

ISSN 2236-0859

# DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

VOLUME 15 | NÚMERO 1 | 2024



**UNIPÊ**

Centro Universitário  
de João Pessoa

# O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE NAS RELAÇÕES FAMILIARES

## THE PRINCIPLE OF AFFECTIVITY IN FAMILY RELATIONS

Jaqueline da Silva Paulichi<sup>1</sup>  
Valéria da Silva Galdino Cardin<sup>2</sup>

### RESUMO

A Constituição Federal de 1988 igualou homens e mulheres, tendo o princípio da igualdade atingido também as relações familiares, proclamou também que não importa a origem, os filhos terão os mesmos direitos. Logo após, surgiu o afeto como elemento formador das entidades familiares. Esses princípios, quando aplicados conjuntamente, trazem deveres aos pais, como o dever de cuidado e de zelo. Indaga-se se o direito deve tutelar e como intervir nessas relações familiares, eis que em se tratando de família, a intervenção deve ser feita caso a caso. A afetividade é o que une os membros de um núcleo, podendo chamar este de família, sendo primordial para a criação e educação dos membros desta, em que é considerada a célula *mater* da sociedade. Foi utilizado nesta pesquisa o método dedutivo por meio de estudos da lei, doutrina, jurisprudência e artigos científicos que tratam do tema, demonstrando ao final a aplicação do princípio da afetividade nas relações familiares. Atualmente, o presente princípio se apresenta como

---

<sup>1</sup> Doutora em Ciências Jurídicas Pela Unicesumar- PR. Possui Mestrado em Ciências Jurídicas - Direitos da Personalidade - Unicesumar (2015), e graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2009); possui especialização em Direito Civil e Processual Civil pela Unicesumar (2010); possui especialização em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná (2012); Possui Especialização em Direito Tributário e Direito Público pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal, UNIDERP, (2012). Pós- Graduada em docência do Ensino Superior e Metodologias Ativas pela Unicesumar. (2020). Email: j.paulichi@hotmail.com  
<sup>2</sup> Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Lisboa; Doutora e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Docente da Universidade Estadual de Maringá e no Programa de Pós-Graduação de Doutorado e Mestrado em Ciências Jurídicas da Universidade do Cesumar; Pesquisadora e Bolsista Produtividade ICETI; Advogada no Paraná. Email: valeria@galdino.adv.br



fundamento de diversos julgados que reconhecem direitos a pessoa, se demonstrando ser um princípio relevante e de grande aplicação no poder judiciário.

**Palavras-chave:** Princípio da Dignidade Humana. Afetividade. direitos da personalidade.

## ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988 equated men and women, with the principle of equality also affecting family relationships, and also proclaimed that no matter the origin, children will have the same rights. Soon after, affection emerged as a forming element of family entities. These principles, when applied together, bring duties to parents, such as the duty of care and zeal. It is asked whether the law should protect and how to intervene in these family relationships, as in the case of family, the intervention must be made on a case by case basis. Affection is what unites the members of a nucleus, being able to call it a family, being essential for the creation and education of the members of this nucleus, since it is considered the mater cell of society. The present research used the deductive method through studies of the law, doctrine, jurisprudence and scientific articles that deal with the theme, demonstrating in the end the application of the principle of affectivity in family relationships. Currently, this principle is presented as the basis of several judgments that recognize the rights of the person, demonstrating itself as a relevant principle and of great application in the judiciary.

**Keyword:** Principle of Human Dignity - Affectivity- personality rights

## 1 INTRODUÇÃO

O princípio da afetividade é aplicado em processos judiciais, conforme se verá no decorrer deste trabalho. Este princípio quando aplicado nas relações familiares demonstra a importância que é dada às interconexões entre os atores desse núcleo, ou seja, há a necessidade de cuidado dos pais pelos filhos, de zelo, de afeto e de proteção. E isso é um



desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana, que também deve ser aplicado no direito de família.

Isso explicita que o princípio da dignidade da pessoa humana, a maior vertente dos direitos da personalidade, deve ser aplicada nas relações familiares, contudo isso não é feito de forma espontânea. Por isso indaga-se se seria realmente necessário o judiciário intervir nas relações familiares, para que os pais fossem obrigados a dar assistência aos seus filhos. Isso não deveria partir do “bom senso” ou do simples ato de responsabilidade em se educar e em cuidar dos filhos? E até onde o Estado pode intervir nas relações familiares?

A Ministra Nancy Andrighi explica que o cuidado é um dever dos pais, o amor é faculdade, portanto os pais não são obrigados a amar seus filhos, mas são obrigados a cuidar da sua prole. Note-se que essa máxima é aplicada nos casos em que houve uma gravidez não planejada, pois, nas famílias onde há o planejamento da vinda de um filho, provavelmente este será cuidado pelos seus pais.

Além dos casos em que se analisa a responsabilidade civil dos pais em decorrência do abandono afetivo, também serão analisadas outras jurisprudências que se utilizaram do referido princípio para a solução do caso concreto.

Nesta pesquisa, serão formuladas algumas hipóteses para esses questionamentos, utilizando-se do método hipotético-dedutivo.

## **2 DA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

No ordenamento jurídico brasileiro atual percebe-se maior importância e aplicação dos princípios, ante a possibilidade de se



amoldarem a diferentes casos que são submetidos a análise no Poder Judiciário.<sup>3</sup>

Assim há uma conexão entre o reconhecimento da normatividade dos princípios e a difusão da ideia de que as normas constitucionais possuem eficácia jurídica. Hoje, há o consenso de que os princípios são normas jurídicas que se dividem em princípios e regras.<sup>4</sup>

Dworkin faz uma diferenciação qualitativa entre os princípios e as regras em relação a sua incidência. Ele explica que as regras são comandos disjuntivos, incidindo como “tudo ou nada”, diferentemente dos princípios. Ou a regra é aplicada diretamente ao caso, ou é totalmente afastada dele. No caso de um conflito de regras, seria necessário recorrer à antinomia. Com os princípios, o mesmo não ocorre, eis que os princípios são utilizados conforme o peso que exercem no caso em concreto. O autor ainda divide os princípios em sentido estrito e as diretrizes políticas.

As diretrizes políticas definem os objetivos a serem alcançados, e os princípios, em sentido estrito, asseguram a exigência de uma justiça ou equidade. Assim, aquele associa apenas esses últimos aos direitos fundamentais, rejeitando a possibilidade de ponderação entre os princípios com as diretrizes políticas, afirmando que os primeiros deverão prevalecer sempre.<sup>5</sup>

Alexy também faz essa distinção e esclarece que o conflito de regras é resolvido diferentemente do conflito de princípios. Nas regras, a colisão será solucionada com o ingresso de uma cláusula de exceção ou com o reconhecimento de invalidade de uma das regras em conflito.

