo que deve ser buscado e mensurado.

Passando a análise de “existência de ação ou omissão, juridicamente relevante, para fins de configuração de possível responsabilidade civil”, a relatora aduz que os “pais assumem obrigações jurídicas em relação à sua prole, que vão além daquelas chamadas *necessarium vitae*”, como educação, lazer, regras de conduta, e, em especial o cuidado, que é fator importante, “essencial à criação e formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica e seja capaz de conviver, em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania”.

Nota-se que há o entendimento de que o cuidado tem valor jurídico, que já está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro de forma implícita, como se observa do art. 227 e 229 da CF/88. Não se pode discutir a mensuração do amor (que é intangível), mas é possível verificar o cumprimento ou descumprimento, total ou parcial da obrigação legal de cuidar. Assim, há dever jurídico de cuidar, com elementos objetivos possíveis de serem verificados, comprovados em ações e omissões, e, nessa vertente é possível mensurar o chamado abandono afetivo.

A configuração não precisa estar adstrita a um laudo de especialista em saúde apontando alguma patologia surgida desse abandono afetivo; basta a configuração e persistência do sofrimento, mágoa e tristeza vivenciada pelo filho em virtude dessa ausência de cuidado. Por todos esses motivos, o voto da relatora foi no sentido de parcial provimento ao recurso especial, apenas para reduzir o valor da compensação por danos morais ao patamar de R\$ 200.000,00.

O ministro Massami Uyeda não acompanhou a relatora, alertando em seu voto que a “interpretação dos princípios constitucionais requer razoabilidade, proporcionalidade”. E, que tal julgamento pode “estabelecer uma cizânia dentro da família”, além de perguntar o que passaria a ser considerado “negligência no sentido do dever, do pátrio dever?”. Nesse sentido, ele vota pelo provimento ao recurso, mas julgando improcedente a ação.

O ministro Sidnei Beneti profere um voto em termos intermediários, pois entende que

a existência de vínculo familiar não constitui causa de exclusão da indenização por sofrimento moral diante de “injusta ação ou omissão injusta”, inclusive aponta que não há no sistema jurídico nacional, causa excludente fundada em relação familiar. Observa também que a sanção da perda do poder familiar não exclui o direito a uma sanção patrimonial, porém a responsabilidade pelo dano moral deve ser proporcional à ação ou omissão do agente, com a fixação de valores a título dessa indenização moral efetuada por estimativa à luz de condições interagentes entre si em cada caso concreto.

Importante destacar que este novo entendimento do STJ serve de paradigma para o julgamento de ações que versam sobre o abandono afetivo, fornecendo uma forma objetiva de apurar o dano causado pela ausência de cuidado, uma consequência prática da falta de afeto.

Leonardo Boff (2011, p.48) afirma que “o cuidado assume uma dupla função: de prevenção a danos futuros e de regeneração de danos passados”, ou seja, ao cuidar se previne danos, havendo menores consequências porque existiu ação no sentido de cuidar. E, mesmo quando se deixa de cuidar, ocorre uma regeneração no momento em que se passa a cuidar, apagando-se a imagem de desprezo, de desapego, de desamor e conseqüentemente o dano, pelo poder da transformação do sentimento.

A palavra cuidar significa cogitar, pensar, prestar atenção em alguém ou algo, realizar algo com atenção. Já a palavra cuidado é adjetivo que identifica o que é bem-feito, bom trato, o que foi ou é objeto de tratamento especial, zelo, é a atenção especial, o desvelo que se dedica a alguém ou algo. (HOUAISS; VILLAR, 2009, p. 581)

Cuidar das pessoas implica em ter intimidade, em acolhida, respeito, em dar sossego e repouso. Representa uma atitude de ocupação, preocupação, de responsabilização e de envolvimento afetivo com o outro, e não apenas um passageiro momento de atenção, de zelo e de desvelo. (BOFF, 2011, p. 96)

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989 nos artigos 3º, 7º, 9º e 18 mencionam o dever de cuidar das crianças tanto da família, quanto das instituições públicas, protegendo-as de maus-tratos ou descuido. Assim, os pais e o Estado têm obrigações comuns com relação à educação e ao desenvolvimento da criança.

Ademais, o princípio 6º da Declaração dos Direitos da Criança¹³ de 20 de novembro de 1959 dispõe que “Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão”, salientando que elas serão criadas “sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente

¹³ Integra da Declaração dos Direitos da Criança disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex41.htm>. Acesso em: 13 set. 2012.

de afeto e de segurança moral e material”, sendo o amor/afeto um direito da criança o qual contém a contrapartida da dimensão do dever dos pais de criar ambiente de amor/afeto.

