



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

LÍLIA DE SOUSA NOGUEIRA

**ANÁLISE SOBRE A VALIDADE DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

FORTALEZA

2020

LÍLIA DE SOUSA NOGUEIRA

ANÁLISE SOBRE A VALIDADE DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito Constitucional. Área de Concentração: Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico.

Orientador: Prof. Dr. Glauco Barreira Magalhães Filho.

FORTALEZA

2020

LÍLIA DE SOUSA NOGUEIRA

ANÁLISE SOBRE A VALIDADE DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito Constitucional. Área de Concentração: Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico.

Aprovada em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Glauco Barreira Magalhães Filho (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Raul Carneiro Nepomuceno
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Antônio Jorge Pereira Júnior
Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Glauco, que me ensinou mais do que as palavras que saíram de sua boca.

Aos Professores Antônio Jorge Pereira Júnior e Raul Carneiro Nepomuceno, por aceitarem participar da banca examinadora.

Ao meu pai, que pelo simples prazer da leitura leu as páginas desta dissertação, mesmo sem afinidade com o tema. Agradeço a ele também por sem quem é, alguém que me ensina muito sobre o amor.

À minha mãe, pelo zelo e cuidado em minha formação. Pelo seu amor de mãe que é o mais próximo do amor de Deus.

À minha irmã, que muito me incentiva e acredita em mim.

À minha amiga klycia, pela amizade que se vive nas entrelinhas destas páginas.

Aos meus amigos, que tornam minha vida mais alegre.

Ao Guilherme, ao Ítalo e ao Matheus, por nossos encontros na faculdade, onde me permitiram ensinar o que eu precisava aprender.

Ao Centro Cultural Mar Alto, pela formação profissional, humana, apostólica, doutrinal e espiritual, uma formação tão completa.

E, principalmente, a Deus. A Ele ofereço este trabalho.

RESUMO

A pesquisa consiste em estudar a validade do princípio da afetividade no ordenamento jurídico brasileiro. Como expressão dos valores consagrados decorrentes do neoconstitucionalismo, recorre-se constantemente a princípios para a fundamentação de direitos. Inicialmente, estudamos o uso dos princípios no ordenamento. Constatamos que mesmo quando há a existência de regras para um determinado caso, procura-se relacioná-lo a um princípio. Verificamos também que há princípios “implícitos” ou derivados de um princípio anterior, muitas vezes criados como argumento para decisões subjetivistas. Dessa forma, abordamos o princípio da dignidade da pessoa humana e as diversas fundamentações que decorrem dele. Buscamos abordar a finalidade de um princípio e a influência da hermenêutica constitucional na sua aplicação. A partir desse cenário principiológico, fica demonstrado que há espaço para abordar o princípio da afetividade. Com isso, a afetividade é estudada sob duas perspectivas: o sentido antropológico e o sentido jurídico. Primeiramente, o sentido antropológico de afetividade envolve os conceitos de desejos e impulsos, emoções e sentimentos. Também no aspecto antropológico estudamos sobre a educação da afetividade e os excessos que decorrem da sua não adequação. Já no sentido jurídico, pautamo-nos por abordagens da afetividade na jurisprudência brasileira, dentre as quais se destacam a união homossexual, a alegação de dano moral no abandono afetivo, a multiparentalidade e o conceito de família. Como contraponto, buscamos apresentar situações em que se torna desnecessária a configuração do afeto para o cumprimento das obrigações jurídicas, tais como dever alimentar, adoção, impedimento matrimonial e dano moral. Para averiguar o enquadramento da afetividade como norma, abordamos o conceito de norma jurídica. Em paralelo, analisamos o conceito de princípio para estudar a possibilidade de conveniência com a afetividade. Inferimos disso que a norma tem por essência regular condutas externas, o que torna incompatível com a consideração de aspectos interiores do sujeito. Observamos também que um princípio, por condensar conceitos mais abstratos, pode ser compatível com a afetividade, no entanto, tal consideração reproduz uma insegurança jurídica no ordenamento tendo em vista a instabilidade dos afetos.

Palavras - chave: Princípios. Principiológico. Afetividade. Norma Jurídica.

ABSTRACT

This research approaches the validity of the principle of affectivity in the Brazilian legal system. As an expression of the consecrated values deriving from the neoconstitutionalism, we constantly use principles as the foundation of rights. The use of principles in the legal system is studied first. Even when there are rules for a given case, a principle for them is looked for. There are also “implicit” or derivative principles that arise from a prior one, often created as an argument for subjectivist decisions. This is how the principle of the dignity of the human person was approached, as well as the various foundations that followed from it. The purpose of a principle and the influence of constitutional hermeneutics on its application is something constant. This principled scenario shows there is room for the principle of affectivity. Given this, affectivity is studied from two perspectives, in the anthropological and in the legal senses. First, the anthropological sense of affection concerns the concepts of desires and impulses, emotions and feelings. In the anthropological sense we also approach the education of affection and the excesses that result from its inadequacy. In the second perspective, affectivity is studied in the legal sense. This idea is based on the approaches of affectivity in the Brazilian jurisprudence, among which stands out the homosexual union, the allegation of moral damage in emotional abandonment, multiparenting, and the concept of family. In contrast, we sought to highlight situations in which the configuration of affection is unnecessary for the fulfilment of legal obligations, such as maintenance obligation, adoption, marital impediment and moral damage. Therefore, to investigate the framing of affectivity as a norm, we have also studied the concept of legal norm. We have also analysed the concept of principle to approach the possibility of convenience with affectivity. It follows from this that the norm is essentially to regulate external conduct, which makes it incompatible with the consideration of inner aspects of the subject. We have also observed that a principle can be compatible with affectivity however, that consideration reproduces a legal uncertainty in ordering due to the instability of affections.

Keywords: Principles. Principiologism. Affectivity. Legal norm.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

1 O PRINCIPIOLOGISMO E SUAS DECORRÊNCIAS.....	12
1.1 O principiologismo no Direito.....	12
1.2 O princípio da dignidade da pessoa humana como argumento para decisões subjetivistas.....	18
1.3 Os princípios na constituição regulatória.....	24
1.4 A finalidade de um princípio.....	28
1.5 A influência da hermenêutica constitucional e as estruturas da linguagem na aplicação dos princípios.....	32
2 AFETIVIDADE EM SENTIDO ANTROPOLÓGICO E AFETIVIDADE EM SENTIDO JURISPRUDENCIAL: DUAS PERSPECTIVAS.....	38
2.1 Sentido antropológico de afeto.....	38
2.1.1 <i>Desejos e impulsos</i>	41
2.1.2 <i>Emoções e sentimentos</i>	43
2.1.3 <i>Educação da afetividade</i>	45
2.1.4 <i>A não adequação do sentimento: os excessos</i>	49
2.2 Sentido jurídico de afeto.....	50
2.2.1 <i>Princípio da afetividade</i>	50
2.2.2 <i>Abordagens da afetividade na jurisprudência brasileira</i>	57
a) <i>União homossexual</i>	57
b) <i>Alegação de dano moral no abandono afetivo</i>	61
c) <i>Multiparentalidade</i>	64
2.2.3 <i>Alteração do conceito de família com base no afeto</i>	65
2.2.4 <i>A análise da responsabilidade em detrimento do afeto nas relações jurídicas</i>	70
a) <i>Dever alimentar</i>	70
a.1 <i>Obrigação de pagar pensão alimentícia ao ex-cônjuge</i>	71
b) <i>Adoção</i>	72
c) <i>Impedimento matrimonial</i>	74
d) <i>Proibição de menores contraírem matrimônio</i>	75
e) <i>No dano moral</i>	75
f) <i>A emoção e a paixão no Direito Penal</i>	77

3 A (DES) CONSIDERAÇÃO DA AFETIVIDADE COMO NORMA E COMO PRINCÍPIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO.....	79
3.1 A afetividade como norma.....	79
3.1.1 <i>A estrutura da norma jurídica e suas características para a consideração dos afetos.....</i>	80
3.1.2 <i>Se a afetividade é uma norma.....</i>	85
3.2 A afetividade como princípio.....	93
3.2.1 <i>O Princípio Jurídico e a consideração dos afetos.....</i>	93
3.2.2 <i>Se a afetividade é um princípio.....</i>	97

CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS

"Onde não há amor, coloque amor, e encontrará amor."

São João da Cruz

INTRODUÇÃO

Estamos caminhando pelo século XXI inebriados do neoconstitucionalismo, expresso na materialização de princípios. Os princípios são identificados como valores a serem protegidos e assegurados, mas há uma tendência recorrente a serem superestimados.

Há uma crescente afirmação de princípios, “como se o paradigma do Estado Democrático de Direito fosse a pedra filosofal da legitimidade principiológica”¹. Mesmo quando há regras, um princípio é invocado. Isso pode acontecer da seguinte forma: faz-se referência a princípios “implícitos” ou decorrentes de um primeiro, ou ainda, cria-se um princípio que corresponda ao desejado sem que haja guarida no Direito. Por conseguinte, “os princípios acabaram transformando-se em remédios para resolver quaisquer problemas à maneira do intérprete (...)”².

Em meio à diversidade de princípios, chamamos a atenção especificamente para um: o princípio da afetividade. Como os sentimentos podem ser abordados pelo Direito? Considerando que a afetividade é uma dimensão importante para o homem, em que medida seria cabível à ordem jurídica legitimá-la?

Sabe-se que o reflexo dos sentimentos repercute no Direito, mas é preciso entender como esse aspecto reverbera em consequências jurídicas. Na mesma direção, a contemporaneidade expressa sentimentalismos no espaço de abstração dos princípios. É com precisão que “identifica-se no Brasil hoje a plena observância ao princípio da afetividade como uma espécie de princípio geral da dignidade da pessoa humana.”³

A inspiração para a presente pesquisa decorre da observação do ordenamento jurídico que ressalta uma visão principiológica, indo muitas vezes de encontro ao dispositivo legal. Também o interesse pelo conhecimento antropológico do homem, mais especificamente na sua dimensão afetiva, em que habitam os sentimentos, os afetos, as emoções e as paixões, me impulsionou a ler sobre o tema.

A proposta deste trabalho é investigar a validade do princípio da afetividade no ordenamento brasileiro, onde o sentimento é elevado ao status de princípio, considerado

¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 545.

² SOUSA. Mônica Medeiros Gaspar de. **A retórica principialista**: o uso dos princípios jurídicos como formulas de redundância na pratica jurídica. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015, p. 127.

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em recurso especial. nº 929199 RJ (2016/0146461-1). Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DF, 13 jun. **Jusbrasil**. [Brasília, DF]. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/469069363/agravo-em-recurso-especial-aresp-929199-rj-2016-0146461-1>. Acesso em: 20 dez. 2019.

elemento determinante para fundamentar decisões. Para isso, recorreremos ao estudo antropológico dos afetos, instrumento de análise do acerto ou desacerto da aplicação jurídica da afetividade.

A pesquisa aqui desenvolvida avalia como indispensável o estudo da norma jurídica, seus elementos e sua compatibilidade ou incompatibilidade com os afetos. Tendo como ponto central a conduta humana, verificamos que a norma disciplina o *dever ser* da prestação jurídica, condição para o bom entendimento do que desejamos observar na presente pesquisa.

Estas páginas não só abordam o estudo do sentido da norma como célula do ordenamento jurídico, como também visam conduzir o leitor a questionar a tendência atual em interpretar a dimensão dos afetos como essencial à compreensão objetiva da norma. Além disso, o estudo sobre os afetos contribuirá para que o leitor tome conhecimento, ao menos conceitualmente, do seu mundo interior.

O primeiro capítulo tratará do principiologismo no Direito, a crescente tendência de se invocar um princípio para justificar um direito. Muitos princípios foram criados nos últimos anos, a maioria sem uma função específica, e outros vazios de conteúdo. O capítulo também discorrerá como a abstração de um princípio, tomando como exemplo o da dignidade da pessoa humana, que pode ser objeto de derivadas fundamentações. Veremos como na Constituição Brasileira de 1988, vigente em nossos dias, as regras são mais presentes do que os princípios. Com isso, a abordagem das estruturas da linguagem na aplicação dos princípios se torna um meio para a construção dos sentidos da prática principiológica.

O segundo capítulo desenvolverá a afetividade nos sentidos antropológico e jurídico. O esclarecimento do que são os desejos, impulsos, emoções e sentimentos permite indicar a dimensão do conhecimento sensível. A educação da afetividade é analisada no capítulo juntamente com a consequência dos excessos da não adequação dos afetos. Na perspectiva jurídica discorre-se sobre o princípio da afetividade na jurisprudência, na doutrina e no legislativo. Alguns pontos como a união homossexual, a alegação de dano moral no abandono afetivo, a multiparentalidade e a alteração do conceito de família serão abordados. Por fim, o capítulo também aborda a responsabilidade das obrigações jurídicas em detrimento dos afetos nas seguintes situações: dever alimentar, adoção, impedimento matrimonial, proibição dos menores contraírem matrimônio, dano moral e a emoção e paixão mencionadas no Direito Penal, hipóteses essas já consolidadas no ordenamento.

O terceiro capítulo trará duas interpelações: a primeira é a consideração da afetividade como norma, buscando definir o elemento estruturante do Direito em meio às

propostas jurídicas que discorrem sobre o tema; e a segunda é a consideração da afetividade como princípio, traçando em linhas gerais o conceito de princípio jurídico com o intuito de relacioná-lo à afetividade. Nesse paralelo, é estudada a hipótese da afetividade ser uma norma e as consequências desse desiderato, além da hipótese da afetividade ser um princípio e a repercussão dessa conjectura.

É nesse intento que procuramos identificar como a afetividade encontra reflexo no ordenamento, considerando a norma jurídica como elemento central do Direito.

1 O PRINCIPIOLOGISMO E SUAS DECORRÊNCIAS

“O vernáculo ‘princípio’ deriva do nominativo latino ‘principium’, da segunda declinação, com o significado nuclear de primeiro lugar, primeiro posto, origem (...).” Ricardo Dip⁴

Se, há alguns anos, para se referir a um direito se recorria aos códigos, hoje os “princípios constitucionais” cumprem uma parcela relevante dessa função. Em decorrência do neoconstitucionalismo, há uma constante invocação de princípios para a fundamentação de direitos. Recorre-se a um princípio mesmo quando está presente uma regra que disponha sobre o caso. Invoca-se também um princípio para amparar direitos consagrados pela Constituição, seja de forma explícita ou dita “implícita”. Outras justificativas para tanto incluem “corrigir incertezas da linguagem”⁵, integrar o ordenamento jurídico, ressaltar o direito pleiteado, sopesar valores. Dentre os princípios invocados, surgiu o princípio da afetividade. Neste capítulo, analisaremos a prática recorrente da fundamentação em princípios, que abriu espaço para o surgimento do princípio da afetividade.

1.1 O principiologismo no Direito

A referência reiterada aos valores consubstanciada na “era dos princípios constitucionais” expressa a criação de todo tipo de princípios, afirma Streck. O Estado de Direito, para resolver os casos difíceis ou “corrigir” as incertezas da linguagem, pressupõe a retirada do ordenamento jurídico de quantos princípios forem necessários.⁶ O fenômeno foi nomeado pelo autor de pan-principiologismo.⁷

É como se fosse imprescindível salvaguardar um direito com um princípio, recorrendo à proteção de um “princípio constitucional” para dirimir todas as controvérsias judiciais. Com isso surgiram várias teorias tentando definir o que são princípios a fim de distingui-los das regras, fazendo o conceito perder sua unidade, segundo Streck: “Sua diversidade- e a falta de critérios até mesmo para a sua definição- dá mostras da dimensão dos

⁴ DIP, Ricardo. **Segurança Jurídica e crise no mundo pós-moderno**. 3. ed. São Luís: Livraria Resistência Cultural Editora, 2019, p. 90.

⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 525.

⁶ *Ibidem*, p. 525.

⁷ *Ibidem*, p. 545.

problemas enfrentados pelas diversas teorias que tratam da construção das condições de possibilidade da institucionalização de princípios efetivamente de índole constitucional.”⁸

Muitas vezes são apresentadas como concepções deliberadas para a fundamentação de ideias, ou até mesmo como fórmulas redundantes que expressam em outros termos o que já está consagrado no ordenamento. Dentre alguns que se destacam, comecemos pelo “princípio da não surpresa”.