---

<sup>3</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2004.

<sup>4</sup> SARMENTO, Daniel. Op. Cit. p. 82

<sup>5</sup> DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1985. p. 90-100.



Para os princípios, a solução é apresentada com o peso de cada princípio num determinado caso. Hoje, predomina-se a tese de que no conflito de princípios é necessário efetuar a ponderação entre eles, no entanto deve ser averiguado o caso em concreto a ser analisado, efetuando uma análise também nas políticas sociais envolvidas e nas suas consequências, conforme Daniel Sarmiento.<sup>6</sup>

Os princípios conferem maior flexibilidade à Constituição pois permitem que ela se adapte com mais facilidade aos casos complexos. E também estão mais próximos aos valores, o que dá a base de eticidade da Constituição. Assim não se pode aceitar uma Constituição baseada apenas em regras, eis que seria incapaz de se amoldar as constantes evoluções da sociedade.<sup>7</sup>

Mas também não se pode aceitar uma constituição baseada apenas em princípios, eis que traria ao ordenamento uma incerteza e insegurança, pois os princípios operam-se de forma imprevisível, pois depende do aplicador da norma. A Constituição Federal está baseada tanto nos princípios quanto nas regras, no entanto o autor faz uma ressalva de que ultimamente, no ordenamento jurídico brasileiro, tem-se utilizado muito mais as regras do que os princípios. Assim os princípios constitucionais trarão, com seus ideais solidários, uma nova feição ao direito privado.<sup>8</sup>

O direito é expresso por meio de normas jurídicas e essas quando positivadas, exprimir-se-ão por meio das regras ou dos princípios. Assim, após o neoconstitucionalismo<sup>9</sup>, não há como negar que existe uma força cogente desses princípios na ciência do direito.

---

<sup>6</sup> SARMENTO, Daniel. Op. Cit. p. 87

<sup>7</sup> SARMENTO, Daniel. Op. Cit. p. 87

<sup>8</sup> SARMENTO, Daniel. Op. Cit. p. 88

<sup>9</sup> Não há propriamente uma “escola” do Neoconstitucionalismo, mas um conjunto de autores que, com diferentes fundamentos, alinhar-se-iam ao entendimento de que, no segundo pós-guerra, haveria surgido um “novo constitucionalismo”, o qual teria por



O dicionário traz o conceito do termo “princípios”, podendo ser expresso como: “o primeiro momento da existência (de algo), ou de uma ação ou processo; começo, início; proposição elementar e fundamental que serve de base a uma ordem de conhecimentos.”<sup>10</sup> Atualmente, na jurisprudência não é difícil encontrar decisões baseadas em princípios, sendo então utilizados como critério que orientam as decisões. Miguel Reale explica que os princípios são as “verdades fundantes” do sistema de um determinado conhecimento.<sup>11</sup>

Os princípios são normas jurídicas que devem ter aplicação imediata, eles revestem as qualidades das normas jurídicas, assim como as regras. Dessa forma, os princípios não são apenas orientações políticas ou mandamentos morais, eis que fazem parte das fontes do direito. No entanto estes se diferenciam das regras em decorrência de seu conteúdo, sendo mais vagos e abertos. De outro modo, as regras têm uma maior exatidão. Os princípios necessitam de uma limitação pelo aplicador do direito, não reduzindo o seu valor ou a sua importância, exigindo uma atividade axiológica.

Humberto Ávila explica a respeito dos princípios, eis que são necessários para a compreensão das regras;

Os princípios, por serem normas imediatamente finalísticas, estabelecem um estado ideal de coisas a ser buscado, que diz respeito a outras normas do mesmo sistema, notadamente das regras. Sendo assim, os princípios são normas importantes para a compreensão do sentido das regras.<sup>12</sup>

---

*norte os princípios constitucionais (especialmente a dignidade da pessoa humana), a força normativa da Constituição (que deixaria de ser um documento político), a eficácia dos direitos fundamentais e a criação de poderosos tribunais constitucionais, que transformaram a clássica tripartição de poderes. Trecho retirado de: RODRIGUEZ JUNIOR. Otávio Luiz. *Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Gen.2019.p.189*

<sup>10</sup> HOUAISS, Antonio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva 2004.

<sup>11</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

<sup>12</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria Geral dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003.



Robert Alexy ensina que os princípios detêm mandamentos do que deve ser, e não do que é, para que este seja respeitado em um ordenamento jurídico. Dessa forma, princípio e regras são espécies do gênero norma.<sup>13</sup>

Acerca da noção de princípios, Ruy Samuel Espindola explica que estes designam:

“a estruturação de um sistema de ideias, pensamentos ou normas por uma ideia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais ideias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam”.<sup>14</sup>

Amaral Junior ilustra que as regras pressupõem uma conduta determinada e específica, com as suas consequências. A regra será criada para regulamentar uma situação determinada, sendo elaborada para um fato ou ato pré-determinado.<sup>15</sup>

As regras tutelam uma situação determinada, tendo incidência quando aquele fato ou ato determinado ocorrer. Pode acontecer que duas regras venham a colidir, havendo um conflito. Quando isso ocorre, no caso em concreto, uma regra apenas será aplicável, afastando conseqüentemente a aplicação da outra.

Canotilho explica que as regras prescrevem à pessoa uma exigência que deve ser cumprida imperativamente, podendo impor, permitir ou proibir determinada conduta, podendo ser ou não ser cumprida. Estas devem ser aplicadas inteiramente, em sua completude, não podendo aceitar exceções. Assim, pode-se entender que há uma

---

<sup>13</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Ernesto da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87.

<sup>14</sup> ESPINDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. 2a ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 53

<sup>15</sup> AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *A Boa-fé e o Controle das Cláusulas Contratuais Abusivas nas Relações de Consumo*. In: BENJAMIN, Antonio Herman de V. *Revista de Direito do Consumidor*, Vol. 6., São Paulo: RT, 1993.





diferença entre as regras e os princípios, sendo que esses dois integram a finalidade da norma. O princípio é mais abrangente, abstrato, podendo atingir um número indeterminado de pessoas, atos e fatos. As regras são específicas, aplicadas a determinados atos e fatos, tendo uma abrangência menor que o princípio.

Nesta pesquisa, será apresentada a abrangência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da afetividade e a sua aplicação na jurisprudência atual. Para isso, é necessário entender do que se tratam esses princípios, eis que são muito utilizados na jurisprudência do STF e STJ, conforme se verá no decorrer deste trabalho.