Essa atitude concreta de cuidar é “fonte geradora de atos”, é um dever que se sobrepõe “a todos os demais deveres jurídicos, posto que o mesmo visa a resguardar, antes e acima de qualquer coisa, o ser humano”, proporcionando o seu desenvolvimento físico e emocional. (TUPINAMBÁ, 2008, p. 357)

Quando a atitude de cuidar está ligada a afetividade/afeto, gera no filho, na esposa, no parente, a sensação de ser amado, quando o cuidado está desprovido do afeto, é uma obrigação, tornando aquele que o mantém, um simples provedor, como no caso do pai que paga pensão alimentícia em dia do filho mas não participa da vida dele. Assim, a falta de afeto dos pais pode deixar sequelas na personalidade do filho que está em pleno desenvolvimento físico e psicológico; já, em sentido contrário a convivência familiar que se desenvolve numa relação afetuosa, gera sensação de segurança, de cuidado, de amor, além de suprir outras necessidades humanas básicas.

Constata-se a existência de alguns transtornos que surgem devido à falta de afeto, como a depressão, fobias, ansiedade, irritabilidade, medo, obsessão, falta de paciência, fúria; e isso afeta especialmente a criança. Se ela cresce num ambiente seguro e equilibrado, sendo amada e respeitada, se torna um adulto estável emocionalmente; mas se não há afetividade em sua vida se tornam frias e não conseguem expressar emoções positivas.

Importante observar que não há abandono afetivo quando o pai não conhece a sua condição de pai em relação ao filho. Há portanto, para uma possível configuração de abandono afetivo, a necessidade da comprovação de que o pai conhecia sua condição de ascendente, e que houve omissão ou não cumprimento pelo pai com relação ao dever de cuidar, de conviver, de educar. De toda forma, o que se pretende é uma reparação e não uma punição do pai.

Não se pode falar em dano moral punitivo, mas somente reparatório em consequência dos abalos psíquicos sofridos pelo filho, que comprometem seu desenvolvimento saudável, devido à ausência de afeto e carinho por aquele que deveria ser o seu primeiro protetor. A falta de afetividade não pode ser confundida com a negligência, dever de prover/sustentar o filho, pois esta caracteriza o ato ilícito, que será sancionada com a perda do poder familiar, e aquela gerará a obrigação de indenizar em decorrência da não assistência ou participação na educação e no desenvolvimento do filho, causando danos à personalidade do indivíduo. Essa dor do filho abandonado é real e seus efeitos são devastadores.

Voltando a análise dos julgados do STJ, é necessário observar que no AgRg no REsp 1099959/DF¹⁴, julgado em 15/05/2012, não há novas compreensões em relação ao tema de abandono afetivo. Todavia, o REsp 1298576/RJ, julgado em 21/08/2012, traz um novo entendimento acerca da prescrição da ação de indenização por abandono afetivo:

RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. APRECIÇÃO, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL, DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INVIABILIDADE. COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS, POR ABANDONO AFETIVO E ALEGADAS OFENSAS. DECISÃO QUE JULGA ANTECIPADAMENTE O FEITO PARA, SEM EMISSÃO DE JUÍZO ACERCA DO SEU CABIMENTO, RECONHECER A PRESCRIÇÃO. PATERNIDADE CONHECIDA PELO AUTOR, QUE AJUIZOU A AÇÃO COM 51 ANOS DE IDADE, DESDE A SUA INFÂNCIA. FLUÊNCIA DO PRAZO PRESCRICIONAL A CONTAR DA MAIORIDADE, QUANDO CESSOU O PODER FAMILIAR DO RÉU. 1. Embora seja dever de todo magistrado velar a Constituição, para que se evite supressão de competência do egrégio STF, não se admite apreciação, em sede de recurso especial, de matéria constitucional. 2. Os direitos subjetivos estão sujeitos à violações, e quando verificadas, nasce para o titular do direito subjetivo a faculdade (poder) de exigir de outrem uma ação ou omissão (prestação positiva ou negativa), poder este tradicionalmente nomeado de pretensão. 3. A ação de investigação de paternidade é imprescritível, tratando-se de direito personalíssimo, e a sentença que reconhece o vínculo tem caráter declaratório, visando acertar a relação jurídica da paternidade do filho, sem constituir para o autor nenhum direito novo, não podendo o seu efeito retrooperante alcançar os efeitos passados das situações de direito. 4. O autor nasceu no ano de 1957 e, como afirma que desde a infância tinha conhecimento de que o réu era seu pai, à luz do disposto nos artigos 9º, 168, 177 e 392, III, do Código Civil de 1916, o prazo prescricional vintenário, previsto no Código anterior para as ações pessoais, fluiu a partir de quando o autor atingiu a maioridade e extinguiu-se assim o "pátrio poder". Todavia, tendo a ação sido ajuizada somente em outubro de 2008, impõe-se reconhecer operada a prescrição, o que inviabiliza a apreciação da pretensão quanto a compensação por danos morais. 5. Recurso especial não provido.