O “princípio da não surpresa” garante segurança contra algo inesperado, um imprevisto. Reflete, com efeito, vagueza, mas também a inutilidade de tal preceito principiológico. “Por que a garantia da não surpresa seria um princípio? E seria um princípio constitucional?”⁹ Ademais, a lei é positivada, não havendo muitos espaço para “surpresas”.

O modo como os princípios são apresentados se reveste de “razão sem razões”. Deve-se esperar a ação comedida na aplicação do direito, de pressupostos de “boas maneiras”, mas não precisam, necessariamente, ser transformados em princípios. É o que se verifica no “princípio da cortesia”,¹⁰ extraído do artigo 37, § 3º da Constituição, que declara a necessidade de um bom tratamento ao público, um dever dos usuários serem tratados de modo urbano e educado.

Também é desnecessário considerar o cumprimento das obrigações das partes como princípio, mas é o que se retira do “princípio da cooperação processual”¹¹ com base constitucional. Extraído do princípio do devido processo legal, esse princípio dispõe que todos devem cooperar entre si para que se tenha uma decisão justa e efetiva. Não é questão de negar a existência de tais condutas no ordenamento, mas não há a necessidade de revesti-las de princípios.

Há ainda outros princípios que, embora assim nomeados, na prática são como norma vazia, pois não são cumpridos. Um deles é o “princípio do processo tempestivo”, que busca garantir um prazo razoável na resolução do litígio. Além de não ser cumprido por inúmeros motivos, a determinação tempestiva vem com conteúdo principiológico, sendo que uma regra conseguiria disciplinar tal preceito com mais adequação.

O “princípio da razoabilidade” é um princípio importante para o ordenamento, a crítica se refere ao exagero de sua aplicação. A razoabilidade destaca condutas comedidas em

⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 542.

⁹ *Ibidem*, p. 528.

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 360.

¹¹ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 25 jul. 2019.

que se espera uma atuação equânime e ponderada nas suas deliberações. Exige-se uma plausibilidade que, no mais, é necessária em todo aspecto do Direito. O princípio da razoabilidade poderia ser utilizado de forma mais pontual, mas pelo seu caráter aberto e universal é considerado, muitas vezes, de forma indiscriminada. Semelhantemente aos princípios da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana facilmente se encaixam em qualquer jurisprudência. Pelo teor abrangente, podem ser enquadrados devido à sua maleabilidade em qualquer litígio em juízo. Veja julgado em que os três princípios são considerados para a mesma questão, quase como um só princípio:

Administrativo. Enunciado administrativo nº 3/STJ. Servidor Público Estadual. Curso de Formação. Bombeiro Militar. Requisito. 3 anos de efetivo exercício. Ofensa aos Princípios da Razoabilidade, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana. Inexistência de direito líquido e certo. 1. A exigência de que militares completem três anos de efetivo exercício para a promoção à Graduação de Cabo Bombeiro Militar do Estado do Mato Grosso do Sul não ofende aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade ou dignidade da pessoa humana, tanto é assim que, para a Graduação correspondente na Polícia Militar daquele Estado, a Lei Complementar nº 05/1990 é expressa nesse sentido. 2. “O Direito líquido e certo, para fins de mandado de segurança, é o que se apresenta manifestado na sua existência, delimitando na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da interpretação” (Meirelles, Hely Lopes. Mandado de Segurança, 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, págs.36/37). 3. Agravo interno não provido.¹²

A proporcionalidade é tratada como princípio, mas há entendimento de que ela carece de elementos que a enquadrem como tal. Pode ser entendida como um dever que impõe uma condição formal ou estrutural de aplicação de outras normas.¹³ É um postulado normativo de interpretação e aplicação do direito.

Em meio à criação de novos princípios com fundamentações redundantes, essa postura expressa a instabilidade do ordenamento, podendo configurar em uma insegurança nas relações jurídicas. Veja-se o “princípio da felicidade”, em que a Constituição garante a todos o direito de serem felizes¹⁴. Em termos abrangentes, pela jurisprudência esse direito é definido como “verdadeiro postulado constitucional implícito e expressão de uma ideia-força que deriva

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso em Mandado de Segurança nº 52539- MS (2016/0307536-9). Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, Brasília, DF, 07 nov. 2017. **Jusbrasil**, [Brasília, DF]. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/522273582/agravo-interno-no-recurso-em-mandado-de-seguranca-agint-no-rms-52539-ms-2016-0307536-9/inteiro-teor-522273592?ref=juris-tabs>. Acesso em: 20 jul. 2019.

¹³ ÁVILA, Humberto Bergamann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 151-179, jan./mar. 1999. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br>. Acesso em: 20 ago. 2019.

¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 539.

do princípio da essencial dignidade da pessoa humana.”¹⁵ Notória incerteza se propõe tendo em vista que a felicidade é aspecto subjetivo. A criação desse princípio falha na sua estrutura e pela sua ineficácia. Não há como garantir algo desse viés a sociedade, sendo inidôneo alegá-lo.

No mesmo sentido, o “princípio da afetividade” ultrapassa o sentido da norma e extrai condutas não expressadas pelo constituinte. O sentimento entre duas pessoas é elevado ao status de princípio, considerando elemento determinante para fundamentar decisões. Como afirma Streck essa reprodução de inúmeros princípios “é transformada em discursos com pretensão de correção e, no limite, como no exemplo da ‘afetividade’, um álibi para decisões que ultrapassam os próprios limites semânticos do texto constitucional.”¹⁶ Além de que “na falta de um princípio aplicável, o próprio intérprete pode criá-lo.”¹⁷

Podemos constatar as seguintes tendências: a necessidade de se argumentar baseado em princípios; na falta deles, a necessidade de criar novos princípios; e quando for o caso, invocar o princípio da dignidade da pessoa humana ou da razoabilidade e proporcionalidade.

Temos também o “princípio da paternidade responsável”, extraído do artigo 226, §7º, da Constituição Federal, que dispõe que em ação de alimentos, obrigação fundada no dever de sustento, o percentual da pretensão alimentar não comporta redução quando aquém das necessidades básicas presumidas e o genitor possui condições de buscar o incremento de sua renda, devendo o menor ter prioridade absoluta.¹⁸ Não se quer aqui desconsiderar a obrigação alimentar, apenas ressaltar que o direito de família regulamentado pelo Código Civil e leis complementares não encontra em suas normas o princípio da paternidade responsável e o Judiciário se considera com autoridade suficiente para apresentar esse novo princípio como norma de conduta indispensável.

Desenvolvem-se muitos outros “princípios” nessas dimensões, apresentando potenciais critérios para soluções jurídicas, e que “em sua maior parte, possuem nítidas pretensões de metarregras, além de, em muitos casos, sofrerem de tautologia,”¹⁹ segundo Streck. Ele ainda conclui que “isso pode representar uma fragilização do direito, ao invés de o

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 477554- MG. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 01/07/2011. **JusBrasil**. [Brasília, DF]. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22926636/recurso-extraordinario-re-477554-mg-stf>. Acesso em: 20 ago. 2019.

¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 545.

¹⁷ *Ibidem*, p. 545.

¹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo Apelação Cível nº 10136631220188260602 SP (1013663-12.2018.8.26.0602). Relator: Rosângela Telles. São Paulo, SP, 28 mai. 2012. **JusBrasil**, Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/785525004/apelacao-civel-ac-10136631220188260602-sp-1013663-1220188260602?ref=serp>. Acesso em: 20 jun. 2019.

¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Opus Citatum*, p. 543.

reforçar.”²⁰ Essa proliferação de inúmeros princípios seria uma “circunstância que pode acarretar o enfraquecimento da autonomia do direito (e da força normativa da Constituição).”²¹

Não obstante a extensão de princípios no ordenamento, há também os supraprincípios ou superprincípios.²² Bandeira de Mello destaca na administração pública dois supraprincípios: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público. Os supraprincípios são centrais e deles decorrem os demais princípios. Princípios acima de princípios, ou seja, uma hierarquia de princípios, assim sobrecarregando o ordenamento sem que haja um ganho qualitativo na aplicação das normas e na efetividade do Direito.

Há princípios que não são extraídos diretamente da Constituição, mas que fomentam a multiplicação principiológica. Em pesquisa na jurisprudência, surgem exemplos esdrúxulos, tais como o “princípio da continuidade” e suas derivações. Até o momento temos princípio da continuidade normativa,²³ princípio da continuidade dos serviços públicos,²⁴ princípio da continuidade de serviço de energia elétrica,²⁵ princípio da continuidade da relação de emprego,²⁶ princípio da continuidade da empresa,²⁷ criados com o intuito de manter alguma atividade ou situação. Muitos outros princípios de continuidade podem surgir dependendo das demandas que chegam ao Judiciário.

²⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 543-544.

²¹ *Ibidem*, p. 545.

²² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 69.

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 217531 - SP (2011/0208840-7). Relator: Ministra Laurita Vaz, Brasília, DF, 21 mar. 2013. **Jusbrasil**, [Brasília, DF]. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23096082/habeas-corpus-hc-217531-sp-2011-0208840-7-stj/inteiro-teor-23096083?ref=serp>. Acesso em: 13 jul. 2019.

²⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal 1ª Região. Quinta turma. Remessa *Ex Officio* em Mandado de Segurança 00149565920154014000 0014956-59.2015.4.01.4000. Relator: Desembargador Federal Carlos Moreira Alves. Brasília, DF, 20 set. 2017. **Jusbrasil**, [Brasília, DF]. Disponível em: <https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/604923585/remessa-ex-officio-em-mandado-de-seguranca-reoms-149565920154014000-0014956-5920154014000?ref=serp>. Acesso em: 13 jul. 2019.

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso Especial nº 1658348- GO (2017/0033027-6). Relator: Ministro Herman Benjamin, Brasília, DF, 16 mai. 2017. **Jusbrasil**, [Brasília, DF]. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/471984261/recurso-especial-resp-1658348-go-2017-0033027-6/relatorio-e-voto-471984270?ref=juris-tabs>. Acesso em: 13 jul. 2019.

²⁶ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. 1ª Região. Recurso Ordinário nº 00132798420155010451 RJ. Relator: Leonardo Dias Borges, Brasília, DF, 23 mai. 2018. **Jusbrasil**, [Brasília, DF]. Disponível em: <https://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/640624516/recurso-ordinario-ro-132798420155010451-rj>. Acesso em: 13 jul. 2019.

²⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Pará. 3ª Câmara Cível. Apelação nº 00223426520098140301. Relator: Maria Filomena de Almeida Buarque, Brasília, DF, 23 out. 2015. **Jusbrasil**, [Brasília, DF]. Disponível em: <https://tj-pa.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/342182251/apelacao-apl-223426520098140301-belem/inteiro-teor-342182261?ref=serp>. Acesso em: 13 jul. 2019.

Há também os princípios presentes na Constituição, os quais abarcam outros princípios: o princípio do devido processo legal assegura o princípio do contraditório, o princípio do juiz natural, o princípio da publicidade dos atos processuais, o princípio da razoável duração do processo, o princípio da motivação das decisões, o princípio de tratamento igualitário conferido pelas partes. Registre-se os já existentes princípios constitucionais do direito do trabalho: princípio da proteção, princípio da primazia da realidade, princípio da intangibilidade salarial, princípio da inalterabilidade contratual abusiva, princípio da irrenunciabilidade. Os princípios constitucionais do direito penal: princípio da legalidade, princípio da irretroatividade da lei penal, princípio da pessoalidade da pena, princípio de individualização da pena, princípio da humanidade da pena. Sem mencionar a lista dos princípios constitucionais previdenciários, dos princípios constitucionais do orçamento público, dos princípios constitucionais tributários, dos princípios processuais constitucionais penais, dos princípios constitucionais do meio ambiente, e deve haver outros que estão não só na Constituição, como também dispostos na jurisprudência e doutrina. “Efetivamente, a lista é longa. Diria, interminável. Poder-se-iam acrescentar outros, como: da rotatividade; lógico; econômico; da gratuidade judiciária; da aderência ao território; da recursividade; do debate; da celeridade; da preclusão (...).”²⁸

Parece que uma fundamentação em princípios “eleva” o “status” do direito violado, sendo que uma regra seria suficiente para solucionar o problema. Procura-se um princípio para fundamentar, seja ele existente ou não. Streck elucida bem isso quando afirma:

Positivaram-se os valores: assim se costuma anunciar os princípios constitucionais, circunstância que facilita a criação, em um segundo momento, de todo tipo de princípio, como se o paradigma do Estado Democrático de Direito fosse a - pedra filosofal da legitimidade principiológica, da qual pudessem ser retirados tantos princípios quantos necessários para solvermos os casos difíceis ou corrigir as incertezas da linguagem.²⁹

Com efeito, deve ser observado que essa tendência dos tribunais e da doutrina de buscar fundamentação em princípios se trata de viés ideológico, desprezando a legislação posta e vigente. Sem essa percepção, acostuma-se com a autoridade dos tribunais e passa-se a considerar normal ou mesmo necessária a menção a princípios.

A doutrina tem acompanhado essa crescente multiplicação principiológica. É certo que “um sistema legal que construa os elementos básicos de suas normas a partir dos princípios

²⁸ STRECK, Lenio Luiz. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio: dilemas da crise do direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 49, n. 194, p. 07-21, abr./jun. 2012, p. 10.

²⁹ *Idem*. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 545.

gerais ou padrões jurídicos de conduta não é senão um escudo que oculta medidas individuais.”³⁰ Com esse foco em jurisprudências principiológicas, esquece-se onde está o Direito nos dispositivos legais ou ignora-se que cabe ao Congresso a função de legislar.

1.2 O princípio da dignidade da pessoa humana como argumento para decisões subjetivistas

Que a dignidade humana é um dos princípios fundamentais do Direito Brasileiro não resta dúvida, está estampado no artigo 1º da Constituição Federal. A questão é saber qual o âmbito de proteção a que se aplica. Ao que tudo indica, a não observância de uma definição ao princípio o transforma em uma espécie de carta coringa, onde tudo pode ser mencionado. É a partir desse princípio que se extraem as mais variadas e esdrúxulas fundamentações. Com efeito, “a dignidade da pessoa humana é outra vítima dessa guerra pan-principiológica, senão a maior de todas.”³¹

Assim, o princípio da dignidade humana é a manifestação máxima da principiológica brasileira, pois dele decorrem princípios implícitos, decisões com fundamentos contraditórios, norma para fundamentar “legislação omissa”. Há ainda aquelas fundamentações em que, paradoxalmente, viola a própria dignidade.

A doutrina tem se referido à dignidade humana como valor constitucional supremo³², também como superprincípio³³ ou sobreprincípio.³⁴ As digressões sobre o princípio chegam a ser tantas que são amplas e vagas ao mesmo tempo. De modo que a “dignidade da pessoa humana acabou por ganhar, assim, a propriedade de servir a tudo. De ser usado onde cabe com acerto pleno, onde convém com adequação discutível e onde definitivamente não é o seu lugar.”³⁵

³⁰ NEUMANN *apud* GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo de juízes:** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios) 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 26.

³¹ RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Estatuto epistemológico do direito civil contemporâneo na tradição de civil *law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Meritum**, Belo Horizonte, v.05, n. 02, p.13-52, jul./dez. 2010, p. 62.

³² NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Método, 2012, p. 375.

³³ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, o princípio da dignidade da pessoa humana e a constituição de 1988. **Revista dos tribunais**. v.94, n. 833, p. 41-53, mar. 2005.

³⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 514.

³⁵ VILLELA, João Baptista. Variações impopulares sobre a dignidade da pessoa humana. **Doutrina:** edição comemorativa 20 anos do Superior Tribunal de Justiça., Distrito Federal, p. 559 -581, 2009, p.562. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/dout20anos/article/view/3445/3569>. Acesso em: 12 jun. 2019.