### **3 DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A RELAÇÃO COM O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE**

O princípio da dignidade da pessoa humana está inserido no art. 5º, inc. III da Constituição Federal. O direito de família, parte integrante do direito privado, está fundamentado também na Constituição, e o exemplo é a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana à filiação.

Zulmar Fachin explica que a dignidade da pessoa humana é o valor fundamental do Estado Brasileiro, conforme consta no art. 1º inc. III da Constituição Federal. E esse princípio inspira a atuação de todos os poderes do Estado, assim como o agir de cada ser humano. Esse valor está presente, seja de forma expressa ou implícita, em toda a Constituição Brasileira. Um exemplo dado pelo autor é no campo do direito de família, o planejamento familiar, que é de livre decisão do casal, cujo fundamento é o princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 207.



A dignidade da pessoa humana é tema de difícil conceituação, ante a sua abrangência e possibilidade de se amoldar aos mais diversos casos concretos. Maria Celina Bodin de Moraes trabalha a questão da polissemia conceitual atribuída ao princípio da dignidade da pessoa humana:

[...] é uma questão que, ao longo da história, tem atormentado filósofos, teólogos, sociólogos de todos os matizes, das mais diversas perspectivas, ideológicas e metodológicas. A temática tornou-se, a partir de sua inserção nas longas Constituições, merecedora da atenção privilegiada do jurista que tem, também ele, grande dificuldade em dar substância a um conceito que, por sua polissemia e o atual uso indiscriminado, tem um conteúdo ainda mais controvertido do que no passado.

17

O conceito do que seja a dignidade da pessoa humana irá depender do caso a ser analisado, mas não há dúvida de que este princípio fundamental da República Federativa deverá ser aplicado em todas as esferas, seja no direito público ou no direito privado. Chaves Camargo procura definir que todo ser humano possui características que são próprias do ser, que expressam um valor e “fazem do homem não mais um mero existir, pois este domínio sobre a própria vida, sua superação, é a raiz da dignidade humana”.<sup>18</sup> Nessa senda, todo homem e mulher possuem dignidade.

Elimar Szaniawski aduz que a dignidade da pessoa humana é o ponto nuclear de onde se desdobram os demais direitos fundamentais, vinculando tanto o poder público como o privado.<sup>19</sup> Jorge Pinheiro Duarte afirma que pelo princípio aqui estudado toda a “pessoa deve ser

---

<sup>17</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. 105-147.

<sup>18</sup> CAMARGO, A. L. Chaves. *Culpabilidade e Reprovação Penal*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994.

<sup>19</sup> SZANIAWSKI, Elimar. p. 142.



tratada como pessoa, como um fim em si mesmo," reconhecendo a sua autonomia e autodeterminação, de forma que o ser humano não seja coisificado, comercializado ou instrumentalizado.<sup>20</sup>

Alguns autores afirmam que a dignidade da pessoa humana "impende, inclusive, do nascer com vida, pois o nascituro, mesmo sem ainda ter nascido, possui a qualidade de humano.<sup>21</sup> Dessa forma, para que haja dignidade o sujeito deve ser pessoa, não importando se ainda se classifica como nascituro.

Ingo Wolfgang Sarlet define como:

[...] o reduto intangível de cada indivíduo e, neste sentido, a última fronteira contra quaisquer ingerências externas. Tal não significa, contudo, a impossibilidade de que se estabeleçam restrições aos direitos e garantias fundamentais, mas que as restrições efetivadas não ultrapassem o limite intangível imposto pela dignidade da pessoa humana.<sup>22</sup>

O princípio da dignidade humana deve ser respeitado em todas as relações jurídicas, sejam elas públicas ou privadas, e assim deve ser, precipuamente, nas relações familiares. "Assim, as relações jurídicas privadas familiares devem sempre se orientar pela proteção da vida e da integridade biopsíquica dos membros da família, consubstanciada no respeito e asseguramento dos seus direitos da personalidade".<sup>23</sup>

A dignidade humana também é utilizada como fundamento de diversas decisões do Supremo Tribunal Federal, eis que elevada a

---

<sup>20</sup> PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito de Família Contemporâneo*. AAFDL: Lisboa. 2013.

<sup>21</sup> GOZZO, Débora. Ligeira, Wilson Ricardo (organizadores). *Bioética e direitos fundamentais*.

São Paulo: Saraiva, 2012, p. 174-175.

<sup>22</sup>TARTUCE, Flávio. *Novos princípios no Direito de Família Brasileiro*. Disponível em < < <http://www.ibdfam.com.br/public/artigos.aspx?codigo=329>>> Acesso em: 30. Maio .2020

<sup>23</sup> LISBOA, Roberto Senise. *Manual Elementar de Direito Civil: direito de família e das sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.40



princípio fundamental do Estado, aplicável a todos seres humanos. Eros Grau trata do tema do julgado abaixo transcrito:

Tem razão a arguente ao afirmar que a dignidade não tem preço. As coisas têm preço, as pessoas têm dignidade. A dignidade não tem preço, vale para todos quantos participam do humano. Estamos, todavia, em perigo quando alguém se arroga o direito de tomar o que pertence à dignidade da pessoa humana como um seu valor (valor de quem se arroga a tanto). É que, então, o valor do humano assume forma na substância e medida de quem o afirme e o pretende impor na qualidade e quantidade em que o mensure. Então o valor da dignidade da pessoa humana já não será mais valor do humano, de todos quantos pertencem à humanidade, porém de quem o proclame conforme o seu critério particular. Estamos então em perigo, submissos à tirania dos valores.<sup>24</sup>

A dignidade da pessoa humana é essencialmente comum a todas as pessoas, impondo-se um dever de respeito e intocabilidade, inclusive em face do Poder Público. Em recentes julgados pode-se perceber o reconhecimento de novos desdobramentos dos direitos da personalidade. Neste sentido, cite-se o caso do reconhecimento do gênero neutro na certidão da pessoa, julgado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Ao se reconhecer a possibilidade do sujeito em se apresentar como pertencente ao gênero neutro, há o seu reconhecimento como indivíduo na sociedade, respeitando as suas vontades, garantindo o exercício de uma vida digna. A Juíza do caso declarou em matéria publicada pelo Site Migalhas:

[...] o Poder Judiciário, diante dos casos concretos, deve funcionar como respaldo jurídico, freando a discriminação das minorias e garantindo a todos o exercício pleno de uma vida digna. [...] Impedir as pessoas de serem o que sentem que são é uma afronta à Constituição" <sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> ADPF 153, voto do rel. min. Eros Grau, j. 29-4-2010, P, DJE de 6-8-2010

<sup>25</sup> MIGALHAS. Decisão pioneira. *Nem homem, nem mulher: Pessoa consegue registro de gênero neutro*. 13.abr.2021 Disponível em: Acesso em 15. abr.2021.