15

Fica claro no voto do relator que todas as chamadas “tutelas condenatórias (que visam a recompor um direito subjetivo violado, mediante uma prestação do réu) sujeitam-se a prazos prescricionais”, sendo que para o caso do abandono afetivo tal prazo é de 03 anos de acordo com o disposto no art. 206, §3º, inciso V do CC/2002. O prazo prescricional começa a fluir no ano em que o filho atinge a maioridade, uma vez que cessa os deveres inerentes ao poder familiar, bem como termina a causa impeditiva do início da contagem do prazo prescricional.

¹⁴ “AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. RAZÕES QUE NÃO ALTERAM O ENTENDIMENTO FIRMADO NA DECISÃO AGRAVADA. AÇÃO DE ADOÇÃO UNILATERAL CUMULADA COM PEDIDO DE DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. ART. 148, III, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE. PRIMAZIA DO INTERESSE DO MENOR. NULIDADE DO PROCESSO POR CERCEAMENTO DE DEFESA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ABANDONO DO ADOTANDO RECONHECIDO NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N.º 07/STJ”. AgRg no REsp 1099959/DF, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Data da Publicação/Fonte: DJe 21/05/2012. Integra do acórdão disponível no site https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200802340340&dt_publicacao=21/05/2012.

¹⁵ REsp 1298576/RJ, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Data da Publicação/Fonte: DJe 06/09/2012. Integra do acórdão disponível no site https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201103061740&dt_publicacao=06/09/2012.

A doutrina ainda aponta a possibilidade de indenização por abandono afetivo inverso, qual seja, da omissão do filho do seu dever de cuidar do pai idoso; com fundamento no art. 230 da CF/88 que prevê que tanto a família, quanto a sociedade e o Estado possuem o “dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e garantindo-lhe o direito à vida”.

O art. 3º do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) determina que “é obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público, assegurar ao idoso, com absoluta prioridade” a efetividade de vários direitos, elencando entre eles a dignidade, o respeito, a convivência familiar, com a finalidade de proporcionar um maior intercâmbio entre o idoso e outras gerações, bem como preservar os laços afetivos construídos no convívio diário.

Os dois tipos de abandonos afetivos devem ser provados caso a caso, por meio da configuração dos requisitos inerentes a responsabilidade civil subjetiva, bem como do real dano causado pela inobservância da afetividade, como conduta humana em relação ao cuidar do outro, conduta esta capaz de criar vínculos na coexistência diária familiar.

5 A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL VIABILIZANDO A CONSTRUÇÃO DA AFETIVIDADE COMO VALOR CONSTITUCIONALMENTE TUTELADO

A hermenutica constitucional rompeu com a tradicional compreensão objetivista, colocando o homem dentro do contexto histórico, traduzindo a informação jurídica para a linguagem social, prática. É possível verificar, em todos os julgados acima analisados, como a hermenutica tornou possível a construção do conhecimento tanto prático quanto normativo, capaz de proporcionar uma correta compreensão do problema social, obtendo do texto constitucional elementos renovadores que operacionalizam e concretizam os direitos fundamentais.

O valor da afetividade está presente na realidade social e na Constituição, sendo paulatinamente identificado e construído no mundo jurídico familiar em razão desse processo hermenêutico, que se consolida como espaço emancipatório ao incorporar elementos renovadores numa nova forma de interpretação, que não abandona os métodos e postulados interpretativos.

Sergio Resende Barros (2014) afirma que a Constituição tutela e protege o afeto em três dimensões: a singular, a social categorial e a social difusa. Na dimensão singular, a Constituição protege o afeto como “direito individual” que tem por “objeto o próprio afeto”. O

afeto é considerado “direito humano de todo e qualquer indivíduo, independente de cor, raça, classe social, opção sexual, condição econômica”, sendo a liberdade de se afeiçoar a outra pessoa, gerando obrigações e responsabilidades a partir do vínculo construído.