Com uma maleabilidade decorrente de sua indefinição, as mais variadas argumentações jurídicas, reflexivas também de posturas ideológicas, se tornam uma constante. Com efeito, recorre-se à dignidade humana pois esta “tornou -se a chave para ‘ponderar’ ou ‘sopesar’ direitos fundamentais e seus princípios respectivos. É um jogo perigosamente simplificado que envolve desde a desconsideração das pautas axiológicas do legislador em prol da ponderação a ser feita pelo juiz, até o sincretismo metodológico.”³⁶

A amplitude e abstratividade do conceito incentiva o aplicador do direito a defini-lo na sua subjetividade, além de ocasionar “outros inconvenientes, quais sejam: o barateamento da dignidade humana e a possibilidade de emissão de razões multidirecionais.”³⁷

Em versos poéticos, podemos afirmar que “é a ela [dignidade humana] que nos reportamos para condenar a tortura, as penas infamantes, o abandono, o ódio, o desprezo, o horror e a guerra. É ela que nos move a assistir os enfermos e os desabrigados. Acolher os oprimidos e alimentar os que têm fome.”³⁸ Da greve à briga de vizinhos, a dignidade humana está presente, alcança assuntos diversos. Fundamenta decisões sobre fornecimento compulsório de medicamentos pelo Poder Público, cláusula de contrato que limita internação hospitalar, prisão por não pagamento de juros, levantamento do FGTS para tratamento de HIV e também pode servir para a sujeição a exame compulsório de DNA em ação de investigação de paternidade como também para a não sujeição, ambas hipóteses às quais a invocação da dignidade humana se adapta.³⁹ Com efeito, “(...) a dignidade da pessoa humana não pode esperar. É ela própria, a dignidade da pessoa humana, que se vê lesada quando a circulação viária das cidades não funciona impecavelmente 24 horas por dia.”⁴⁰

Há que se mencionar que dentre as mais variadas discrepâncias quando ao princípio, observa-se a dimensão ecológica da dignidade humana, invocada para amparar a indefinição quanto à destinação da guarda provisória de um animal silvestre:

³⁶ RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Estatuto epistemológico do direito civil contemporâneo na tradição de civil *law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Meritum**, Belo Horizonte, v.05, n. 02, p.13-52, jul./dez. 2010, p. 60.

³⁷ MOTA, Maria Yannie Araujo. **Crítica Epistemológica ao Direito Civil-Constitucional**. 2017. Dissertação (Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional), Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2017, p. 86.

³⁸ VILLELA, João Baptista. Variações impopulares sobre a dignidade da pessoa humana. **Doutrina**: edição comemorativa 20 anos do Superior Tribunal de Justiça, Distrito Federal, p. 559 -581, 2009, p.561. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/dout20anos/article/view/3445/3569>. Acesso em 12 jun. 2019

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. O começo da história: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, p.25-65, 2003, p. 61. Disponível em : http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf. Acesso: 27 nov. 2018.

⁴⁰ VILLELA, João Baptista. *Opus Citatum*, p.562.

Administrativo. Ambiental. Recurso especial. Não configurada a violação do art. 1.022/CPC. Inexistência de omissão, obscuridade ou contradição. Multa judicial por embargos protelatórios. Inaplicável. Incidência da súmula 98/STJ. Multa administrativa. Rediscussão de matéria fática. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. Invasão do mérito administrativo. Guarda provisória de animal silvestre. Violação da dimensão ecológica do princípio da dignidade humana. [...] 5. No que atine ao mérito de fato, em relação a guarda do animal silvestre, em que pese a atuação do Ibama na adoção de providências tendentes a proteger a fauna brasileira, o princípio da razoabilidade deve estar sempre presente nas decisões judiciais, já que cada caso examinado demanda uma solução própria. Nessas condições, a reintegração da ave ao seu habitat natural, conquanto possível, pode ocasionar-lhe mais prejuízos do que benefícios, tendo em vista que o papagaio em comento, que já possui hábitos de ave de estimação, convive há cerca de 23 anos com a autora. Ademais, a constante indefinição da destinação final do animal viola nitidamente a dignidade da pessoa humana da recorrente, pois, apesar de permitir um convívio provisório, impõe o fim do vínculo afetivo e a certeza de uma separação que não sabe quando poderá ocorrer. 6. Recurso especial parcialmente provido.⁴¹

Não é de se espantar que a dignidade humana possa servir de argumento para tirar a vida com a prática do aborto e ao mesmo tempo defender o direito de viver do nascituro, considerando que ambos visam proteger o ser humano, por vezes levando o debate ao nível da irracionalidade. “Ora, como ‘cabe’ tudo na dignidade humana, pode-se, inclusive, defender pontos de vista opostos tendo por base o mesmo princípio da dignidade humana.”⁴²

A condução lógica da afirmação da dignidade humana seria a preservação da vida, mas esta é facilmente desconsiderada para “favorecer” a igualdade, os direitos sexuais/reprodutivos e autonomia da gestante. É por esse motivo que no julgado do habeas corpus nº 124306/RJ, de 2016, o Supremo Tribunal Federal considerou que a interrupção da gestação, se praticado até o terceiro mês, não deveria ser considerado crime.⁴³ Afirma-se que o sistema nervoso central não apresenta “rudimentos de consciência” até o terceiro mês da gestação, não tendo um sistema nervoso “formado”. A condição humana, que deveria ser preservada pela dignidade humana, passa a ser desprezada.

A decisão do STF evidencia uma dupla ofensa à dignidade: ao nascituro, que no terceiro mês da gestação já é visivelmente percebido na barriga da mãe e ainda assim lhe é subtraído o direito à vida, e à dignidade da própria mãe, agredida com instrumentos abortivos que lhe trarão traumas físicos e psíquicos. O melhor é afirmar que “gestante e feto têm igual

⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso especial nº 1797175 SP (2018/0031230-0). Relator: Ministro Og Fernandes, Brasília, DF, 21 mar. 2019. **Jusbrasil**, [Brasília, DF]. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/692205375/recurso-especial-resp-1797175-sp-2018-0031230-0/inteiro-teor-692205385>. Acesso em: 06 jun. 2019.

⁴² MOTA, Maria Yannie Araujo. **Crítica Epistemológica ao Direito Civil-Constitucional**. 2017. Dissertação (Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional), Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2017, p. 87.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 124306/RJ. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF. 29 nov. 2016. **Portal Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em : 02 jun. 2019.

dignidade e é intrinsecamente perversa qualquer intervenção que sacrifique um em detrimento de outro.”⁴⁴

Se diante do valor vida a dignidade perece na condução dos Tribunais Superiores, com muito mais facilidade a dimensão afetiva do ser humano é relacionada erroneamente em meio à dignidade humana.

Em jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em ação de dissolução de união estável, há uma disputa entre os cônjuges pelo direito de visita a um animal de estimação adquirido na constância da união. Para resolver o caso, o tribunal assegura que “a solução deve perpassar pela preservação e garantia dos direitos à pessoa humana, mais precisamente, o âmago de sua dignidade”, não deixando de mencionar em nível recursal que o afeto é condição relevante pois “a cadela fora adquirida na constância da união estável e que estaria demonstrada a relação de afeto entre o recorrente e o animal de estimação, reconhecendo o seu direito de visitas ao animal, o que deve ser mantido.”⁴⁵

Também pode-se constatar a associação do princípio da dignidade em conjunto com o princípio da afetividade:

Direito civil. Família. Registro público. Pedido de alteração do patronímico para constar o sobrenome dos pais socioafetivos. Relativização do princípio da imutabilidade do registro público. Supremacia do princípio da dignidade humana e da afetividade. Nome que deve refletir real conjuntura familiar do indivíduo. Conhecimento e provimento do recurso.⁴⁶

Há trechos registrados de julgado que evidenciam a afetividade como consectário da dignidade humana. Em ação declaratória de maternidade com petição de herança em que se pede o reconhecimento da segunda mãe socioafetiva, afirma-se que “em atenção às novas estruturas familiares, baseadas no princípio da afetividade jurídica (a permitir, em última análise, a realização do indivíduo como consectário da dignidade da pessoa humana), a denominada multiplicidade parental, (...) não pode passar despercebida pelo Direito.”⁴⁷

⁴⁴ VILLELA, João Baptista. Variações impopulares sobre a dignidade da pessoa humana. **Doutrina**: edição comemorativa 20 anos do Superior Tribunal de Justiça, Distrito Federal, p. 559 -581, 2009, p.564. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/dout20anos/article/view/3445/3569>. Acesso em: 12 jun. 2019.

⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1713167- SP (0239804-9). Relator: Ministro Luís Felipe Salomão, Brasília, DF, 19 jun. 2019. **Jusbrasil** [Brasília, DF]. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/635855286/recurso-especial-resp-1713167-sp-2017-0239804-9/inteiro-teor-635855288> . Acesso em: 20 ago. 2019.

⁴⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. 1ª Câmara Cível. Apelação Cível. nº 20150140496 RN. Relator: Juiz Roberto Guedes (convocado), Natal, RN, 07 abri. 2016. **Jusbrasil**, [Brasília, DF]. Disponível em: <https://tj-rn.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/334796580/apelacao-civel-ac-20150140496-rn>. Acesso em: 06 jun. 2019.

⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial nº 1328380- MS (2011/0233821-0). Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Brasília, DF, 21 out. 2019. **Jusbrasil** [Brasília, DF]. Disponível em:

Em pesquisa simples realizada no site no Supremo Tribunal Federal,⁴⁸ no item “Pesquisa de Jurisprudência”, a expressão “dignidade da pessoa humana” com seleção do período de 01/01/2016 a 01/06/2019, é encontrada em 94 acórdãos, 2247 decisões monocráticas, 55 decisões da presidência, 5 repercussões gerais. No portal do Superior Tribunal de Justiça,⁴⁹ a mesma expressão e no mesmo período de tempo se encontra em 6 acórdãos repetitivos, 453 acórdãos, 26 informativos de jurisprudência.

Na dignidade da pessoa humana destaca-se o conceito de pessoa e de dignidade. A palavra “dignidade”, segundo sua origem etimológica, provém do latim *dignitas*, qualidade que se refere ao respeito intrínseco ao ser humano. O conceito de dignidade é imbricado ao de pessoa. Boécio definiu “pessoa” como qualquer indivíduo da espécie humana que possui valores ou atributos que constituem o ser humano como indivíduo dotado de dignidade, a dizer, de nobreza que o faz honrável em si e por si mesmo.⁵⁰

Todos os homens são igualmente dignos, e isto se dá pela condição da natureza humana que oferece igual dignidade a qualquer ser humano. A dignidade supõe uma superioridade sobre os outros seres que carecem de razão ou de personalidade e não admite discriminação entre os seres humanos. Para bem compreender o significado de dignidade, Morán expõe sobre a dignidade moral e a dignidade ontológica.⁵¹ A dignidade moral se refere à conduta ética da pessoa, sendo indigno aquele que pratica condutas imorais. A dignidade ontológica faz referência ao próprio “ser pessoa”. A dignidade moral se dá na práxis e a dignidade ontológica é previa àquela.

A dignidade ontológica está intrinsecamente unida ao próprio homem e é a mesma para todos os seres humanos, não podendo ser submetidos a tratamentos desumanos e degradantes. A condição para a dignidade ontológica é ser pessoa. Criminosos, terroristas podem ser reprováveis por seus atos, perderem alguns direitos, mas não se pode lhes retirar a dignidade ontológica.

Na legislação brasileira, ao indigno é excluído o direito à herança nos casos elencados no artigo 1.814 do Código Civil: atos contra a vida, a honra e a liberdade do *de cuius*

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153483514/recurso-especial-resp-1328380-ms-2011-0233821-0/relatorio-e-voto-153483526>. Acesso em: 03 jun. 2019.

⁴⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Portal do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 26 jul. 2019.

⁴⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Portal do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Sob-medida/Advogado/Jurisprudencia/Pesquisa-de-Jurisprudencia>. Acesso em: 26 jul. 2019.

⁵⁰ BOECIO apud MORÁN, Narciso Martinez. La dignidade humana en las investigaciones biomédicas. **Revista ALDABA**, Melilla, n. 32, p. 165-205, 2004, p. 176.

⁵¹ *Ibidem*, p. 179-182.

ou de seus familiares. O indigno apresentou comportamento que não corresponde ao esperado socialmente, nesse caso se referindo à dignidade moral.

A dignidade propriamente dita é relacionada ao próprio ser e exige o respeito à vida e à integridade. A dignidade própria do ser humano existe simplesmente pelo ser pessoa, não se referindo ao aspecto comportamental ou físico. Ela se apresenta por sua natureza humana, por apresentar aspectos próprios como a racionalidade, relacionalidade, liberdade, eticidade, ou seja, aquilo que só a pessoa por sua natureza possui.

Aqui se incluem os incapazes de se manifestar autonomamente por algum motivo, seja de caráter permanente ou temporário, entre eles os nascituros, os enfermos, os doentes mentais, os idosos. Por serem pessoas, mantém intocável a sua dignidade. Por isso, tudo que a favorece e reafirma deve ser promovido. Todas as medidas de proteção à vida e à integridade devem ser realizadas, garantindo a manutenção do próprio ser, que pode em alguma ocasião não ser capaz de exprimir sua vontade.

Atualmente, quando se discute a dignidade humana pelo que temos sobre ela nos tribunais e na doutrina, a referência principal é Kant, para quem a ideia de dignidade humana é um fim em si mesmo. Para ele, o homem “(...) [deve agir] de tal maneira que use a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio.”⁵² No entanto, é preciso também que seja considerado algo fora do homem em si para que possamos dar um sentido à dignidade. “En efecto, existe algo en mi conciencia que me ordena imperativamente tratar a cada hombre como un fin en sí mismo. Pero ¿es posible algún correlato real y objetivo que justifique este hecho de conciencia?”⁵³

Na fundamentação jurídico-positivista sobre a dignidade, o homem outorga a si tal conceito. Logo, a definição vai variar de acordo com os valores de cada sociedade. Assim, o positivismo conduz a pensar que os direitos humanos se ligam a uma determinada situação histórica, social ou cultural do local.⁵⁴ Contudo, esse posicionamento é insustentável pois a dignidade é própria de todo homem, independentemente de sua condição histórica ou geográfica.

⁵² KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica e dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 69. Disponível em: https://ufpr.cleveron.com.br/arquivos/ET_434/kant_metafisica_costumes.pdf. Acesso em: 21 ago. 2019.

⁵³ CUADRADO, José Ángel García. **Antropología filosófica: Una introducción a la Filosofía del Hombre**. 5.ed. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2010, p. 143.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 144.

Um conceito coerente de dignidade humana é encontrado em Hervada: a dignidade da pessoa humana decorre de um conceito de excelência e grandeza.⁵⁵ Não é coerente ter o nada como meta. Há um sentido na conduta humana, uma finalidade que lhe é própria. Isso implica na dignidade como algo absoluto (no sentido de não-relativo), “mediante uma intensa participação no mais alto grau do ser, que o constitui como um ser dotado de debitude e exigibilidade em relação a si e em relação aos demais homens.”⁵⁶ Deduz-se que a dignidade se “trata-se de um ente cuja ordem do ser compreende a ordem do dever-ser.”⁵⁷

A dignidade não existe de forma circunstancial nem em determinada época e nem tampouco é adaptável a qualquer situação. Ela deve favorecer o ser humano, compreendendo que o mesmo possui direitos e deveres. Dessa forma, dentro dessa perspectiva cabe analisar se a condição afetiva do ser humano pode ser considerada um princípio jurídico. Nas linhas que se seguem deste trabalho, buscamos investigar se a dignidade ontológica é capaz de se relacionar com outro aspecto da humanidade, a afetividade, e dela extrair direitos e obrigações.

1.3 Os princípios na constituição regulatória

A partir do movimento neoconstitucionalista, a referência a princípios na Constituição tem ganhado destaque e tem criado a imagem de uma constituição principiológica ao invés de regulatória. Com efeito, apesar dos inúmeros princípios constitucionais destacados na Carta Magna citados no item anterior, o texto normativo é conduzido por dispositivos regulatórios.

Ávila afirma que a mudança nas constituições do pós-guerra, a exemplo da Constituição Brasileira de 1988, teria previsto mais princípios do que regras. No entanto, para o autor, o modelo que melhor representa a estrutura típica da constituição brasileira seria de constituição regulatória, e não como se tem afirmado, de constituição principiológica. Seu texto possui princípios, mas há a predominância de regras. É classificada de analítica pelo seu caráter detalhista e pormenorizado.⁵⁸

⁵⁵ HERVADA, Javier. **Lições propedêuticas de filosofia do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p.308.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 311.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 311.

⁵⁸ ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: Entre a ciência do direito e o direito da ciência. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, p.1-19, jan./fev./mar. 2009. Disponível em: <http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595>. Acesso em: 10 nov. 2018. p.3-4.