Os novos direitos civis partem da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, protegendo a pessoa humana, e são aplicados nas relações privadas, entre os particulares. Isso também traz a necessidade de reconhecimento da constitucionalização ao direito civil, eis que inúmeras premissas do direito civil estão previstas na Constituição Federal. Os novos princípios do direito civil, do direito de família surgem da interpretação da Constituição Federal, do princípio da dignidade da pessoa humana previsto no art. 1º, inc. III.

O moderno direito de família pauta-se no princípio da afetividade. No entanto, a definição do que seja afetividade assemelha-se muito com a definição do que é o amor. É impossível definir o que é o amor, eis que há séculos cientistas, filósofos, escritores tentam realizar essa definição. O certo é que, o sentimento do "amor" é subjetivo, varia de pessoa para pessoa, dependendo de seu conhecimento empírico, de suas convicções, da sua espiritualidade, etc.

O apóstolo Paulo, na sua primeira Epístola aos Coríntios, diz sobre o amor de forma profunda e eterniza esta definição, considerada uma das mais belas passagens da Bíblia:

Ainda que eu falasse as línguas dos homens e dos anjos, e não tivesse amor, seria como o metal que soa ou como o sino que tine. E ainda que tivesse o dom de profecia, e conhecesse todos os mistérios e toda a ciência, e ainda que tivesse toda a fé, de maneira tal que transportasse os montes, e não tivesse amor, nada seria. E ainda que distribuísse toda a minha fortuna para sustento dos pobres, e ainda que entregasse o meu corpo para ser queimado, e não tivesse amor, nada disso me aproveitaria. O amor é sofredor, é benigno; o amor não é invejoso; o amor não trata com leviandade, não se ensoberbece. Não se porta com indecência, não busca os seus interesses, não se irrita, não suspeita mal; Não folga com a injustiça, mas folga com a verdade; Tudo sofre, tudo crê, tudo espera, tudo suporta. O amor nunca falha; mas havendo profecias, serão aniquiladas; havendo línguas, cessarão; havendo ciência, desaparecerá; Porque, em parte, conhecemos, e em parte profetizamos; Mas, quando vier o que é perfeito, então o que o é em parte será aniquilado. Quando eu era menino, falava como menino,



sentia como menino, discorria como menino, mas, logo que cheguei a ser homem, acabei com as coisas de menino. Porque agora vemos por espelho em enigma, mas então veremos face a face; agora conheço em parte, mas então conhecerei como também sou conhecido. Agora, pois, permanecem a fé, a esperança e o amor, estes três, mas o maior destes é o amor. (1Cor, 13:1-13)

Nas relações familiares, o amor é a força elementar e propulsora. É o que impulsiona as pessoas a se juntarem, no intuito de formar uma nova família. Este é o elemento mais importante da família.

Clovis Beviláqua diz que o amor é um dos fatores de formação da família, sendo este o instinto genesíaco, capaz de aproximar os dois sexos. O autor, citando Spencer, explica que a evolução das formas de família está ligada com a evolução da inteligência e do sentimento, em que “as relações domésticas mais elevadas, sob o ponto de vista ético, são também mais elevadas, sob o ponto de vista biológico e sociológico”.<sup>26</sup>

O próprio conceito de direito de família encontra sua base, sua raiz, na afetividade. A comunidade familiar é formada pelos seus membros e é delineada pelo liame socioafetivo.<sup>27</sup> O princípio da afetividade no direito de família traz maior proteção, maior humanização das relações familiares, podendo assim atingir todos aqueles que não teriam proteção no tocante à filiação com o Código Civil de 1916.

Esse princípio tem por base a convivência, e não o sangue, fazendo com que a família deixe de ser somente a biológica para ser também a afetiva. Divide-se os princípios constitucionais entre expressos e tácitos. Expresso porque está claramente na lei, e tácito é aquele que

---

<sup>26</sup> BEVILAQUA, Clóvis. *Família: por Clóvis Bevilaqua na Faculdade de Direito de Recife*. Recife: Livraria Contemporânea. 1903. p.13

<sup>27</sup> STOLZE, Pablo. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família: a Família em perspectiva Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2012.



está implícito. Sendo assim o princípio da dignidade humana é um princípio expresso e nele está implícito o princípio da afetividade.<sup>28</sup>

Flavio Tartuce diz que o afeto pode ser apontado como o fundamento principal das relações familiares. O vínculo familiar pode ser visto como um vínculo de afeto, e não mais vínculo biológico, no que resulta numa nova forma de parentesco civil, que é a parentalidade socioafetiva, que se baseia na posse do estado de filho.<sup>29</sup>

As relações familiares, tal como a explicitada neste trabalho, merecem ser respeitadas face ao Direito Civil e Constitucional. A família, no aspecto social e jurídico, vive um renascimento científico. O estudo das famílias até o século XX não parecia ter algum desafio científico para os juristas. Hoje a prática da família vê-se em um novo estágio, ela é muito mais unida aos sentimentos, à vida, e “ao complexo comportamento privado social do homem de nosso tempo, mas os costumes mudaram”.<sup>30</sup>

O vínculo afetivo foi paulatinamente juntando-se à concepção de família como um espaço econômico. Dessa forma, os sentimentos prevalecem em detrimento do aspecto econômico da família. Com o triunfo dos sentimentos, os atores que compõem esse grupo familiar exigem maior proteção aos seus familiares, exigindo do legislador uma proteção que atinja primeiro a pessoa de forma integral.<sup>31</sup>

O princípio da afetividade, fundamentado no sentimento, não possui uma previsão legal, no entanto pode-se extrair esse entendimento partindo-se do princípio da dignidade humana. Flávio Tartuce diz que “mesmo não constando a palavra afeto no Texto Maior como um direito

---

<sup>28</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação*. IBDFAM. Disponível em <<<http://www.ibdfam.com.br/public/artigos.aspx?codigo=109>>> Acesso em: 31.mai.2020.

<sup>29</sup> TARTUCE, Flávio. Op. Cit.

<sup>30</sup> MARQUES, Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno. *O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014.

<sup>31</sup> MARQUES, Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno. Op. Cit. p. 103.



fundamental, podemos dizer que o afeto decorre da valorização constante da dignidade humana”.<sup>32</sup>

Simone F. Dias explica que o princípio da afetividade nasceu na aplicação paulatina na jurisprudência, em decorrência da interpretação do princípio da dignidade da pessoa humana, pois não há previsão expressa na lei acerca do “afeto”.<sup>33</sup>

A afetividade vai muito além do amor, ela engloba a humanização nas relações familiares, o carinho, o cuidado, o zelar pela criança, devendo ser estendido a todas as relações familiares. É preciso humanização nessas relações.