O afeto também se “desenvolve e evolui como relação social”, tornando-se um “fato social jurígeno, que gera direitos e obrigações acerca de vários bens e valores, como alimentos, moradia, saúde, educação”. Surge a dimensão social categorial, onde o afeto é “direito especial de certas categorias ou partes da sociedade que precisam de um particular amparo jurídico”, como a família homoafetiva, poliafetiva, pluriparental; em decorrência do fato de que, em seu exercício, o afeto tornou-se um “poder-dever social”. (BARROS, 2014)

Já na dimensão social difusa o afeto gera responsabilidade solidária, pois “se difunde na sociedade como fator de solidariedade”. Inclusive, a Constituição fixa “três centros de imputação desse compromisso: a família, a sociedade, o Estado”. E, todas essas dimensões do afeto “devem ser conjugadas por um valor maior: a dignidade humana”. (BARROS, 2014)

O afeto obriga os demais direitos fundamentais em todas as relações interpessoais, uma vez que está de forma implícita valorizado no texto constitucional, tendo capacidade de gerar obrigações extracontratuais. A Constituição Federal e o Código Civil tutelam o afeto no âmbito da família, ora de forma expressa, ora de forma implícita. E, a hermenêutica auxilia o julgador, proporcionando um diálogo entre regras, princípios e valores em prol da decisão justa.

Ora, a lei e a norma decisão são escritas, portanto, são símbolos linguísticos, sendo que o “valor semântico de cada texto legal” estará refletido na norma que será aplicada ao caso concreto. Conseqüentemente, a linguagem jurídica se torna o “caminho trilhado pela norma para realizar a comunicação intersocial indivíduo-indivíduo, indivíduo-sociedade, indivíduo-estado”. (CARVALHO, 2012, p. 61-63)

Observa-se que a linguagem é instrumento de comunicação do ser humano, mas também instrumento da interpretação judicial, que possibilita a compreensão do interprete. É certo que existem várias formas de comunicação, como a falada, a gestual e a corporal, mas a palavra é a forma mais eficaz da linguagem prescritiva e técnica no direito.

O ato de interpretar é um ato de vontade, de querer, em que o interprete reconstrói o que está construído no texto considerando as “mudanças objetivas, sociais ou políticas da sociedade, descabendo qualquer fixação de alcance que não seja para proteger esses valores que a primeira norma almejou proteger, e foram distorcidos pela práxis ao longo do tempo”. (PEREIRA, 2010, p. 125)

A Constituição é a fonte de legitimação das decisões judiciais, com “seus valores, princípios, regras, dinamicidade, espírito, força, potência, integração, vivacidade”, que são

limites à tomada de decisão, sendo a maior expressão do direito (BONIFÁCIO, 2008, p. 290). As recentes decisões do Poder Judiciário, em especial do STF e do STJ, no âmbito do Direito das Famílias, estão em perfeito compasso com o pensamento majoritário da doutrina, confirmando e ao mesmo tempo renovando valores primordiais nas relações familiares, que afetam a sociedade e o próprio sistema jurídico.

Importante salientar que a democracia só se sustenta com um “poder judiciário independente e qualificado”, com juízes com preparação humanista, com “sensibilidade social”, fazendo evoluir o direito, em especial na seara da família. A “legitimidade do Judiciário reclama por decisões justas e adequadas aos princípios” constitucionais (ligados ao processo e a matéria), garantindo a realização dos direitos fundamentais. Sendo necessário um “resgate da credibilidade” das decisões judiciais por meio da “renovação do pacto social e político” firmado pela sociedade. (BONIFÁCIO, 2008, p. 292)

Nesse diapasão, qualquer decisão judicial na seara do Direito das Famílias, deve garantir a segurança jurídica e a pacificação social, por meio da utilização da nova hermenêutica com viés emancipatório, que possibilita uma adequação da realidade social à pretensão estatal disposta no texto constitucional, tendo o interprete um papel fundamental na concretização dos direitos fundamentais e princípios relativos às relações familiares.

6 CONCLUSÃO

Como princípio jurídico, a afetividade é utilizada pelo interprete para solucionar litígios que envolvem relações familiares. É nesse momento, em que o juiz, partindo do texto da norma e dos fatos, elabora a norma de decisão que será aplicada ao caso, que este princípio orienta o processo construtivo de interpretação, sem violar a consistência constitucional ou se dissociar da realidade, mas alcançando uma adequação social.