Na classificação doutrinal das constituições, tem-se como constituição analítica aquela em que as normas são detalhadas e trazem regras a serem seguidas pelo legislador infraconstitucional. Pode-se dizer que “trata-se ora de minúcias de regulamentação, que melhor caberiam em leis complementares, ora de regras ou preceitos até então reputados pertencentes ao campo da legislação ordinária e não do Direito Constitucional,”⁵⁹ enquanto que a classificação da constituição sintética abrangeria “apenas princípios gerais ou enuncia regras básicas de organização e funcionamento do sistema jurídico estatal.”⁶⁰

A Constituição Brasileira de 1988 contem 250 artigos com 104 emendas (até dezembro de 2019) e é classificada como constituição analítica. Sua extensão detalha minúcias quanto à formação e funcionamento do Estado, além dos direitos e garantias fundamentais. Regula aspectos, muitas vezes, desnecessários como a tão citada disposição do artigo 242, § 2º, em que “o Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal.” A prolixidade de seu texto acrescentada da ideia de valores trazida com o neoconstitucionalismo permite a invocação de princípios. Não obstante, pode-se extrair mais condutas e orientações de seu texto normativo do que propriamente princípios.

Direcionar o olhar para as regras permite atribuir maior definição e delimitação do ordenamento de modo que “a descrição daquilo que é permitido, proibido ou obrigatório diminui a arbitrariedade e a incerteza, gerando ganhos em previsibilidade e em justiça para a maior parte dos casos.”⁶¹ E de fato, como lembra Ávila, a própria Constituição de 1988 estabeleceu que nada será exigido senão em virtude de lei, propondo ao Legislativo uma postura ativa.

Antes do neoconstitucionalismo, não havia tanta referência a princípios e à necessidade de sopesamento. Atualmente, há um contrassenso em que “tudo está na Constituição, e nada na legislação que deveria estar conforme a ela, a supremacia constitucional perde seu significado, pois a Constituição deixa de servir de referência superior pela inexistência ou irrelevância do elemento inferior.”⁶² O autor afirma que:

Daí a importância de insistir na eficácia das regras frente aos princípios, na separação dos Poderes e no controle fraco de proporcionalidade como mecanismos de

⁵⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91.

⁶⁰ *Ibidem*, p.91.

⁶¹ ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: Entre a ciência do direito e o direito da ciência. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, p.1-19, jan./fev./mar. 2009. Disponível em: <http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595>. Acesso em: 10 nov. 2018, p. 04.

⁶² *Ibidem*, p. 08.

salvaguardar a liberdade de configuração do Poder Legislativo, no lugar de simplesmente exaltar a importância dos princípios e da ponderação.⁶³

Como afirma Ávila, “o intérprete poderia saltar do plano legal para o nível constitucional sempre que um princípio pudesse servir de fundamento para a decisão, isto é, toda vez que fosse possível uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais,”⁶⁴ o que de fato ocorre na jurisprudência e na doutrina, pois nota-se uma necessidade de fundamentar em princípios como se “elevassem” a categoria do direito violado, tendo em vista que violou um dado princípio.

Na medida em que os direitos fundamentais são abrangentes a qualquer argumentação imaginável, “sempre poderão servir, dada a sua abrangência, de fundamento para uma decisão; e se sempre deverão ser empregados, todas as outras manifestações normativas assumem papel secundário em face dos princípios constitucionais.”⁶⁵

Havendo a configuração do caso à norma constitucional, dever-se-á aplicá-la sem necessidade de invocar princípios. O próprio texto orienta tal conduta. Por exemplo, se “a Constituição possui uma regra vedando, de modo categórico, a utilização de prova ilícita, não cabe ao intérprete, por meio de uma ponderação de princípios constitucionais eventualmente aplicáveis, permitir a sua utilização (...).”⁶⁶ Desconsiderar o texto constitucional explícito por um princípio constitucional, muitas vezes é considerar “como descartáveis normas que a Constituição quis resistentes a uma ponderação horizontal, flexibilizando aquilo que ela quis objetivamente enrijecer.”⁶⁷

Os princípios são tratados como se fossem elementos centrais do texto constitucional. Extraem-se princípios ditos “implícitos” de improvável vontade da Constituinte. Pode-se afirmar que “a interpretação centrada nos princípios constitucionais culmina com a violação de três princípios constitucionais fundamentais - os princípios democrático, da legalidade e da separação dos Poderes.”⁶⁸

Assim, a separação de poderes em que cada poder possui uma função é prejudicada pois ao interpretar, o Judiciário cria uma nova regra que não estava descrita no texto legal, nem

⁶³ ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: Entre a ciência do direito e o direito da ciência. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, p.1-19, jan./fev./mar. 2009. Disponível em: <http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595>. Acesso em: 10 nov. 2018, p. 09.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 07.

⁶⁵ *Ibidem*, p.08.

⁶⁶ *Ibidem*, p.05-06.

⁶⁷ *Ibidem*, p.06.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 08.

era intenção do legislador legitimar tal conduta. Os abusos do Judiciário são recorrentes e acabam sendo justificados sob o papel de “guardião da Constituição”.

Além da violação das estruturas fundamentais do ordenamento, uma interpretação baseada em ponderação carece de critérios objetivos de aplicação, ensejando decisões subjetivistas com base na aplicação retórica de princípios jurídicos. Essa aplicação deve ser evitada tendo em vista que permite ao intérprete (re)construir o sentido que lhe aprouver.

Para a manutenção dos três poderes, é necessário um controle na atuação dos juízes, uma fiscalização dos padrões adotados que permita manter a coerência no ordenamento jurídico. Recorre-se à ponderação sem verificar se as regras constitucionais ou infraconstitucionais amparam o caso. De fato, “o que o aplicador, porém, não pode fazer é simplesmente desconsiderar a regra legal (...) mesmo que essa desconsideração seja supostamente suportada por princípios constitucionais aplicáveis que ele pretende ‘otimizar’.”⁶⁹

Dentro dessa perspectiva, a consideração da Constituição como principiológica conduz a um subjetivismo. É o que Ávila propõe quando afirma: “o paradigma da ponderação conduz a um subjetivismo e, com isso, à eliminação ou severa redução do caráter heterolimitador do Direito.”⁷⁰

Ademais, as percepções diferentes de como a norma deve ser aplicada são prejudiciais, pois o leque de opções dá espaço a um excesso interpretativo:

Em outras palavras, se a regra não for, em alguma medida, rígida relativamente à subjetividade do aplicador, as funções que ela desempenha ficam prejudicadas. E como os aplicadores têm concepções diferentes a respeito de como devem ser resolvidos os conflitos morais, bem como são dotados de variável capacitação técnica e inconstante rigidez moral, não só cresce a chance de incerteza, quanto aumenta o grau de arbitrariedade.⁷¹

A falta de uniformidade na interpretação gera incerteza e instabilidade nas decisões. “Assim, resta incabível que o intérprete ignore o direito democraticamente construído e decida com base em princípios ‘inventados’ para chegar à conclusão que ele, particularmente, considere a mais adequada.”⁷²

⁶⁹ ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: Entre a ciência do direito e o direito da ciência. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, p.1-19, jan./fev./mar. 2009. Disponível em: <http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595>. Acesso em: 10 nov. 2018, p. 11.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 09.

⁷¹ *Ibidem*, p. 15.

⁷² SOUSA, Mônica Medeiros Gaspar de. **A retórica principialista: o uso dos princípios jurídicos como formulas de redundância na pratica jurídica.** 2015. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015. p. 137.

Essa moral inconstante pode ser associada à gradual perda de valores da sociedade atual. Da mesma forma, a falta de imperatividade da norma pode estar relacionada à perda da solidez normativa, relativizando as normas com a categoria de princípios.

1.4 A finalidade de um princípio

A etimologia da palavra “princípio”, do latim, *principium*, se refere a “origem, causa próxima, início”, de *primus*, “o que vem antes”, do grego *prin*, de mesmo significado.”⁷³

No entanto, no âmbito jurídico, vários autores fazem referência a princípios não como causa primeira, mas como algo elementar e estruturante de um sistema, ora como “disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas,”⁷⁴ ou então como “ordenações que irradiam e imantam os sistemas de normas.”⁷⁵ Por vezes também podem ser definidos como “‘verdades fundantes’ de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional.”⁷⁶ Para Bobbio, os princípios gerais são as normas fundamentais ou generalíssimas do sistemas, as normas mais gerais.⁷⁷

São muitas as definições para “princípio”, “ora para designar a formulação dogmática de conceitos estruturados por sobre o Direito positivo, ora para designar determinado tipo de normas jurídicas e ora para estabelecer os postulados teóricos, as proposições jurídicas concerta ou de institutos de Direito ou normas legais vigentes.”⁷⁸

Os princípios geralmente são pensados como sendo supremos, “postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento.” Talvez por isso alguns os considerem como parâmetro, “pautas ou critérios por excelência para avaliação de todos os conteúdos normativos.” Assim, “recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional, rodeada do prestígio e da

⁷³ ORIGEM DA PALAVRA, 2019. Disponível em: <https://origemdapalavra.com.br/palavras/principio/>. Acesso em: 10 jul. 2019.

⁷⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 53.

⁷⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 92.

⁷⁶ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 303.

⁷⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 158.

⁷⁸ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 55.

hegemonia que se confere as normas inseridas na Lei das leis. Com esta relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em *norma normarum*, ou seja, norma das normas.”⁷⁹

Com efeito, o enfoque diferenciado aos princípios no que concerne a sua juridicidade apresenta aspectos diferentes à medida em que percorrem a trajetória do jusnaturalismo ao pós-positivismo.

O jusnaturalismo tem como determinante a natureza humana como fundamento do sistema jurídico. Os princípios fazem parte dessa estrutura própria do ser humano, geralmente associado nessa fase a normas universais ou de justiça. É nesse período que “os princípios habitam ainda esfera por inteiro abstrata e sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de ideia que inspira os postulados de justiça.”⁸⁰

De meados do século XVIII ao início do século XIX, desenvolve-se o positivismo. A lei deixa de ser fruto da natureza humana para transformar-se em fruto da vontade do legislador, buscando uma objetividade da ciência jurídica. Nesse cenário há uma despreocupação com o conteúdo, sendo mais relevante a positivação. Daí decorre uma teorização dos princípios que adentra aos códigos como fonte normativa subsidiária, oferecendo segurança jurídica.⁸¹

O positivismo tem como característica a defesa do conhecimento científico como o único conhecimento verdadeiro, e com isso transforma a ciência do direito em ciência próxima à matemática. É reconhecida a norma jurídica enquanto posta por uma autoridade. Busca a neutralidade e aplicação do direito isento de juízos de valor. Enquanto o Direito Natural reconhece a norma justa como a norma válida, para o positivismo o direito válido é o direito posto. Nessa esteira, a codificação dos princípios isento de conteúdos morais ou valorativos estava presente no texto normativo.

No período correspondente aos últimos anos do século XX, temos no pós-positivismo que os princípios são associados a valores. Dotados de teor axiológico, eles sustentam o sistema constitucional. Aqui, independente do princípio estar positivado ou não, eles fundamentam o sistema jurídico explícita ou implicitamente. “Admitidos definitivamente como normas, são normas-valores com positividade maior nas Constituições do que nos Códigos; por isso mesmo providos, nos sistemas jurídicos, do mais alto peso, por constituírem

⁷⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 290.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 259.

⁸¹ *Ibidem*, p. 262.

a norma de eficácia suprema.”⁸² São, portanto, repletos de normatividade. Nesta fase repartem-se os princípios em duas categorias: a dos *ratio legis*, que assumem o caráter de ideias jurídicas norteadoras, postulando a concretização na lei e na jurisprudência, e a dos que não são apenas *ratio legis*, mas também *lex* como direito positivo.⁸³

Decorre do pós-positivismo a classificação dos princípios como espécie do gênero norma. Há na literatura acadêmica do Direito dos últimos anos uma variada distinção entre as duas espécies normativas, os princípios e as regras. Considerando que para entender a finalidade do princípio não é condição *sine qua non* a diferenciação das regras, faz-se necessário fazê-lo em termos gerais para melhor entendimento do assunto, mas sem se aprofundar nas inúmeras classificações existentes.

As duas concepções geralmente utilizadas é a qualitativa e a quantitativa. Abordando pela chamada tese quantitativa de distinção, também chamada de “fraca”, o que diferencia as duas espécies normativas acima mencionadas é seu critério de generalidade, onde os princípios são normas mais gerais e abstratas que as regras. Já a distinção “forte”, se baseia em critérios lógicos ou qualitativos e teve seu desenvolvimento em Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Em Dworkin, as regras são aplicadas ao critério de validade, do “tudo ou nada”. A hipótese de incidência que uma regra estipula é preenchida e deve ser aplicada ou ela não é preenchida e não deve ser aplicada. Ou uma regra é válida ou não é válida. Os princípios, ao contrário da regras, tem uma dimensão de peso, servem de razões para decidir entre uma ou outra decisão.⁸⁴

Em linha semelhante, Alexy elaborou uma teoria de que os princípios são uma espécie de norma jurídica por meio da qual se estabelecem mandamentos de otimização aplicáveis em vários graus segundo as possibilidades fáticas e jurídicas. Em caso de colisão entre eles, deve ser realizada a ponderação de princípios. Já as regras, para Alexy, são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. As regras contêm determinações no âmbito fático e juridicamente possível.⁸⁵

Em ambos os casos mencionados e nos demais que decorrem do pós-positivismo, os princípios estão impregnados de valores que precisam ser sopesado. No entanto, a presença dos valores impregnados aos princípios tende mais para posições particulares do que

⁸² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 276.

⁸³ *Ibidem*, p. 272.

⁸⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p-35-45.

⁸⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90-91.

propriamente a valores. São antes variações caso a caso, apenas acobertados pelo nome de valor, refletindo um desvalor. Com efeito, referindo-se à tirania dos valores, Grau afirma:

A submissão de todos nós a essa tirania é tanto mais grave quando se percebe a promiscuidade dos valores que, por força das ponderações que os revalorizam, ocorre no plano da aplicação do direito. Refiro-me, reiteradamente, às ponderações entre princípios que os juristas- em especial os juízes -operam visando impor seus valores, no exercício de pura discricionariedade, em regra não se dando conta que o fazem.⁸⁶

Recordemos que “os valores têm uma existência objetiva em um mundo ideal que, como o das verdades matemáticas, transcende a temporalidade, o que garante certo grau de objetividade às ciências culturais.”⁸⁷

Existem duas possibilidades no que se refere à relação entre princípios e valores: primeiro, não se consideram princípios como valores. Se princípios são valores, eles deveriam ter um núcleo inalterável tendo em vista que os valores são objetivos. No entanto, os princípios do pós-positivismo são tratados com flexibilidade e se chocam com os conceitos tradicionais da norma e da conduta humana. Já os valores, ao contrário, longe de serem adaptáveis “são imutáveis, muito embora se realizem historicamente, e, logo, sobre conjunturas específicas, subordinadas ao espaço e ao tempo.”⁸⁸

Segundo, pode-se considerar princípios como sinônimo de valores. Uma vez sinônimos, eles não podem ser relativizados ou servir de meio para relativização. Os valores não podem ser relativizados, sob pena de deixarem de ser valores. Aqui a prática do sopesamento seria um meio para relativizar os princípios.

O que se deseja destacar é a importância de considerar a objetividade dos valores éticos. Como afirma Magalhães Filho,

Se tais valores fossem subjetivos como o gosto, com poderíamos evitar o caos na valoração das normas de conduta ? Como decidiríamos os conflitos axiológicos ? Como seria possível uma educação moral ? Como a vida decente e o arrependimento fariam sentido ? Por que valoramos positivamente coisas que não gostamos ? ⁸⁹

Em que pese estarmos temporalmente em período pós-positivista, deve-se atentar ao que dispõe a alteração ocorrida pela Lei nº 13.655 de 2018 que modificou a Lei de Introdução

⁸⁶ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo de juízes:** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios) 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 123.

⁸⁷ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Teoria dos Valores jurídicos, uma luta argumentativa pela restauração dos valores clássicos.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 163.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 163.

⁸⁹ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Curso de hermenêutica Jurídica.** 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 42.

ao Direito Brasileiro, estabelecendo no artigo 20 as seguintes alterações: “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.” Não recorre ao valores *a priori*, o que representa a importância da legislação, tendo em vista a delimitação do disposto normativo disciplinado nos códigos.