Dado o aumento de casos que tratavam da aplicação da afetividade em relações familiares o STF prescreveu em seu informativo nº 626 acerca do princípio estudado, trazendo a concepção de princípio fundamental implícito:

Com efeito, a partir do momento em que a Constituição Federal reconheceu o amor como o principal elemento formador da entidade familiar não-matrimonializada, alçou a afetividade amorosa à condição de princípio constitucional implícito, que pode ser extraído em função do art. 5.º, §2.º, da CF/1988, que permite o reconhecimento de princípios implícitos por decorrentes dos demais princípios e do sistema constitucional (além dos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil faça parte).<sup>34</sup>

De outro lado, tem-se a crítica efetuada ao princípio da afetividade. Lenio Streck, em sua coluna do *site* Conjur revela seu inconformismo com a criação de novos princípios. E assim ocorre com o

---

<sup>32</sup> TARTUCE, Flávio. Op. Cit.

<sup>33</sup> LIMA, S. A. *Uma Crítica Hermenêutica Ao Pseudo Princípio Da Afetividade*. Revista de Direito Brasileira; v. 23, n. 9 (2019); 197-210; 2358-1352; 2237-583X, [s. l.], 2020. DOI 10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2019.v23i9.3800. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsbas&AN=edsbas.82A12979&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 15. abr. 2021.

<sup>34</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF informativo 626.





princípio da afetividade, segundo o autor, no qual esse princípio é utilizado como fundamento para inúmeras decisões, em que não se tem lei a respeito, como exemplo a utilização do princípio da afetividade para registrar uma criança com duas mães, ou com várias mães e vários pais ou, ainda, para a viúva dividir a herança com a concubina.<sup>35</sup>

O autor, em seu livro “Compreender Direito”, trata do “pamprincipiologismo”, considerado por ele um meio de criação de princípios que são despídos de normatividade. Dessa forma o autor indaga qual o sentido normativo do princípio da afetividade.<sup>36</sup>

João Baptista Villela, em seu tratado da desbiologização da paternidade defende que o vínculo familiar é visto como um vínculo de afeto, e não mais como um vínculo biológico, o que resultou numa nova forma de parentesco civil, a chamada parentalidade socioafetiva. Dessa forma, a paternidade não se resume apenas ao vínculo biológico, mas se afirma também como grupo de afetividade e companheirismo.<sup>37</sup>

Para o citado autor, a paternidade é o reconhecimento da filiação, no qual o pai, tanto biológico quanto socioafetivo, exerce o seu dever com a criança. Essa desbiologização da paternidade é uma constatação das diversas formas de filiação que se tem no país, com o reconhecimento pelo Código Civil. As presunções de filiação dispostas no Código Civil protegem as relações familiares, tutelando aqueles que foram gerados por meio de técnicas de reprodução humana assistida.

---

<sup>35</sup> STRECK, Lênio. *Senso Incomum*: Por analogia, os advogados devem invocar o princípio da amorosidade. *Conjur.* Disponível em <<. <http://www.conjur.com.br/2014-set-18/senso-incomum-analogia-advogados-invocar-principio-amorosidade>>> acesso em 18.out.2020

<sup>36</sup> STRECK, Lênio. *Compreender Direito*: desvelando as obviedades do discurso jurídico. *Revista dos Tribunais*: São Paulo. 2013.

<sup>37</sup> VILLELA, João Baptista. *Desbiologização da paternidade*. Separada da Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, ano XXVII, n. 21, maio, 1979. Apud. TARTUCE, Flávio. *Op. Cit.* p. 1119.



## 4 DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE NAS RELAÇÕES FAMILIARES

Há, na doutrina e jurisprudência, a previsão de indenização por danos morais no direito de família, no entanto, o entendimento pela indenização por danos morais decorrentes do abandono afetivo nasceu da jurisprudência. Assim, com a evolução da jurisprudência e da sociedade, inúmeros casos em que se discute o reconhecimento de vínculos familiares se utiliza o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da afetividade como fundamentos.

São inúmeros os casos que chegam na justiça diariamente, porém escolheu-se alguns julgados para se analisar nesta pesquisa, que tratam do abandono afetivo, da multiparentalidade, da união homoafetiva, e da divisão de pensão entre a esposa (o) e a companheira (o) e a sucessão hereditária da companheira (o).

### 4.1 Do Abandono Afetivo

Valéria Silva Galdino Cardin explica que nos tribunais há uma certa resistência quanto a indenização pelo abandono afetivo dos pais em relação aos filhos. A autora ainda explica que não se pode haver a monetarização do afeto, mas que, quando há a falta deste no trato com um filho, isso acarreta inúmeros danos psicológicos à criança ou ao adolescente que passa pela rejeição do pai ou da mãe. Isso traz a essa criança ou adolescente inúmeros outros traumas, dificultando o seu desenvolvimento perante a sociedade.<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> CARDIN, Valéria Silva Galdino. *Dano Moral no Direito de Família*. Saraiva. São Paulo: 2012.



Pouco a pouco o judiciário vem mudando a sua visão sobre a indenização decorrente do abandono afetivo. Como exemplo, há o caso julgado pela terceira turma do STJ, em que houve a condenação de um pai a indenizar no valor de R\$ 200.000,00 a filha pelo abandono afetivo.

A quarta turma do STJ já havia rejeitado uma indenização por dano moral em decorrência do abandono afetivo, conforme ementa abaixo transcrita:

*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<sup>39</sup>*

Porém, em 2012 o Supremo Tribunal Federal<sup>40</sup> se manifestou acerca da possibilidade de indenização por dano moral decorrente do Abandono Afetivo. Não existe previsão legal que afasta a possibilidade de a responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo, assim, o cuidado, a afetividade, o dever de zelo, apesar de não previstos expressamente, podem ser interpretados a partir do art. 227 da Constituição Federal.

Conforme excerto retirado do Resp. 1159242/SP de 2012, depreende-se o seguinte:

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, exsurgindo, daí, a

---

<sup>39</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. In Processo Civil. Dano Moral. Direito de Família RECURSO ESPECIAL 757.411/MG, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES

<sup>40</sup> STJ; REsp 1.557.978; Proc. 2015/0187900-4; DF; Terceira Turma; Rel. Min. Moura Ribeiro; DJE 17/11/2015



possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.[...] 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 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.  
[...] Recurso especial parcialmente provido.<sup>41</sup>

Nos estudos de Direito de Família pode-se perceber a existência do princípio da não intervenção do Estado, no qual não haverá o embaraço na educação dos filhos, no planejamento familiar, nas entidades familiares, a não ser que os responsáveis se omitirem de suas obrigações. Em caso de omissão (como abandono de menor incapaz, violência doméstica, abuso sexual, omissão no dever de educação, dentre outros) o Estado deverá intervir na família. Dessa forma, a indenização decorrente do abandono parental é meio eficaz para que o sujeito prejudicado seja de alguma forma recompensado.