Esse princípio não agride ou contradiz regras, nem causa embaraço a consistência jurídica. Ao contrário, ele está em consonância com várias regras constitucionais e infraconstitucionais, não causando qualquer instabilidade no sistema jurídico, mas possibilitando a abertura para novos caminhos que proporcionam a convivência pacífica de variados projetos e perspectivas familiares.

A construção do princípio da afetividade foi analisada em vários julgados do STF e do STJ, sendo a interpretação constitucional imprescindível para a concretização deste princípio no Direito das Famílias, pois a Constituição é o pressuposto de toda a organização e

ordenamento jurídico do Estado, apesar do seu conteúdo aberto que muitas vezes dificulta a compreensão de seus significados, não havendo método específico para tal labor.

Na análise da ADI nº 4277/DF foi possível perceber que a afetividade foi apontada na maioria dos votos como elemento norteador das famílias. Na realidade, o afeto não é o único elemento fundador da família, mas é um de seus elementos constitutivos, junto com a solidariedade, a estabilidade, o intuito de constituir família. É valor jurídico indispensável à elaboração de um novo conceito de família, além de permitir a concretização de direitos pertencentes a integrantes de famílias ainda não reconhecidas legalmente.

No mesmo compasso, foram analisados REsp julgados pelo STJ sobre abandono afetivo, em especial o voto da ministra Nancy Andrighi no REsp 1159242/SP, que utiliza o dever jurídico de cuidar como elemento objetivo capaz de comprovar ações e omissões do pai que podem ocasionar dano moral se presentes os requisitos da responsabilidade civil subjetiva. O cuidado é ação que objetiva o afeto, cujo cumprimento pode ser verificado, o que não pode ocorrer com relação ao amor.

Há o dever de cuidar, mas não há o dever de amar. Há o dever de agir com afeto, demonstrando a subjetividade por meio de atos objetivos, facilmente comprovados, e cuja ausência pode causar danos incomensuráveis à pessoa vítima do abandono afetivo, que deixa sequelas que afetam a vida íntima e social, a própria dignidade da pessoa humana.

As interpretações judiciais analisadas dos Tribunais Superiores brasileiro denotam que o princípio da afetividade possui grande relevância na solução de casos paradigmáticos. Ele possui fins específicos, qual seja a realização da ternura, do cuidado e atenção para com o outro, proporcionando o pleno desenvolvimento da pessoa a partir da convivência diária dos integrantes da família; bem como comportamentos, valores e critérios que estão sendo paulatinamente fixados na jurisprudência, pelo interprete que ao decidir possibilita a evolução do direito.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2013.

BARROS, Sérgio Resende. A tutela constitucional do afeto *In: Anais do V Congresso brasileiro de direito das famílias*. Disponível no site: <<http://www.ibdfam.org.br/publicacoes/anais/detalhes/714/V%20Congresso%20Brasileiro%20de%20Direito%20de%20Família>>. Acesso em: 01 abril 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Sustentação oral no STF na ADPF 132**. Disponível em: <<http://youtube.com/watch?v=ECIWP1c9-Vg&feature=related>>. Acesso em: 04 jul. 2012.

BOFF, Leonardo. **Ética e moral, a busca dos fundamentos**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. **O Direito Constitucional Internacional e a Proteção dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Método, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CARVALHO, Dimetri Braga Soares. **Direito das famílias e direitos humanos**. São Paulo: CL EDIJUR, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: o preconceito & a justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos Humanos, Princípio da Igualdade e não Discriminação – Sua Aplicação às Relações de Trabalho**. São Paulo: LTR, 2010.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

LÔBO, Paulo. A nova principiologia do direito das famílias e suas repercussões. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernandes (Org.). **Direito das famílias e das Sucessões: temas atuais**. São Paulo: Método, 2009.

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

MARTINS, Leonardo. **Reconhecimento da união estável homoafetiva como direito fundamental pela justiça constitucional**. [S.l: s.n.], 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade da pessoa humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2003.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hercules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil. Volume V. Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

PEREIRA, Erick Wilson. **Direito eleitoral: interpretação e aplicação das normas constitucionais eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. **O conceito de família e suas implicações jurídicas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2014.

TUPINAMBÁ, Roberta. O cuidado como princípio jurídico nas relações familiares. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva e OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). **O Cuidado como Valor Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.