A integração da norma jurídica é um mecanismo de preenchimento de lacunas. O artigo 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro determina que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” Em caso de lacuna da lei, o juiz decidirá conforme os princípios, algo diametralmente oposto à prática judiciária, na qual inicialmente recorre-se ao princípio jurídico sempre como fonte primária da lei. Esse processo de preenchimento das lacunas, denominado de “integração do Direito”, permite perceber uma função do princípio, a função de integrar o Direito.

Como finalidade de um princípio, pode-se concluir a sua função de diretriz em matéria constitutiva de organização do Estado. Dessa função decorre a permissão para servir como parâmetro para a condução do legislativo, obedecendo sempre critérios objetivos. Também em matéria de organização do Estado, em caso de omissão legislativa, o princípio funciona para integrar a norma. Assim, os princípios são como ordenações do Estado. Conduzem a partir das estruturas estatais, seja na produção de normas constitucionais e infraconstitucionais, seja no caso de lacuna jurídica, sempre e em ambos os casos pautados como valores imutáveis. Desta feita, reprova-se a conduta de invocar princípios a todo e qualquer caso quando as leis dispõem das regras para soluções jurídicas e quando o aplicador é capaz de cumprir sua função com retidão.

1.5 A influência da hermenêutica constitucional e as estruturas da linguagem na aplicação dos princípios

Com a Constituição de 1988, o modelo clássico de interpretação e aplicação do Direito foi substituído pela nova hermenêutica constitucional, que tem como base conteúdos axiológicos que tendem a refletir posicionamentos subjetivos do intérprete, a substituição do método gramatical, sistemático, histórico e teológico por um método aberto de interpretação.

O ato de interpretar um texto se dá através da linguagem. Com isso, é relevante a influência da virada linguística pragmática na ciência do Direito. As mudanças de perspectivas filosóficas têm importância na hermenêutica constitucional pois alteram a relação norma-linguagem. À medida que a linguagem passa a ser vista não como um meio de conhecimento,

mas como a própria condição do conhecimento, há uma mudança significativa na percepção do sentido da norma.

Foi com Wittgenstein⁹⁰ que se deu a mudança filosófica na linguagem, a chamada virada pragmática. A linguagem passou a ser vista não como um instrumento secundário do conhecimento humano, mas como condição de possibilidade do próprio conhecimento, em oposição à sua utilização designativa, expositora do significado do mundo segundo conceitos defendidos desde a Antiguidade. Com a reviravolta pragmática deixou de ser um instrumento de meio do conhecimento para ser condição do conhecimento.

A função designativa das palavras se refere ao significado indicado a elas, antecipadamente definido, conjunto de conceitos conhecidos com suas definições. A virada pragmática propõe que “é impossível determinar a significação das palavras sem uma consideração do contexto socioprático em que são usadas.”⁹¹

Em sua obra *Investigações filosóficas*, Wittgenstein determina os jogos de linguagem como parte da atividade humana. A linguagem é ação comunicativa entre os sujeitos,⁹² portanto, a significação delas é construída em diferentes situações. A linguagem é uma práxis, “só se pode entender a linguagem humana a partir do contexto em que os homens se comunicam entre si.”⁹³

A práxis da linguagem permite a construção dos sentidos das palavras. O sentido etimológico passa a expressar um sentido contextual. Atribui-se sentido à palavra “afeto” quando agregada a um contexto jurídico, extrapolando os limites que a constituem. Nesse aspecto, o sentido vem sendo construído linguisticamente, com efeito:

Em nosso século, tem-se compreendido cada vez mais a articulação do sentido intersubjetivo do pensar e agir humanos e sua validação como constituída linguisticamente e de tal modo que a problemática da constituição da racionalidade do sentido e sua validade tem sido tematizada através de um novo horizonte, o horizonte da linguagem.⁹⁴

A linguagem utilizada como um mecanismo de construção encontra terreno fértil nos suportes da nova hermenêutica constitucional. O subjetivismo encontra espaço nas

⁹⁰ WITTIGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Tradução de João José R. L. de Almeida. Disponível em: <http://www.psicanaliseefilosofia.com.br/textos/InvestigacoesFilosoficas-Original.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2018.

⁹¹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta Linguístico- Pragmática na filosofia contemporânea*. 4. ed. São Paulo: Lyola, 2015, p. 131.

⁹² *Ibidem*, p. 144.

⁹³ *Ibidem*, p. 132.

⁹⁴ CAMPOS, Juliana Cristine Diniz; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. Nova hermenêutica constitucional e (in) segurança jurídica características e crítica da virada linguística no interpretar da Constituição. *Revista Questio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 782-783, 2015. p. 777.

cláusulas abertas e nos conceitos indeterminados que gradualmente substituíram o método de interpretação clássico.

São claras as palavras de Barroso ao afirmar que “não é verdadeira a crença de que as normas jurídicas em geral – e as normas constitucionais em particular – tragam sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem.”⁹⁵ Admite o autor que o intérprete deve realizar um papel criativo na revelação do conteúdo da norma. Contudo, fica evidente a tendência da hermenêutica hodierna em considerar um conteúdo variável da norma quando afirma que “cada sujeito interpreta de um modo, a partir de um horizonte de compreensão próprio e individual – ainda que a linguagem seja o resultado de uma comunhão de significados socialmente estabelecida.”⁹⁶ Percebe-se então não um meio interpretativo da norma, mas uma determinação de vontade própria de cada intérprete.

A nova hermenêutica destoa a função do intérprete, outorgando-lhe papel inventivo ao invés de extrair o sentido previamente determinado. Pode-se admitir a existência de mais de um sentido para a norma, mas a interpretação não é de forma particular e aleatória, tendo em vista que a “hermenêutica é, assim, guia de escolha do bom sentido.”⁹⁷ Com prudência deve o intérprete atuar, “uma vez que a opção pelo sentido pode, em muitos casos, implicar a opção pela justiça, indispensável à convivência e à afirmação da grandeza do ser humano, bem como à própria justificação do Direito.”⁹⁸ Assim, o âmbito de atuação do aplicador deve estar pautado no sentido que promova o bem estar da sociedade, “porque não é todo sentido captado que se presta à ordenação social, sendo que alguns levariam mesmo à desorganização da sociedade, com todo um conjunto de efeitos deletérios para a convivência e para a paz social.”⁹⁹

A partir da abertura concedida no modo de interpretar, percebe-se a condução do significado da norma pelas cláusulas abertas e os conceitos indeterminados. Assim se desenvolve uma “forma inovadora de compreender o fenômeno de interpretar a constituição, fundado na percepção de que as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo.”¹⁰⁰ Deve-se atentar que a indefinição gera uma ampla margem de condução

⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. O começo da história: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, p. 25-65, 2003, Disponível em : http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf. Acesso: 27 nov. 2018. p. 28.

⁹⁶ CAMPOS, Juliana Cristine Diniz; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. Nova hermenêutica constitucional e (in) segurança jurídica características e crítica da virada linguística no interpretar da Constituição. **Revista Questio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 782-783, 2015, p. 780.

⁹⁷ FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.98.

⁹⁸ *Ibidem*, p.98.

⁹⁹ *Ibidem*, p.84.

¹⁰⁰ CAMPOS, Juliana Cristine Diniz; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. *Opus citatum*, p. 781.

da norma e tem como consequência a insegurança jurídica, pois não sabe ao certo o que decorrerá da interpretação contextual do intérprete.

Outro aspecto que decorre da nova hermenêutica é considerar a mudança de paradigma da constituição, de norma política para norma jurídica. Uma norma que dispõe da organização do Estado passa a ser uma dotada de juridicidade. A constituição era um conjunto de intenções e recomendações ao legislador para que elaborasse leis condizentes com aqueles valores. Pode-se extrair da constituição normas dotadas de certa imperatividade e dela advir uma mudança de parâmetro em que “não é vista mais como uma simples norma *normarum* - cuja finalidade principal é disciplinar o processo de produção de outras normas. Ela passa a ser enxergada como a encarnação dos valores superiores da comunidade política, que devem fecundar todo o sistema jurídico.”¹⁰¹ Com isso, a nova hermenêutica convida o intérprete a olhar para as norma infraconstitucionais buscando os valores constitucionais, mais propriamente o sentido que exalte os termos da Carta Magna.

Nessa nova práxis, o intérprete abandona a função prática da hermenêutica tradicional, substituindo o método da subsunção pelo da ponderação. “Desta forma, não adianta, por exemplo, que, por meio do método gramatical, o intérprete encontre a solução para o caso analisado em determinado artigo do Código Civil, se há um princípio constitucional que ‘resolva melhor’ a situação fática narrada.”¹⁰²

Ao exercer a função de interpretar a lei, o Judiciário toma de vez pra si tal atribuição, desenvolvendo técnicas interpretativas das normas constitucionais alegando frequentemente visar solucionar conflito entre princípios colidentes, o que conduz a um ativismo judicial. Isso “acaba por conferir aos juízes uma espécie de poder constituinte permanente, pois lhes permite moldar a Constituição de acordo com as suas preferências políticas e valorativas, em detrimento daquelas do legislador eleito”¹⁰³.

Um dos aspectos que favorece o ativismo judicial são os valores relacionados aos princípios. Se no tópico anterior argumentou-se a relação de princípios com valores, aqui se pressupõe que a nova hermenêutica considera princípios como valores. A tendência é trazer ao Direito a colisão entre princípios e o exercício de ponderação acaba sendo realizado de forma

¹⁰¹ SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em: <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/16-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/o-neoconstitucionalismo-no-brasil.riscos-e-possibilidades-daniel-sarmento.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2018, p. 17.

¹⁰² MOTA, Maria Yannie Araujo. **Crítica Epistemológica ao Direito Civil-Constitucional**. 2017. Dissertação (Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional), Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2017, p.73.

¹⁰³ SARMENTO, Daniel. *Opus Citatum*, p. 12.

indiscriminada. Um exemplo comum é o conflito do direito à informação com o direito à intimidade; ou o conflito da liberdade de imprensa com o direito à privacidade.

Ao tratar da colisão de princípios expressados em valores, Alexy usa como exemplo a colisão entre a exibição de programa de televisão que pretendia contar a história de assassinato de quatro soldados do exército alemão e a ressocialização ameaçada de um dos condenados que estava perto de ser libertado da prisão. Alude a tensão entre a proteção da personalidade e a liberdade de informar por meio de radiodifusão, ambos protegidos pela constituição alemã. Daí decorre o resultado de sopesamento como normas de direitos fundamentais. No caso citado, “uma decisão mais inequívoca de uma colisão entre princípios dificilmente seria possível.” Deve-se adicionar que para a “já mencionada variedade de formas de se denominar os objetos do sopesamento deverá ser acrescentada mais uma, a dos valores constitucionais.”¹⁰⁴

Outro exemplo citado de suposto sopesamento entre o direito de liberdade de expressão e o de informação é o caso de um ocupante de cargo político na República que é visto em seu veículo automotor em situação comprometedor com uma senhora que não é sua esposa e terá essa informação exposta na mídia. A autoridade pública propõe medida judicial invocando seu direito de privacidade.

Não se retira do caso a necessidade de uma análise acurada por parte do intérprete da lei. De fato, deve-se procurar o dispositivo para aplicá-lo. No entanto, não se pode negar que no primeiro exemplo a individualidade do cidadão é mais relevante do que um programa de entretenimento. Além de que a “informação” já havia sido dada na época do crime, inexistindo conteúdo informativo. No segundo caso, uma figura pública, por mais que tenha seu direito à intimidade, pode ter suas atividades expostas na mídia, ainda mais quando suas condutas forem imorais, tendo em vista que a sociedade reprova tais comportamentos.

Há uma necessidade de interpretação para esses casos de “colisão”, mas descabe às correntes e extensas análises dos valores em cada caso com as consequentes teorias do que seja um valor a ser sopesado, especialmente quando essas condutas conduzem a uma análise subjetiva pelo magistrado.

Como se essa “ponderação” não tivesse de forma mais objetiva um padrão a ser seguido ou como se fosse necessário discorrer sobre a mais variada violação dos valores constitucionais. Assim, “o paradigma da ponderação conduz a um subjetivismo e, com isso, à eliminação ou severa redução do caráter heterolimitador do Direito.”¹⁰⁵

¹⁰⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 100-101.

¹⁰⁵ ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: Entre a ciência do direito e o direito da ciência. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, p.1-19,

Como bem afirma Grau: “Enquanto a Jurisprudência do STF estiver fundada na ponderação entre princípios- isto é, na arbitrária formulação de juízos de valor-, a segurança jurídica estará sendo despedaçada.”¹⁰⁶

Considerando que o jurista deve alcançar a justiça buscando oferecer a cada um o que é seu, dentro do âmbito de proteção da norma, não levará a digressões sobre valores. Poderá requerer uma acuidade na análise do caso, mas prescindirá da ponderação para subsumir a conduta que deve ser aplicada.

Juízes, especialmente juízes constitucionais, têm lançado mão, intensamente, da técnica da chamada ponderação entre princípios quando diante do que a doutrina qualifica como conflito entre direitos fundamentais. Como, porém, inexistente no sistema jurídico qualquer regra a orientá-los a propósito de qual dos princípios, no conflito entre eles, deva ser privilegiado, essa técnica é praticada à margem do sistema, subjetivamente, discricionariamente, perigosamente.¹⁰⁷

Quando se prefere afirmar que em questão de valores não há o que ser ponderado, então os valores são vistos como imutáveis, havendo respeito à hierarquia entre eles, uma distinção de valores superiores e inferiores.

Quanto à questão de necessidade de ponderação de valores aparentemente colidentes em um caso concreto, podemos oferecer três explicações para evitar a errônea suposição de que isto provocaria a sua relatividade: 1) Poderíamos sustentar que os valores são absolutos, mas se relativizam na aplicação; 2) poderíamos dizer que o conflito axiológico é aparente, pois a região em que um deve prevalecer não pertence ao âmbito de atuação do outro; 3) Poderíamos reconhecer que é o homem que se coloca em circunstâncias conflitantes, ou seja, a relatividade não é dos valores, mas do homem mesmo em relação aos valores.¹⁰⁸

A condução da hermenêutica, que tem a ponderação de valores como objeto central de sua ciência, não merece ser exaltada na prática judiciária. Ela acaba por expressar a ignorância das leis e a consagração por juristas de conceitos retóricos expostos de forma subjetivista, aceitos sem questionamento tendo em vista que o Judiciário é considerado guardião da constituição.

jan./fev./mar. 2009. Disponível em: <http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595>. Acesso em: 10 nov. 2018, p.09.

¹⁰⁶ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo de juízes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)** 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 24.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 119.

¹⁰⁸ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Curso de Hermenêutica Jurídica**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 41.

2 AFETIVIDADE EM SENTIDO ANTROPOLÓGICO E AFETIVIDADE EM SENTIDO JURÍDICO: DUAS PERSPECTIVAS

“What is the right thing to do ?”

Michael Sandel

Neste capítulo se desenvolverá o estudo sobre o sentido antropológico de afetividade e sobre o sentido de afetividade que se tem atribuído na jurisprudência e na doutrina. Além disso, exibiremos casos em que é desnecessária a configuração do afeto para o cumprimento das obrigações jurídicas.

2.1 Sentido antropológico de afeto

Este tópico visa estudar a afetividade no seu aspecto antropológico, mais especificamente com o amparo da antropologia filosófica a fim de averiguar o acerto ou desacerto da aplicação jurídica do “princípio da afetividade”. Antes de adentrar propriamente nos afetos, é imprescindível considerar o ser humano antropológicamente.

O homem é um ser racional dotado de afetividade e vontade. Pode-se afirmar que “a natureza humana- modo de ser humano, sob a perspectiva de suas ações imanentes- apresenta como que três sedes, potências ou dimensões de interação com a realidade: a inteligência, a vontade e a afetividade.”¹⁰⁹ A inteligência é a dimensão da pessoa que a encaminha para conhecer a verdade das coisas, e tem-se por conceito de verdade a adequação da inteligência à realidade. A vontade é a potência humana que leva a pessoa a buscar a posse de bens materiais ou imateriais pelo valor de tais bens em si e que são oferecidos pela razão. E por afetividade entende-se a dimensão da pessoa na qual se processam as sensações e os sentimentos.¹¹⁰

Essas três potências se relacionam entre si.