No caso julgado houve o reconhecimento judicial de paternidade, no qual a filha (e autora da ação) ajuizou contra o pai por ter sofrido abandono material e afetivo durante sua vida. Em primeira instância, o pedido foi julgado improcedente, atribuindo o distanciamento do pai a um comportamento agressivo da mãe.

Em apelação, a autora afirmou que o pai tinha condições, sendo este abastado. No Tribunal de Justiça de São Paulo, houve a reformulação da sentença, que fixou a indenização em R\$ 415.000,00. Em recurso ao STJ, o pai alegou que não houve abandono afetivo e que, caso houvesse, não haveria ilícito algum a indenizar. A Ministra Nancy Andrighi entendeu de modo diverso, sendo possível exigir uma

---

<sup>41</sup> CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Abandono afetivo e dano moral**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/b571ecea16a9824023ee1af16897a582>>. Acesso em: 09. Nov.2020



indenização por dano moral pelo abandono afetivo pelos pais. Em sua sentença, houve a afirmação de que “amar é faculdade, cuidar é dever”<sup>42</sup>, eis que não existe motivo para que os danos das relações familiares sejam tratados de forma diversa dos danos civis.

Explica a Ministra que os elementos necessários para a caracterização do dano moral, nesse caso, têm contornos complexos, que vão além da tríade que configura a responsabilidade civil subjetiva, que são a culpa, o dano e o nexo causal. Para isso, devem ser analisados outros fatores, como o afeto, o amor, a mágoa, dentre outros, que dificultam a definição dos elementos que configuram o dano moral.

Mas é possível perceber que na relação entre pais e filhos há esse liame, que se baseia no vínculo, no qual há “preconização constitucional e legal de obrigações mínimas”. E continua dizendo “Sendo esse elo fruto sempre de ato volitivo, emerge, para aqueles que concorreram com o nascimento ou adoção, a responsabilidade decorrente de suas ações e escolhas, vale dizer, a criação da prole”<sup>43</sup>.

Há o vínculo afetivo e legal que une pais e filhos, o que garante a necessidade de atenção aos filhos e, também, o acompanhamento do desenvolvimento da criança, sendo este o vínculo que deve ser almejado, para que haja a efetiva garantia à proteção da criança. Os pais tem o dever de assistência psicológica em relação aos seus filhos, sendo essa “obrigação inescapável”, assim como a “viabilidade técnica de se responsabilizar, civilmente, àqueles que descumprem essa

---

<sup>42</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. In Processo Civil. Dano Moral. Direito de Família. RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9). Recorrente Antonio Carlos Jamas Dos Santos. Recorrido Luciane Nunes De Oliveira Souza. Relatora : Ministra Nancy Andrighi. Brasília.

<sup>43</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. In Processo Civil. Dano Moral. Direito de Família. RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9). Op. Cit.



incumbência é a outra faceta dessa moeda e a questão central que se examina neste recurso”<sup>44</sup>.

Esse dever de cuidado com os filhos, essa afetividade que se deve ter em relação a eles, é uma das vertentes de aplicação do princípio da dignidade humana à filiação, pois uma criança que não tem o mínimo vital básico para viver não tem o princípio da dignidade da pessoa humana concretizado em sua pessoa.

Há uma percepção do dever de cuidado como um valor jurídico e a sua reponsabilidade civil, pois “o cuidado é fator crucial à formação da personalidade do infante, deve ser ele alçado a um patamar de relevância que mostre o impacto que tem na higidez psicológica do futuro adulto”<sup>45</sup>. Dessa forma os pais assumem obrigações jurídicas em relação aos seus filhos, que ultrapassam do necessário para sobreviver.

## 4.2 Da Multiparentalidade

A multiparentalidade é a possibilidade de uma criança ter como pais mais de duas pessoas, é também instituto que se funda na afetividade. Em recente decisão em Nova Lima (GO), foi possível o reconhecimento desse instituto. A criança possuía mãe biológica e o pai era desconhecido. Após a morte da mãe, a criança foi entregue à adoção, sendo deixada com uma família provisória.<sup>46</sup>

O juiz da causa argumentou sua decisão afirmando que o conceito de família está mais abrangente, pois reconhece diferentes

---

<sup>44</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. In Processo Civil. Dano Moral. Direito de Família. RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9). Op. Cit.

<sup>45</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. In Processo Civil. Dano Moral. Direito de Família. RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9).op. cit.

<sup>46</sup> DOCTRINA DA MUTIPARENTALIDADE. Criança terá duas mães e um pai em seu registro de nascimento. *Conjur.* São Paulo. 10.09.2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-set-20/crianca-duas-maes-pai-registro-nascimento>> Acesso em: 20.set.2020



entidades familiares, o que dá especial relevo à afetividade entre os conviventes.<sup>47</sup>

A multiparentalidade ainda é tema controverso, eis que pode trazer inúmeras hipóteses jurídicas, como o direito à sucessão e a alimentos. Essa criança tem o direito à dupla sucessão? Da mãe já falecida e da mãe adotiva? Se fosse descoberto posteriormente que a mãe biológica tinha direito a uma herança esquecida, esta poderia sucedê-la?

Sendo a multiparentalidade resolvida por meio do princípio da afetividade, também e resolveria essas outras questões, pois o princípio aqui estudado confere uma margem muito grande de interpretações acerca do que é família e até onde se estende os direitos do menor.

O critério afetivo pode ser considerado como coadjuvante na família clássica do Código Civil de 1916, sendo hoje protagonista na família contemporânea. De acordo com os ensinamentos de Calderón será utilizado esse conceito da afetividade para as relações de conjugalidade e, também, para as relações de parentalidade.<sup>48</sup>

O autor supracitado afirma o seguinte:

[...] afetividade passou a prevalecer sobre critérios econômicos políticos religiosos sociais de interesse do grupo familiar enfim preponderam sobre os demais fatores que influenciaram os vínculos familiares até então.<sup>49</sup>

A família contemporânea, aquela do fim do século XX até os dias atuais, possui inúmeras características que remontam ao princípio da

---

<sup>47</sup> DOCTRINA DA MUTIPARENTALIDADE. Criança terá duas mães e um pai em seu registro de nascimento. *Conjur.* São Paulo. 10.09.2014. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-set-20/crianca-duas-maes-pai-registro-nascimento>> Acesso em: 20.set.2020

<sup>48</sup> CALDERÓN, Ricardo. *Princípio da Afetividade no Direito de Família*. Gen/Forense. São Paulo: 2018.p.159

<sup>49</sup> CALDERÓN, Ricardo. *Princípio da Afetividade no Direito de Família*. Gen/Forense. São Paulo: 2018.p.159



afetividade, como exemplo: a questão de que a família é eudemonista, no qual há prioridade na realização das pessoas daquele núcleo familiar.<sup>50</sup> Também a família contemporânea é caracterizada por um menor número de indivíduos e assim existe uma integração mais afetiva entre esses atores havendo também uma maior subjetividade, no qual as pessoas daquela da família são o centro de respeito, famílias não fundamentadas apenas no casamento religioso e civil mas também na união estável na família monoparental, dentre outras formas de família.