Aristóteles definiu o homem como um “animal racional”.¹¹¹ A razão é a faculdade superior do homem, expressa através da palavra, pensamento e linguagem. O homem é capaz de adequar seu entendimento à realidade das coisas. Para bem agir, é necessário conhecer. Ao

¹⁰⁹ PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge. Da afetividade à efetividade do amor nas relações de família. In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (Coord.). **Afeto e estruturas familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 57-78, p.59.

¹¹⁰ *Ibidem*, p.60.

¹¹¹ CUADRADO, José Ángel García. **Antropologia filosófica**: Una introducción a la Filosofía del Hombre. 5.ed. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2010, p. 73.

conhecer o mundo, o homem assimila o entendimento e pode ter seu horizonte alterado. É próprio do conhecimento produzir no homem uma alteração em seu ser que pode provocar uma mudança no pensar e no agir.

O conhecimento da realidade começa com o conhecimento sensível. Aristóteles afirma que não há nada no intelecto que não passe previamente pelos sentidos. A visão, a audição, o olfato, o tato e o paladar permitem a captação da realidade presente. É através dos sentidos que a inteligência alcança as verdades universais e abstratas. O conhecimento do que seja uma cadeira permite assimilar que os demais objetos que têm por essência a função de assentar um ser humano sobre três ou quatro pés são também uma cadeira. O essencial da realidade “cadeira” foi experimentado pelo conhecimento sensível e alcançou uma verdade universal.

Assim, o conhecimento humano se apresenta em dois níveis: o conhecimento sensível e o conhecimento intelectual.

O conhecimento sensível tem por objeto o aspecto particular e sensível das coisas materiais, enquanto que o conhecimento intelectual tem por objeto o aspecto essencial e universal das coisas materiais, isto é, a ideia ou conceito. Há de se ter em conta que esses dois níveis de conhecimento estão relacionados entre si. O conhecimento sensível não é possível sem o conhecimento intelectual, e o conhecimento sensível é ordenado ao intelectual e aperfeiçoado nele.¹¹²

Diferente dos animais que apenas possuem os cinco sentidos, o homem também possui, além destes, a racionalidade. Com ela, eleva o conhecimento sensível, dirigindo sua conduta para o fim que considera mais adequado. Direciona seu comportamento para além do que é sensivelmente percebido. É pela razão que faz o homem buscar sentido na vida e escolher os meios e concretização de seus fins.¹¹³

Quanto à segunda dimensão, a vontade é a inclinação ou tendência a um bem captado intelectualmente.¹¹⁴ É a vontade que nos direciona para o que convém e é chamada pelos clássicos de “apetite racional” ou “apetite da inteligência”.¹¹⁵ É preciso frisar que “a vontade não atua à margem da razão, mas simultaneamente com ela: deseja-se o que se conhece,

¹¹² CUADRADO, José Ángel García. **Antropologia filosófica**: Una introducción a la Filosofía del Hombre. 5.ed. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2010, p. 55.

¹¹³ YEPES STORK, Ricardo; ARANGUREN ECHEVARRÍA, Javier. **Fundamentos de antropologia**: um ideal de excelência humana. Tradução de Patrícia Carol Dwyer. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência “Raimundo Lúlio” (Ramon Llull), 2005, p. 23.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 97.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 45.

se conoce a fondo aquello que se desea.”¹¹⁶ A operação da vontade é o querer e “el objeto de la voluntad es el bien captado previamente por la inteligencia: los clásicos lo decían de modo sintético: nihil volitum nisi praecognitum, ‘nada es querido si no es previamente conocido.’”¹¹⁷ É com a vontade que se realiza a conduta, a ação de algo que passou pelo intelecto.

No que se refere à terceira dimensão humana, a afetividade é “tão importante que os clássicos a tinham como ‘uma parte da alma’, diferente da sensibilidade e da razão. É uma zona intermediária na qual se unem o sensível e o intelectual, e na qual se comprova que o homem é verdadeiramente unidade de corpo e alma.”¹¹⁸

Um aspecto a ser considerado sobre a afetividade é a sua irreducibilidade a objetivação intelectual.¹¹⁹ Deve-se considerar a dificuldade de estudar os afetos objetivamente, pois os mesmos possuem uma grande carga de subjetividade. Há um certo embaraço no estudo dos sentimentos tendo em vista que “esta dificultad para acceder a la comprensión objetiva de los sentimientos se entiende por una característica esencial de los mismos: la subjetividad.”¹²⁰

O sentimento acontece na intimidade do sujeito, de modo que refletir sobre eles é matéria um tanto tortuosa pelo intelecto. Assim, “al tratarse de experiencias subjetivas, y por tanto ‘privadas’, no resultaban objetivables, ni medibles por un observador imparcial.”¹²¹

Com efeito, “la afectividad puede ser descrita como una cualidad del ser psíquico que está caracterizada por la capacidad de experimentar íntimamente las realidades exteriores y de experimentarse a sí mismo, es decir, de convertir en experiencia interna cualquier contenido de consciencia.”¹²² Assim, a afetividade acontece na intimidade do sujeito diante das realidades exteriores que experimenta.

Ao discorrer sobre um sentimento, pode-se saber um pouco sobre ele, mas nunca se sabe com precisão o que ocorre na interioridade do sujeito. “De fato, tentar explicar o amor que uma mãe sente pelo filho em termos de reações endócrinas ao ouvir o choro dele pode ser ilustrativo, mas explica muito pouco de que natureza é esse sentimento de amor experimentado pela mãe.”¹²³

¹¹⁶ YEPES STORK, Ricardo; ARANGUREN ECHEVARRÍA, Javier. **Fundamentos de antropologia**: um ideal de excelência humana. Tradução de Patrícia Carol Dwyer. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência “Raimundo Lúlio” (Ramon Llull), 2005, p. 45.

¹¹⁷ CUADRADO, José Ángel García. **Antropología filosófica**: Una introducción a la Filosofía del Hombre. 5.ed. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2010, p. 99.

¹¹⁸ YEPES STORK, Ricardo; ARANGUREN ECHEVARRÍA, Javier, *Opus citatum*, p. 46.

¹¹⁹ CUADRADO, José Ángel García. *Opus citatum*, p. 108.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 108.

¹²¹ *Ibidem*, p. 109.

¹²² *Ibidem*, p. 108.

¹²³ *Ibidem*, p. 109, tradução nossa.

Nos tópicos que se seguem, será abordado um pouco mais sobre a afetividade, e sua relação com o intelecto e a vontade.

2.1.1 Desejos e impulsos

Para entender o conceito de desejos e impulsos, é necessário esclarecer o que é uma tendência, pois os desejos e impulsos são uma espécie de tendência.

A tendência é uma inclinação. Uma pedra tende a cair ao solo pela gravidade, uma lagarta tende a se transformar em borboleta, uma semente tende a se transformar em planta – a inclinação ou tendência do ser vivo é a perfeição. A tendência também pode ser chamada de apetite.

Existe um apetite natural, intrínseco, que não necessita de conhecimento prévio para realizar-se. “Todos los seres naturales están inclinados a lo que les conviene, pues hay en ellos cierto principio de inclinación por el que su inclinación es natural.”¹²⁴ É próprio da inclinação de um ser, homem ou animal, estar inclinado a buscar comida para se alimentar.

Também existe o apetite elícito, a inclinação a um bem conhecido previamente. Ele “es aquel que se desencadena a partir del conocimiento, en virtud de la conexión que la estimativa¹²⁵ o la cogitativa establecen entre realidad percibida y apetito, para cada tipo de apetito (deseo, impulso, voluntad) hay una gama de afectos.”¹²⁶

Como o conhecimento pode ser sensível ou intelectual, as inclinações/ tendências também podem ser sensíveis ou intelectuais. A tendência para um bem sensível é realizada por meio da estimativa, enquanto a inclinação para o bem intelectualmente capturado é realizada por meio da razão e vontade práticas.¹²⁷

A tendência sensível também pode ser denominada de instinto. O instinto está presente nos animais e nos homens e faz com que eles dirijam suas ações em busca de satisfazer suas necessidades básicas de conservação e reprodução. Os instintos são “la mediación cognoscitiva e impulsivo-motora de las funciones vegetativas.”¹²⁸ Isso significa que o instinto possui um aspecto cognoscitivo e outro que move a ação concreta. Quando um homem ou animal se encontra em uma situação de perigo, desencadeia-se uma resposta para

¹²⁴ AQUINO *apud* CUADRADO, 2011, p. 65.

¹²⁵ Estimativa é a capacidade de valorar a realidade exterior em relação a própria subjetividade. É uma certa antecipação do futuro, rege o comportamento a partir do objeto valorado. Uma ovelha diante de um lobo sabe reagir, pois é capaz de valorar diante do perigo da realidade externa.

¹²⁶ CHOZA, Jacinto. **Manual de Antropología Filosófica**. Sevilla: Thémata, 2016. p. 286.

¹²⁷ CUADRADO, José Ángel García. **Antropología filosófica: Una introducción a la Filosofía del Hombre**. 5.ed. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2010, p. 66.

¹²⁸ CHOZA, Jacinto. *Opus Citatum*, p.279.

escapar do meio justamente para evitar aquilo que pode lhes prejudicar. A diferença entre os homens e os animais é a possibilidade do homem eleger suas escolhas para satisfazer suas necessidades: ele pode se dedicar ao preparo de um prato sofisticado ou alimentar-se de uma fruta, enquanto que os animais estão a serviço de sua vida biológica, dependentes daquilo que podem encontrar ou reunir para seu consumo. O homem pode livremente se dirigir para a realização de suas escolhas.

A tendência sensível pode ser de dois tipos: desejos e impulsos.

O desejo é a inclinação para o bem, se refere à captação de valores no presente. Também pode ser chamado de apetite concupiscível em que leva a inclinação para possuir um bem e faz referência ao presente. Já o impulso é a inclinação de vencer ou afastar os obstáculos que permitem possuir um bem, faz referência à captação de valores em relação ao passado e em relação ao futuro. Também pode ser chamado de apetite irascível.

À inclinação do desejo para possuir o bem, pode-se chamar de amor, e à inclinação para rechaçar o mal, ódio. O amor pode ser do bem futuro, e se chama desejo apenas, ou do bem presente, e se chama prazer. O ódio pode ser uma aversão a um mal futuro; provoca a inclinação de fugir; ou aversão a um mal presente, e se chama dor ou tristeza. A inclinação ou impulso de afastar ou vencer os obstáculos que se interpõem no caminho para alcançar o bem pode ser positiva ou negativa. Quando este apetite se move em direção a um bem difícil ou árduo, mas alcançável, se chama esperança; mas quando se inclina em direção a um bem que se torna inatingível, se chama desespero. Quando se depara com um mal que se torna inevitável, se chama temor; mas quando se acredita que o mal é evitável, poderíamos falar de audácia ou temeridade. Finalmente, se este apetite se enfrenta com um mal presente e o rejeita (em vez de se deter na tristeza ou na dor) se chama ira.¹²⁹

Os desejos do sujeito se dirigem a um bem presente e sua satisfação tem caráter prazeroso porque implica na posse de um bem apetecido. Por exemplo, comer um alimento quando se tem fome. Já os impulsos se dirigem a um bem difícil, o que exige superar obstáculos que se interpõem entre o sujeito e o bem almejado.¹³⁰

Pode-se dizer que o impulso nasce do desejo, mas é superior a ele - o esforço por alcançar esse bem culmina com o prazer extraído dele. O bem mais árduo é mais difícil, mas é mais desejado pois implica em um bem mais valoroso. Enquanto que a conquista de um desejo se acaba no mesmo instante em que é conquistado.

¹²⁹ YEPES STORK, Ricardo; ARANGUREN ECHEVARRÍA, Javier. **Fundamentos de antropologia**: um ideal de excelência humana. Tradução de Patrícia Carol Dwyer. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência “Raimundo Lúlio” (Ramon Llull), 2005. p. 48.

¹³⁰ CUADRADO, José Ángel García. **Antropologia filosófica**: Una introducción a la Filosofía del Hombre. 5.ed. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2010, p. 68.

2.1.2 Emoções e sentimentos

São quatro elementos comuns ao sentimento e à emoção. O primeiro deles é o “objeto desencadeante”, que consiste na causa que deu início ao estado emocional, no contexto em que o sujeito está inserido. O segundo elemento é a “perturbação anímica”, que consiste na impressão no sujeito que decorre da realidade externa, do contexto em que se realiza. A “alteração orgânica” ou - “os sintomas físicos”- é o terceiro elemento que configura as alterações que ocorrem no organismo do sujeito em meio à realidade em que se encontra. O último elemento se configura na “conduta prática”, em um agir em resposta ao contexto em que está inserido.¹³¹

Um exemplo elencado por Yepes,¹³² apresenta o seguinte cenário: um leão solto (objeto desencadeante) provoca no sujeito um sentimento de medo (emoção ou perturbação) e lhe acelera o coração (alteração orgânica) de modo que lhe conduz a correr em disparada (conduta prática).

Diante da realidade percebida, o sujeito reage com adaptação ou rejeição, dando vazão aos sentimentos como consciência entre a realidade e suas tendências. Portanto, os “sentimentos são perturbações da subjetividade”¹³³, “‘dizem’ algo sobre a realidade que os provoca (...) e também ‘dizem’ algo sobre o sujeito que sente: a maneira de estar afetado pelos objetos e pelo mundo em geral.”¹³⁴

No que se refere à emoção, ela é mais momentânea, se caracteriza por “una perturbación brusca y profunda de la vida psíquica y fisiológica.”¹³⁵ Pode ser acompanhada de fenômenos fisiológicos mais completos como a reações viscerais (aceleração da respiração, aceleração do ritmo cardíaco, alteração no funcionamento do intestino, sudorese); reações musculares (tremores, contrações do músculos) e reações expressivas (expressão facial, postura corporal).¹³⁶

As emoções são ocasionadas por alguma realidade atual que provoca o sujeito num determinado instante. São mais momentâneas, implicam uma tendência a uma ação. É uma “resposta” imediata a uma situação concreta. Yepes afirma que “a emoção é vulcânica, intensa,

¹³¹ CUADRADO, José Ángel García. **Antropologia filosófica**: Una introducción a la Filosofía del Hombre. 5.ed. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2010, p. 110, tradução nossa.

¹³² YEPES STORK, Ricardo; ARANGUREN ECHEVARRÍA, Javier. **Fundamentos de antropologia**: um ideal de excelência humana. Tradução de Patrícia Carol Dwyer. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência “Raimundo Lúlio” (Ramon Llull), 2005, p. 47.

¹³³ *Ibidem*, p. 47.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 47.

¹³⁵ CUADRADO, José Ángel García. *Opus citatum*, p. 111.

¹³⁶ CUADRADO, José Ángel García. *Opus citatum*, p. 111.

mas costuma passar com rapidez, porque é superficial.”¹³⁷ A maior parte das reações emotivas são reflexas, por isso “se puede decir que la emoción está fuera del dominio de la voluntad, al menos parcialmente.”¹³⁸

No que se refere aos sentimentos, importa inicialmente diferenciar os termos “sensação” e “sentimento”. Ambas fazem referência à palavra “sentir”, mas com significados distintos. A sensação está relacionada com os sentidos, em uma dimensão corporal, como se percebe na frase “sinto frio” ou “sinto dor nas costas”. Quanto ao sentir como sentimento, refere-se à subjetividade da realidade que nos rodeia, como quando dizemos “sinto tristeza”.

Os sentimentos são mais estáveis que as emoções: “pode-se sentir algo muito profundamente e durante muito tempo sem emocionar-se.”¹³⁹ Os sentimentos não ficam na superficialidade.

Em referência ao conceito de afetividade, as emoções e sentimentos são resultados da valoração da realidade externa com relação aos próprios desejos e impulsos. É dizer “como el tipo de ‘juicios’ que establece la conexión entre una realidad – presente o representada- y las fuerzas de la intimidad substancial tal como aparecen en la intimidad subjetiva (deseos e impulsos).”¹⁴⁰

Os sentimentos reforçam as convicções, produzem valorizações. Caso uma pessoa almeje um concurso passa a ter a postura de se dispor a estudar. No entanto, se não for um desejo verdadeiro permanecerá inerte. Há o reconhecimento de algo como valioso e, por isso, buscará alcançá-lo. “Esta valorização espontânea que o sentimento provoca, predispõe à conduta em um sentido ou outro.”¹⁴¹ Ou seja, movimenta-se para alcançar aquilo que se deseja ou subsiste paralisado.

A manifestação dos sentimentos na pessoa são percebidos em diversos aspectos. As expressões faciais e corporais podem indicar sobre os possíveis sentimentos. O sorrir, o chorar, o franzir a testa, o olhar expressivo ou perdido indicam uma gama de sentimentos; da mesma forma, a linguagem corporal, de tremer as mãos, fechar o punho, baixar a cabeça, movimentar repetidamente uma perna também expressam uma possibilidade de sentimentos.

¹³⁷ YEPES STORK, Ricardo; ARANGUREN ECHEVARRÍA, Javier. . **Fundamentos de antropologia: um ideal de excelência humana.** Tradução de Patrícia Carol Dwyer. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência “Raimundo Lúlio” (Ramon Llull), 2005, p. 53.

¹³⁸ CUADRADO, José Ángel García. **Antropología filosófica: Una introducción a la Filosofía del Hombre.** 5.ed. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2010, p. 111.

¹³⁹ YEPES STORK, Ricardo; ARANGUREN ECHEVARRÍA, Javier. *Opus citatum*, p. 53.

¹⁴⁰ CHOZA, Jacinto. **Manual de Antropología Filosófica.** Sevilla: Thémata, 2016, p. 285.

¹⁴¹ YEPES STORK, Ricardo; ARANGUREN ECHEVARRÍA, Javier. *Opus citatum*, p. 51.

2.1.4 Educação da afetividade

Com o uso da razão, uma pessoa pode “administrar” seus sentimentos. O sentimento de vergonha ao falar em público pode ser trabalhado e superado. O sentimento de tristeza pelo abandono ou morte de alguém pode ser amenizado com o tempo. O sentimento de desilusão amorosa pode ser enfrentado com o propósito de esquecer o causador da dor.

Os sentimentos podem ser bem conduzidos. Tendo em vista que “quando se deixa que atuem sozinhos podem crescer desmesuradamente e causar anomalias e patologias,”¹⁴² com o uso da razão pode-se reorientar as condutas para que possibilitem o equilíbrio do indivíduo: “os sentimentos são irracionais em sua origem, mas harmonizáveis pela razão.”¹⁴³

Com isso, deve-se esclarecer que nem toda ação boa está relacionada com o que é prazeroso e nem toda ação má está relacionado com o que é desprazeroso, pois “podemos experimentar tristeza sensible al cumplir con un deber costoso; o un hombre de pésima conducta moral puede experimentar gozo realizando el mal.”¹⁴⁴ Assim, é preciso haver harmonia entre os afetos e a atividade moral, “la afectividad debe ser educada por la voluntad.”¹⁴⁵

Deve-se saber que a razão comanda as demais dimensões humanas, “visto que a inteligência é a nossa faculdade superior e distintiva; a que se faz coerente com o fim, a que cobre, portanto, todo o caminho da vida de sentido: ‘o homem inteligente fala com autoridade quando comanda sua própria vida.’”¹⁴⁶

Desse modo, os sentimentos pode ter uma condução desejada pelo sujeito. É verdadeiro “que nuestros sentimientos pueden estar, en cierto aspecto, sometidos al poder de la voluntad. Pero no los podemos controlar completamente si no nos empeñamos en educarlos. De aquí la importancia de la educación de los afectos.”¹⁴⁷

O empenho na educação dos afetos é essencial para a vida humana. Na medida em que se busca analisar os sentimentos, percebe-se que “nem todas as realidades merecem o elevado sentimento que temos a respeito delas”; “muitas realidades merecem melhores sentimentos do que os que temos em relação a elas” e, por conseguinte, “as valorizações

¹⁴² YEPES STORK, Ricardo; ARANGUREN ECHEVARRÍA, Javier. **Fundamentos de antropología**: um ideal de excelência humana. Tradução de Patrícia Carol Dwyer. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência “Raimundo Lúlio” (Ramon Llull), 2005, p. 50.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 50.

¹⁴⁴ CUADRADO, José Ángel García. **Antropología filosófica**: Una introducción a la Filosofía del Hombre. 5.ed. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2010, p. 120.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p.120.

¹⁴⁶ YEPES STORK, Ricardo; ARANGUREN ECHEVARRÍA, Javier. *Opus Citatum*, p. 56.

¹⁴⁷ CUADRADO, José Ángel García. *Opus citatum*, p. 121.

sentimentais tem que ser corrigidas e retificadas: deixar dominar por elas é, simplesmente, subordinar a própria vontade a algo efêmero.”¹⁴⁸

Assim, “o lugar da afetividade e dos sentimentos na vida humana é central. São eles os que ajustam a situação anímica íntima, os que impulsionam ou retraem a ação, os que definitivamente juntam ou separam os homens.”¹⁴⁹

Deve-se ressaltar, no entanto, que o homem não é só sentimentos nem só razão, a sua vida se realiza com a harmonia entres essas duas potências.

Desta forma, o ideal “é colocar a razão no comando sobre o resto das dimensões humanas, visto que a inteligência é nossa faculdade superior e distintiva; a que se faz com o fim, a que cobre, portanto, todo o caminho da vida de sentido: ‘o homem inteligente fala com autoridade quando dirige sua própria vida.’”¹⁵⁰

Com efeito, é possível educar os sentimentos pois “los afectos no son pura irracionalidad incontrolable, sino un aspecto muy relevante de la personalidad humana; por eso la libertad personal juega un papel decisivo en la configuración armoniosa de las emociones (...).”¹⁵¹

A educação dos sentimentos pode-se dar com a aquisição das virtudes. Através da repetição de hábitos bons se pode levar a adquirir um certo domínio sobre as tendências. “A educação deve desenvolver virtudes que aperfeiçoam as três potências humanas, de modo que a pessoa esteja apta a buscar a felicidade.”¹⁵² O desenvolvimento das virtudes permitirá ao indivíduo a prática de atos bons com intuito de adquirir uma qualidade em certo aspecto humano. “Muitos atos de virtude são realizados mediante o enfrentamento de sentimentos contrários. Compreende-se assim que agir da melhor forma não significa agir da forma que lhe dê mais prazer.”¹⁵³

Permanece em atos viciosos aquele que não busca vencer suas tendências. Como os vícios são o contrário das virtudes, é pela repetição de hábitos ruins movidos pelo prazer ou alívio da dor que o indivíduo adquire uma postura que o faz escravo de seus hábitos.

¹⁴⁸ YEPES STORK, Ricardo; ARANGUREN ECHEVARRÍA, Javier. **Fundamentos de antropologia**: um ideal de excelência humana. Tradução de Patrícia Carol Dwyer. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência “Raimundo Lúlio” (Ramon Llull), 2005, p. 52.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 49.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 55/56.

¹⁵¹ CUADRADO, José Ángel García. **Antropologia filosófica**: Una introducción a la Filosofía del Hombre. 5.ed. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2010, p. 107.

¹⁵² PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge. Da afetividade à efetividade do amor nas relações de família. In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (Coord.). **Afeto e estruturas familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 57-78., p. 59

¹⁵³ *Ibidem*, p.59.

Para que os sentimentos subsistam no indivíduo de forma harmoniosa com o intelecto e a vontade, deve-se buscar a virtude da temperança ou autodomínio. É a virtude que modera a atração pelos prazeres e procura um equilíbrio no uso dos bens criados.

Em uma explanação de como realizar o controle da afetividade pela razão, o filósofo Malo Pé¹⁵⁴ traça um procedimento de autodomínio: inicia o autor ressaltando que é na própria pessoa que os afetos têm origem, de onde deve decorrer a reflexão sobre eles.¹⁵⁵ Se decorrem de uma mesma origem, parece mais fácil entendê-los, mas “o problema é, portanto, descobrir de que modo a razão pode influenciar os afetos que inicialmente não são racionáveis.”¹⁵⁶

A razão irá interpretar, valorar e retificar a afetividade.

Segundo Malo Pé, a primeira função da razão consiste em interpretar a afetividade captando o significado dos fenômenos afetivos. No caso, é necessária a reflexão sobre o que aparece, ou seja, o que se sente na consciência. Essa função interpretativa não se esgota com as primeiras experiências, é preciso repetir para interiorizar-se. Uma vez que determinadas sensações são identificadas a pessoa não necessita emitir um novo juízo. Por exemplo, uma vez identificada a sensação de fome, a pessoa não necessita de uma nova interpretação para saber que tem necessidade de comer.¹⁵⁷

Malo Pé atenta ainda para a interpretação dos afetos que correspondem a estados de ânimos mais delicados, como ciúme, inveja ou baixa-estima. Para poder interpretar adequadamente essas afeições, é necessário aceitar que o ego tenha certas inclinações que, se o homem tiver uma consciência reta, o levarão a valorizá-las como algo negativo e, conseqüentemente, tentar modificá-las. Na função interpretativa da razão é necessário querer interpretar ou, pelo menos, não rejeitar o conhecimento de quem somos, pois algumas vezes poderá ser desagradável e nos forçará a tomar decisões dolorosas.¹⁵⁸

Em um segundo momento ocorre a valoração. Se, na interpretação, a razão considera o significado dos afetos, na valoração considera a pessoa que os experimenta. Por isso, na valoração da afetividade, a moralidade ocupa um lugar destacado: a boa ou má tendência se julga a partir do fim da pessoa.¹⁵⁹

¹⁵⁴ MALO PÉ, Antonio. **Antropología de la Afectividad**. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2004, p.173 *et seq.*

¹⁵⁵ *Ibidem*, p.176.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p.176, tradução nossa.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p.177-178.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 178.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 178-179.

Assim, as sensações corporais de prazer e dor não devem ser rejeitadas como algo mau, nem devem ser transformados em um único fim. A dor ou o prazer, quando realizada a valoração racional, pode ser encarada como algo valioso, necessário para a vida do indivíduo e da espécie. O papel da razão consiste pois em personalizar essas sensações. A dor, por exemplo, quando é fortíssima, persistente e insuportável, pode ser encarada como um mal. O julgamento da razão, ao permitir o distanciamento do sujeito com a dor, impede a identificação da dor com a pessoa, abrindo assim a porta para várias possibilidades: viver com a dor, encará-la como um desafio e - no caso da razão iluminada pela fé - a aceitar e até a amar. O amor à dor não é equivalente à destruição da negatividade da dor nem equivalente ao masoquismo, mas à descoberta de um horizonte em que a dor, longe de destruir, é instrumento que transforma e aperfeiçoa.¹⁶⁰

A pessoa deve julgar se a situação emocional em que se encontra é correspondente à situação exterior. Se o indivíduo é encontrado em tristeza, deve-se analisar se o sentimento corresponde às circunstâncias. Assim, não sentir tristeza com a morte de um ente querido não é sinal de virtude, mas de falta de amor ou de insensibilidade. O julgamento da razão deve avaliar não só se é uma emoção apropriada ou não, mas também a maneira de sentir. Isso evitará os extremos aos quais a emoção tende espontaneamente, por exemplo, a tristeza se inclina ao desespero assim como a raiva se inclina à vingança. Através do julgamento da razão e das virtudes que dela derivam a pessoa consegue educar sua afetividade.¹⁶¹

E, por fim, a retificação. Depois da valoração do afeto ao identificar que este não conduz a um bem, a correção pode ser feita através de um juízo racional. Às vezes, a retificação precisa ser sinalizada por outrem. É o caso do escrupuloso que experimenta sentimentos de dúvida e arrependimento por pensar que está violando um dever moral. Nesse caso, o julgamento racional próprio não é verdadeiro e é necessária a correção por outra pessoa. De forma semelhante, os que possuem algum transtorno psicossomático como depressão, ansiedade, angústia, os quais não têm uma relação real com o mundo, produzindo valorizações inadequadas para o atuar, demandam a orientação de um terceiro.¹⁶²

Há vezes também em que a retificação se refere diretamente às ações realizadas sobre o influxo da emoção. É o que acontece, por exemplo, nos crimes cometidos por pânico ou a raiva, que escurecem e mesmo cegam as luzes da razão. Esse tipo de afeto pode ser

¹⁶⁰ MALO PÉ, Antonio. **Antropología de la Afectividad**. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2004, p.179.

¹⁶¹ *Ibidem*, p.180.

¹⁶² *Ibidem*, p.181.

apresentado com tanta força de atração ou persuasão que se deseja julgar conveniente o que é realmente prejudicial. Através da reflexão sobre o julgamento formulado sob a influência do afeto, a razão pode perceber o próprio erro e corrigi-lo. A valorização da razão não destrói a afetividade, mas a coloca em um contexto de maior amplitude, podendo assim ter um maior controle dos seus impulsos e suas tendências.¹⁶³

2.1.5 A não adequação do sentimento: os excessos

A razão é dada ao ser humano para bem viver a condição humana. Pela mediação da razão, os sentimentos são capazes de impulsionar o ser humano para a excelência. E, portanto, os extremos em relação aos sentimentos provocam um desequilíbrio na sua vivência humana.

O primeiro extremo é quando se pensa que basta o uso da razão abstrata e da vontade dominadora para equilibrar os sentimentos. Temos aqui o pensamento dos racionalistas, que acreditavam em um uso calculista da razão. Vista como método matemático, a razão poderia resolver qualquer tipo de problema. Acreditavam que “o homem superior era capaz de dominar por completo suas tendências e conseguir a harmonia da alma de modo voluntarista, apenas com o querer, ainda que não houvesse razões que fizessem desse domínio algo necessário.”¹⁶⁴ A superestimação da razão pura, inflexível aos sentimentos, não corresponde à condição propriamente humana, também é constituída de liberdade e fraquezas.

Quanto ao outro extremo, deixar que os afetos conduzam sem o uso da razão provoca um sentimentalismo nocivo ao indivíduo. O sentimentalismo “é uma daquelas muitas qualidades mais fáceis de reconhecer do que definir. Os dicionários, como não surpreende, apontam todos para as mesmas características definidoras: um excesso de emoção falsa, doentia, e sobrevalorizada em comparação com a razão.”¹⁶⁵

Com efeito, foi como romantismo no século XIX, que se registrou essa distorção do aspecto afetivo. Nesse período, “la afectividad es considerada no ya como una función vital, sino como la más radical de todas: como aquella actividad vital por la que el hombre se

¹⁶³ MALO PÉ, Antonio. **Antropología de la Afectividad**. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2004, p.181-182.

¹⁶⁴ YEPES STORK, Ricardo; ARANGUREN ECHEVARRÍA, Javier. **Fundamentos de antropologia: um ideal de excelência humana**. Tradução de Patrícia Carol Dwyer. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência “Raimundo Lúlio” (Ramon Llull), 2005. p. 58.

¹⁶⁵ DALRYMPLE, Theodore. **Podres de mimados: as consequências do sentimentalismo tóxico**. 1 ed. São Paulo: É realizações, 2015. p. 75

encuentra enraizado en el mundo real, como actividad de carácter intencional con más valor cognoscitivo que la razón.”¹⁶⁶

O espírito romântico distorce o sentido original da realidade “desdobrando-se na manifestação de emoções exageradas, no individualismo egoísta e na perda da sensibilidade moral, já que valores e regras são meras criações da subjetividade.”¹⁶⁷

Analisar algo com base nos sentimentos “gera uma vida dependente dos estados de ânimo, um certa atitude escravizada”¹⁶⁸ e com isso “a conduta não mediada pela reflexão e pela vontade, quer dizer, o sentimentalismo, produz insatisfação.”¹⁶⁹

É razoável buscar o equilíbrio dos sentimentos com o uso da razão, qualidade superior do homem. De fato, “quando se consegue obter um ponto intermediário, os sentimentos entram em harmonia com as tendências, e as reforçam, fazendo com que a conduta humana se torne formosa, bela.”¹⁷⁰ O uso da razão em conformidade com as tendências do ser humano conduz a uma disposição harmoniosa das coisas.