Existe uma tendência cada vez maior a isonomia material entre homem e mulher, entre os filhos, e também na igualdade entre casamento e união estável além de uma pressão menor da religião e outros fatores externos. Outra característica marcante é de que a família contemporânea é democrática. Por fim, a afetividade assume o protagonismo nas relações familiares, como a filiação socioafetiva, a homoafetividade e a poliafetividade.<sup>51</sup>

Em 2016 o Supremo Tribunal Federal fixou a tese tratando da paternidade socioafetiva, nos seguintes termos: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios.”

Em análise da decisão acerca da possibilidade de reconhecimento de vínculo de filiação afetiva concomitante ao biológico, extrai-se o seguinte:

Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais

---

<sup>50</sup> GAGLIANO, P.S.; PAMPLONA FILHO, R.P. *Novo curso de direito civil: direito de família - As Famílias em Perspectiva Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013.p.52

<sup>51</sup> CALDERÓN, Ricardo. *Princípio da Afetividade no Direito de Família*. Gen/Forense. São Paulo: 2018.p160.





de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º)<sup>52</sup>

O Estado não pode se omitir no reconhecimento dos diferentes arranjos familiares, eis que os vínculos parentais biológicos e afetivos são uma realidade social. Denota-se que esse reconhecimento é desdobramento dos princípios da dignidade da pessoa humana e da parentalidade responsável.

#### **4.3 Da Divisão de pensão entre Esposa e Companheira.**

O Tribunal Regional Federal da 4ª região decidiu sobre a divisão de pensão de militar morto entre a esposa e a companheira. Ressalte-se que esse militar ainda era casado legalmente quando iniciou sua relação com a companheira. Foi decidido, então, que a esposa e a companheira teriam direito à pensão por morte. A esposa pelo seu direito de esposa, e a companheira pelo princípio da afetividade, eis que o militar, ao se unir a ela, tinha o intuito de constituir família, gerando laços afetivos com a companheira.<sup>53</sup>

Em 18 de Dezembro de 2020 foi finalizado pelo STF o julgamento do *leading case* que tratava sobre a divisão de pensão previdenciária entre a esposa e o companheiro. O voto do Min. Edson Fachin foi

---

<sup>52</sup> BRASIL. RE 898060 / SC - SANTA CATARINA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. LUIZ FUX. Julgamento: 21/09/2016. Publicação: 24/08/2017. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Publicação. PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-187 DIVULG 23-08-2017 PUBLIC 24-08-2017.

<sup>53</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (3. Turma). APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 5007627-72.2011.404.7101/RS. ADMINISTRATIVO. Pensão. Ex-Militar Falecido. União Estável. Casamento. Comprovação. Pensão. Apelante : União - Advocacia Geral Da União Apelado : Ieda Maria Barros. Relator : Marga Inge Barth Tessler, 03 de Setembro de 2014. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/trf-divide-pensao-militar-falecido.pdf>> Acesso em 28.dez.2020.



favorável a divisão da pensão previdenciária em decorrência da comprovação da boa-fé objetiva do companheiro, em que este não possuía conhecimento da existência de outra relação concomitante à união estável. Já o voto do Min. Relator Alexandre de Moraes prevaleceu, e assim foi declarada a impossibilidade de divisão da pensão previdenciária entre cônjuge e companheiro, ante a monogamia e o dever de fidelidade previsto no Código Civil.<sup>54</sup>

#### **4.4 Homoafetividade**

O Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI- 4277 e a ação de Aguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132 no ano de 2011 reconhecendo a união Estável para casais homoafetivos. O Relator Ministro Ayres Britto, julgou no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal ao art. 1.723 do Código Civil, impedindo qualquer interpretação que obsta o reconhecimento de união homoafetiva como entidade familiar.

O Código Civil prevê no art. 1514 que o casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam a sua vontade perante o juiz. No entanto, esse artigo deve ser interpretado conforme o Princípio da dignidade da pessoa humana e da afetividade, para que se aplique a lei de forma a abranger outros arranjos familiares. O enunciado 601 da VII Jornada de Direito Civil do CJF/STJ prevê que “É existente e válido o casamento entre pessoas do mesmo sexo”. No mesmo sentido,

---

<sup>54</sup> Tese de Repercussão geral fixada: A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1.723, parágrafo 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro



o Superior Tribunal de Justiça afirma que é juridicamente possível o casamento homoafetivo.<sup>55</sup>

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou afirmando a possibilidade da união homoafetiva.<sup>56</sup> Como consequência dos julgados citados, os cartórios de registros civis de pessoas naturais são obrigados a realizar o casamento de pessoas do mesmo sexo quando atendidos os requisitos previstos em lei, conforme a Resolução 175/2013 do CNJ.

#### **4.5 Sucessão hereditária do Companheiro**

No ano de 2017, o Supremo Tribunal Federal julgou o Recurso Extraordinário n. 878.694, sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, que por sua vez prevê a diferenciação na sucessão hereditária do cônjuge e do companheiro. Conforme pode-se entender do trecho extraído do RE 878.694:

Estado tem como principal meta a promoção de uma vida digna a todos os indivíduos e para isso depende da participação da família na formação de seus membros [...] existe um dever estatal de proteger não apenas as famílias constituídas pelo casamento mas qualquer entidade familiar que seja apta a contribuir para o desenvolvimento dos seus integrantes, pelo amor pelo afeto, e pela vontade de viver junto.

O informativo 864 do STF trouxe a previsão da inconstitucionalidade da diferenciação no regime sucessório entre companheiros e cônjuges, aplicando então o previsto no art. 1.829 do Código Civil. (STF. Plenário. RE 646721/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso e RE

---

<sup>55</sup> Brasil. Superior Tribunal de Justiça. STJ. 4ª Turma. REsp 1183378/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 25/10/2011.

<sup>56</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. STF. Plenário. ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, julgado em 05/05/2011.



878694/MG, Rel. Min. Roberto Barroso, julgados em 10/5/2017 (repercussão geral) (Info 864).

Assim, entende-se que o cônjuge e o companheiro possuem os mesmos direitos com relação à sucessão, não devendo ocorrer diferenciação entre eles. As entidades familiares devem ser protegidas, independentemente de sua forma de constituição, eis que elas contribuem para o desenvolvimento de seus membros, pelo amor e pelo afeto, devendo o Estado proteger essas famílias.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O princípio da afetividade está previsto na doutrina, jurisprudência, e nos estudos do direito de família, direito sucessório, direitos da criança e do adolescente, dentre outros ramos do direito brasileiro, porém não existe previsão expressa na lei. O Supremo Tribunal Federal já declarou em alguns julgados e informativos acerca da relevância do referido princípio e que este é desdobramento do direito fundamental da dignidade da pessoa humana.

A jurisprudência chegou a concluir que o afeto, traduzido no direito de família, é o dever de cuidado, de zelo mínimo que os responsáveis devem ter pela sua prole. Assim, esse princípio não necessita de previsão expressa na Constituição Federal ou na lei, pois decorre da interpretação do ordenamento jurídico.

O princípio da afetividade é de suma importância para o direito de família, eis que elevou a responsabilidade dos genitores pelos danos causados à sua prole. Essa responsabilidade pode advir do total abandono afetivo, da ausência da presença daquele genitor, ou ainda pela omissão no cuidado, no zelo. Ressalte-se que é possível o abandono



familiar tanto dos pais com relação aos filhos, quanto dos filhos em relação aos pais.

Como consequência da afetividade, pode-se perceber uma mudança significativa nas decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça nos últimos dez anos, em que houve o reconhecimento de diferentes entidades familiares com a sua consequente proteção do Estado, como a união estável e o casamento homoafetivo, o reconhecimento da multiparentalidade em decorrência do vínculo socioafetivo e biológico; a equiparação da companheira e da esposa para fins de sucessão hereditária, dentre outros casos de extrema importância no direito brasileiro.

Percebe-se que o princípio da dignidade da pessoa humana e da afetividade possui relevante aplicação na jurisprudência, atendendo às necessidades dos novos arranjos familiares, e confere tratamento isonômico às pessoas.

No caso julgado e analisado em que se discutiu a possibilidade de divisão da pensão previdenciária entre o cônjuge e companheiro, o voto do Min. Fachin (vencido) tratou da possibilidade da divisão quando presente o requisito da boa-fé objetiva. Ocorre que no caso concreto, a maioria entendeu pela impossibilidade da divisão da pensão previdenciária, eis que a união estável já havia sido reconhecida anteriormente à união homoafetiva.

Com todo respeito à referida decisão, entende-se que a divisão da pensão previdenciária deveria ser realizada desde que o companheiro da união homoafetiva comprovasse que de fato houve relação e que havia a boa-fé objetiva. A divisão da pensão previdenciária por si só não acarreta reconhecimento de bigamia, ou ainda em prejuízo ao INSS, e sim reconhecimento do afeto existente entre os companheiros. Não reconhecer a divisão da pensão nesse caso é uma violação ao princípio



da dignidade da pessoa humana do companheiro, que ficará desamparado.

Assim, conclui-se que o princípio ora apresentado neste trabalho merece maior atenção e aprofundamento, eis que é capaz de trazer o reconhecimento de importantes situações fáticas e a sua conseqüente proteção Estatal, mas que deve ser aplicado com cautela para que não haja banalização do sentido de afetividade, e que a sociedade não se utilize desse princípio hermenêutico para prejudicar terceiros e se beneficiar economicamente.

## REFERÊNCIAS

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

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **A Boa-fé e o Controle das Cláusulas Contratuais Abusivas nas Relações de Consumo**. In: BENJAMIN, Antonio Herman de V. Revista de Direito do Consumidor, Vol. 6., São Paulo: RT, 1993.

ÁVILA. Humberto. **Teoria Geral dos Princípios**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BEVILAQUA, Clóvis. **Família**: por Clóvis Beviláqua na Faculdade de Direito de Recife. Recife: Livraria Contemporânea. 1903.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (3. Turma). **APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 5007627-72.2011.404.7101/RS**. ADMINISTRATIVO. Pensão. Ex-Militar Falecido. União Estável. Casamento. Comprovação. Pensão. Apelante : União - Advocacia Geral Da União Apelado : Ieda Maria Barros. Relator : Marga Inge Barth Tessler, 03 de Setembro de 2014. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/trf-divide-pensao-militar-falecido.pdf>> Acesso em 28.dez.2020.



BRASIL. **RE 898060 / SC** - SANTA CATARINA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. LUIZ FUX. Julgamento: 21/09/2016. Publicação: 24/08/2017. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Publicação. PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-187 DIVULG 23-08-2017 PUBLIC 24-08-2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. In Processo Civil. Dano Moral. Direito de Família **RECURSO ESPECIAL 757.411/MG**, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. In Processo Civil. Dano Moral. Direito de Família. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)**. Recorrente Antonio Carlos Jamas Dos Santos. Recorrido Luciane Nunes De Oliveira Souza. Relatora : Ministra Nancy Andrighi. Brasília.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF. Plenário. **ADPF 132**, Rel. Min. Ayres Britto, julgado em 05/05/2011. STJ. 4ª Turma. REsp 1183378/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 25/10/2011.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 153**, voto do rel. min. Eros Grau, j. 29-4-2010, P, DJE de 6-8-2010

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. Gen/Forense. São Paulo: 2018.

CAMARGO, A. L. Chaves. **Culpabilidade e Reprovação Penal**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano Moral no Direito de Família**. Saraiva. São Paulo: 2012.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Abandono afetivo e dano moral**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/b571ecea16a9824023ee1af16897a582>>. Acesso em: 09. Nov.2020



DOCTRINA DA MUTIPARENTALIDADE. **Criança terá duas mães e um pai em seu registro de nascimento**. Conjur. São Paulo. 10.09.2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-set-20/crianca-duas-maes-pai-registro-nascimento>> Acesso em: 20.set.2020

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

ESPINDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. 2a ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GAGLIANO, P.S.; PAMPLONA FILHO, R.P. **Novo curso de direito civil: direito de família - As Famílias em Perspectiva Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOZZO, Débora. Ligeira, Wilson Ricardo (organizadores). **Bioética e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva 2004.

LIMA, S. A. Uma Crítica Hermenêutica Ao Pseudo Princípio Da Afetividade. **Revista de Direito Brasileira**; v. 23, n. 9 (2019); 197-210 ; 2358-1352 ; 2237-583X, [s. l.], 2020. DOI 10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2019.v23i9.3800. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsbas&AN=edsbas.82A12979&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 15. abr. 2021.