Com efeito, a afetividade não é um guia seguro do atuar, “pues no tiene en cuenta la finalidad de la persona, sino sólo algunas inclinaciones suyas.”¹⁷¹ É a consciência da finalidade que faz com que a razão conduza os sentimentos. A conduta dirigida a um fim deve ser conhecida e desejada, “el fin de la persona no puede ser sólo sentido (ni siquiera cuando tal sentir participa de la razón), sino que, sobre todo, debe ser conocido racionalmente y querido en cuanto tal, pues se trata de un fin que ha de elegirse libremente.”¹⁷²

2.2 Sentido jurídico de afeto

Em referência ao sentido jurídico do afeto, leva-se em consideração o que a doutrina, a legislação e os tribunais superiores atribuem sobre a afetividade. Busca-se com isso investigar em que medida o afeto pode ser considerado em termos jurídicos.

2.2.1 Princípio da afetividade

¹⁶⁶ CHOZA, Jacinto. **Manual de Antropología Filosófica**. Sevilla: Thémata, 2016. p. 287.

¹⁶⁷ LOPES, Joshua Gomes. **Deveres constitucionais individuais à luz da Constituição Federal de 1988**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional), Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2017.p.28.

¹⁶⁸ YEPES STORK, Ricardo; ARANGUREN ECHEVARRÍA, Javier. **Fundamentos de antropología: um ideal de excelência humana**. Tradução de Patrícia Carol Dwyer. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência “Raimundo Lúlio” (Ramon Llull), 2005, p. 53.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 53.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p.60.

¹⁷¹ MALO PÉ, Antonio. **Antropología de la Afectividad**. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2004, p. 175

¹⁷² *Ibidem*, p. 175.

Para a afirmação de um princípio implícito, deve-se inferir do ordenamento jurídico elementos para tal. O princípio da afetividade não está previsto na Constituição nem no Código Civil, mas tem sido invocado ao amparo da nova hermenêutica constitucional. Importa saber quais são os elementos que permitem extrair o princípio da afetividade como princípio constitucional implícito. Depois de verificados esses elementos, é necessário analisar sua validade.

Uma primeira tentativa de validar o princípio da afetividade tem sido atribuída por meio da interpretação extensiva do “princípio da dignidade humana” disposto no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988. O princípio da afetividade tem sido “corolário do respeito da dignidade da pessoa humana, como norteador das relações familiares e da solidariedade familiar.”¹⁷³ Como estudado no primeiro capítulo, a dignidade humana não pode (ou não deveria) ser invocada para fundamentar qualquer direito. Com efeito “os afetos não podem ser, por si, associados à dignidade humana, sendo muitas vezes movimentos contrários a ela.”¹⁷⁴ Se aos afetos fossem atribuídos a dignidade humana, cada afeto corresponderia a um princípio, tendo em conta que os afetos podem ser positivos ou negativos. Muitos princípios, dos mais variados, deveriam ser mencionados. Ocorre que “os afetos, por si mesmos, são movimentos da sensibilidade involuntários (portanto sem autocontrole), por vezes contrários ao bem comum e à justiça. Todo o plano dos desafetos, não se deve olvidar, também compõem o universo afetivo.”¹⁷⁵

Outra tentativa de fundamentação do princípio da afetividade é através de uma interpretação do sistema jurídico como um todo, analisando o Código Civil, a Constituição, as leis infraconstitucionais. Com efeito, Calderón reconhece que “a afetividade efetivamente não é tratada de forma categórica como princípio pela nossa legislação expressa”¹⁷⁶, mas procura justificá-lo não apenas nos textos do Código e da Constituição como em elementos das leis infraconstitucionais. Em sua obra, “Princípio da afetividade no Direito de Família”, Calderón condensa sobre os prováveis aspectos que se poderiam afirmar para o acatamento do princípio da afetividade, e por isso recorreremos a esta obra para discorrer sobre o suposto princípio.

Calderón declara que o princípio da afetividade se observa na própria lei positivada, em leis esparsas, especialmente as que se referem ao direito de família pois “muitas delas

¹⁷³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 5, p. 38.

¹⁷⁴ PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge; OLIVEIRA NETO, José Weidson de. (In)viabilidade do princípio da afetividade. **Universitas JUS**, v. 27, n. 2, p. 113-125, 2016. p. 119.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 119.

¹⁷⁶ CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.78.

trouxeram a afetividade agasalhada em suas disposições, o que pode contribuir para o estudo sistemático que se desenvolve.”¹⁷⁷ Afirma ainda que “algumas alterações legislativas processadas nos últimos anos fazem referência ao afeto e à afetividade no próprio texto da lei”¹⁷⁸, o que indicaria uma abertura ao suposto princípio. A Lei Maria da Penha (Lei Federal nº 11.340/2006); a Lei da Guarda Compartilhada (Lei Federal nº 11.698/2008); a Lei da Adoção (Lei Federal nº 12.010/2009); a Lei da Alienação Parental (Lei federal nº 12.318/2010) são exemplos que mencionam a afetividade e, por isso, dariam amparo a afirmar a existência do princípio.

Inicialmente, é preciso mencionar que a simples referência do afeto estar presente nos textos positivados não é motivo suficiente para elevá-lo à categoria de princípio jurídico. Ademais, afirmar um princípio com base na lei é afirmar a validade e existência de um princípio em aspectos legais, o que parece contraditório. Os princípios implícitos na Constituição, deduzidos de outros expressos, não são retirados da lei. Os princípios, como afirmado no primeiro capítulo, seriam antecedentes da lei. Dos mais variados argumentos, a fundamentação de um princípio em uma regra seria a mais frágil. Um princípio que tira suas razões do conjunto das leis infraconstitucionais, como mencionado pelo autor, que por conveniência do Congresso Nacional pode ser alterado, é um tanto inseguro para as relações jurídicas. Basta novo processo legislativo, com resultado em outras leis, para que tal princípio não mais exista. Princípios são elementos estruturais, fundamentais de um sistema, portanto, estão além da lei positivada.

Cabe a análise do dispositivo de duas das leis mencionadas pelo autor. Utilizamos a Lei Maria da Penha (Lei Federal nº 11.340/2006) e a Lei da Guarda Compartilhada (Lei Federal nº 11.698/2008) para a compreensão da argumentação, estendendo às demais legislações o mesmo raciocínio.

A Lei Federal nº 11.340/2006, a chamada Lei Maria da Penha, dispõe:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: I – no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; III- qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independente de coabitação.

¹⁷⁷CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 78.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p.78.

O intuito da norma é proteger a mulher da violência familiar. Ora, não é o afeto em si que é considerado, mas o ambiente que os envolve que é relevante ao Direito. A relação de proximidade que se consta nos primeiros incisos, no “âmbito da unidade doméstica” e no “âmbito da família”, fazem perceber que o intuito da lei é proteger a mulher da violência no meio em que vive, logo “qualquer relação íntima de afeto” não é espaço para a afetividade, mas para afirmar que as relações de proximidade alçam o âmbito de proteção da norma. Pode-se afirmar que é contraditória a expressão “relação íntima de afeto” para configurar uma violência. É incoerente falar de afeto quando este resulta em ação ou omissão que “cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”. Por isso, a referência a afeto na legislação não é um indício para elevá-lo à categoria de princípio.

A Lei Federal nº 11.698/2008, a Lei da Guarda Compartilhada, alterou o Código Civil para disciplinar o artigo 1.583, § 2º nos seguintes termos: “A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la, e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: I- afeto nas relações com o genitor e como grupo familiar; II- saúde e segurança; III- educação”. O artigo 1584, § 5º do Código Civil tem sua redação modificada para afirmar que “se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade”. Aqui, da mesma forma, não significa um respaldo à afetividade. O que se busca é a conduta “por trás” dos afetos. Com efeito, a conduta do genitor que demonstre melhor cuidado será a considerada mais apropriada para a guarda. Um pai que diz que ama o filho, mas não demonstra cuidados, não há que afirmar a presença da afetividade. O desleixo na condução escolar, o descuido na saúde, a inexistência de lazer são exemplos que demonstram a existência ou não de afeto pelo filho. São essas condutas que o juiz irá analisar. No entanto, isso não é fundamento para afirmar que “a sua leitura principiológica não pode ser ignorada”¹⁷⁹.

No mais, deve-se observar que ao mencionar “afeto” nos termos da lei, o legislador não corresponde a um conteúdo “subjacente” à afetividade. A intenção do legislador é fazer menção aos atos, fatos e condutas. Pode-se estender o mesmo raciocínio sobre a afetividade para a Lei da Adoção (Lei Federal nº 12.010/2009), a Lei da Alienação Parental (Lei Federal nº 12.318/2010) e qualquer outra.

¹⁷⁹ CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.82.

Os defensores da afetividade afirmam que o princípio possui duas dimensões: uma dimensão subjetiva e outra objetiva. Em referência à dimensão objetiva, esta “envolve a presença de fatos tidos como representativos de uma expressão de afetividade, ou seja, fatos sociais que indiquem a presença de uma manifestação afetiva.”¹⁸⁰ Reconhece os fatos como relevantes ao Direito ao invés dos afetos. Calderón afirma que “não interessa se a pessoa efetivamente nutre afeto ou não, eis que esta é uma questão totalmente estranha ao Direito, interessa apenas a averiguação de atos e fatos que sejam significativos no sentido de externar isso.”¹⁸¹

Já a dimensão subjetiva trata do “afeto anímico em si, o sentimento propriamente dito. A verificação dessa dimensão subjetiva certamente foge ao Direito, e, portanto, será sempre presumida.”¹⁸² A afetividade propriamente dita estaria presente na dimensão subjetiva.

De certa forma, o reconhecimento dos fatos como relevantes ao Direito e a confirmação da não relevância do aspecto subjetivo dos afetos para os defensores do princípio da afetividade surpreende. No entanto, não é, de fato, o aspecto objetivo que é ressaltado quando se menciona o princípio da afetividade.

Então, qual o intuito de elevar a afetividade à categoria de princípio se os próprios defensores da afetividade reconhecem que o aspecto subjetivo deve ser desconsiderado, permanecendo apenas o aspecto objetivo?

Calderón responde a essa indagação em sua obra quando afirma que “a incidência do princípio da afetividade pode, portanto, trazer reflexo de várias ordens, influenciando desde a estrutura da família brasileira até mesmo a sua função, com várias construções possíveis.”¹⁸³ Ou seja, fomentar a afetividade como princípio permite a “construção” de ideias e direitos com base no afeto. E assim tem acontecido: mesmo “desconsiderando” o aspecto subjetivo, os tribunais têm reconhecido a multiparentalidade, a união homoafetiva, o abandono afetivo, dentre outras decisões que têm o afeto como elemento central. Essa tendência, além de fomentar uma sociedade débil com base em sentimentos, assegura que há direitos por trás deles. Com efeito, “pode-se dizer que o sentimentalismo e o vitimismo social se adequaram bem à ‘Era dos Direitos’ da sociedade contemporânea.”¹⁸⁴

¹⁸⁰ CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.153.

¹⁸¹ *Ibidem*, p 136.

¹⁸² *Ibidem*, p. 153.

¹⁸³ *Ibidem*, p.147.

¹⁸⁴ LOPES, Joshua Gomes. **Deveres constitucionais individuais à luz da Constituição Federal de 1988**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional), Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2017, p.29.

Estudando mais amiúde a dimensão objetiva do princípio, aquela que “envolve fatos da realidade concreta”, os chamado “fatos sociais”, Berenice Dias declara que estando “presentes os requisitos de vida em comum, coabitação, mútua assistência, é de se concederem os mesmos direitos e se imporem iguais obrigações a todos os vínculos de afeto que tenham idênticas características.”¹⁸⁵ Em outros termos, os fatos sociais se resumiriam a condutas externas e explícitas de convivência e coabitação. No entanto, não são suficientes tais condições para validar um princípio. Há relações em que há coabitação, assistência mútua, vida em comum e o afeto, mas que não se enquadram como relações de família.

Tomemos como exemplo o relacionamento da amizade: dois amigos que prestam auxílio mútuo e compartilham coabitação e vida em comum não se enquadram na intenção em que quis legislar os autores do princípio da afetividade. Assim, já se percebe que nem todos os fatos sociais que possuem afeto são importantes para o Direito. Há fatos sociais que manifestam afeto que não dizem respeito ao Direito, e a amizade é um deles. “A amizade não traduz o mínimo necessário da sociedade. Ela não tem, por si, potencialidade de gerar uma sociedade completa de homens e mulheres. A amizade é uma relação repleta de afeto.”¹⁸⁶ Isso, pois, destaca que o elemento central do direito de família não deve ser o afeto.

Há também o relacionamento entre irmãos, que podem possuir os elementos de coabitação, vida em comum e não corresponderem ao chamado “princípio da afetividade”. Ou mesmo o caso de três pessoas, sejam todas do mesmo sexo ou não, onde há assistência mútua, vida em comum, e coabitação e tais fatos serem irrelevantes para o Direito.

Não basta configurar coabitação e vida em comum - é necessário que seja uma relação juridicamente relevante. Será considerado fato pertinente aquele que gere algum malefício ou que seja necessário proteger em benefício para a sociedade como um todo. O critério de considerar os fatos sociais pode ser pautado na responsabilidade que essas relações manifestam.

Os padrões considerados “ultrapassados”, a responsabilidade de gerar vida, de perpetuar a espécie é o elemento que se considera relevante para juridicamente reconhecer o relacionamento entre um homem e uma mulher e a constituição da família. É sopesado o contexto da manutenção da espécie humana.

¹⁸⁵ DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: O preconceito & a justiça**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 71-83 e p. 85-99.

¹⁸⁶ PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge. Da afetividade à efetividade do amor nas relações de família. In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (Coord.). **Afeto e estruturas familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 57-78. p. 73.

A Constituição Federal dispõe no seu artigo 226 que “a família, base da sociedade, tem proteção especial do Estado.” A família tradicional tem proteção especial do Estado pois tem fundamento para a manutenção da vida em sociedade. É a certeza da procriação da espécie. Isso não impede, deve-se frisar, a união das mais diversas categorias de pessoas, sejam mulheres entre si, ou homens entre si. Só não é condizente alterar toda uma legislação e proteção estatal quando o Estado de fato não proíbe a união de tais pessoas.

Afirmar que das relações familiares decorrem sentimentos e considerar “o afeto um elemento essencial de todo e qualquer núcleo familiar, inerente a todo e qualquer relacionamento conjugal ou parental”¹⁸⁷ é argumento falacioso pois temos relações familiares mantidas por interesses econômicos ou decorrentes da conveniência e aparência, bem como as que existem com base em sentimentos negativos, e nenhuma delas, por tais motivos, deixa de ser família para o Direito.

Além disso, é opressivo subjugar os deveres que pautam a sociedade para sobrevalorizar os afetos. Com acerto se afirma:

A família é um corpo social especial, dotado de estrutura psicológica, que o individualiza dos demais. Não é simplesmente um grupo de pessoas unidas pelo afeto. Existem responsabilidades e uma função social a ser cumprida, de incorporação de valores sociais. É o local de intermediação entre a pessoa e a sociedade, responsável pela socialização do indivíduo.¹⁸⁸

Diante do exposto, afirmar que “não paira qualquer dúvida sobre a força normativa da afetividade”¹⁸⁹ é um tanto quanto forçar ao Direito abordar assunto que não lhe diz respeito. A legislação em geral leva em conta a responsabilidade exigida das relações jurídicas que decorrem da conduta da pessoa, não de seus sentimentos. Assim, “quando se afirma que o direito regula conduta, quer-se dizer que o objeto próprio da regulação é uma ação deliberada. Ora os afetos, por si mesmos, não são atitudes deliberadas, pois escapa ao controle direto de quem os sente.”¹⁹⁰

Com efeito, o que é relevante é a conduta que o Estado visa proibir, proteger ou fomentar. Ademais, “a ciência jurídica não está alheia aos fenômenos sociais, não está a negar

¹⁸⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 180.

¹⁸⁸ AROUCA, Ana Carolina Bergamaschi. **A união de vidas em nome do afeto e o direito**. 2017. Tese (Doutorado em Direito Civil Comparado), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 77.

¹⁸⁹ CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 83.

¹⁹⁰ NORÕES, Mariane, PEREIRA JÚNIOR, Antônio. A abordagem antropológica e jurídica da afetividade no direito de família mediante o uso do diálogo socrático em sala de aula. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 28. p. 57-77, p. 65

a existência de afetos e sua importância nas relações familiares, mas não pode se prestar a conferir efeitos jurídicos a todos os vínculos afetivos, pois existem outros requisitos de natureza objetiva a serem preenchidos.”¹⁹¹

Ressaltam-se a obrigatoriedade e a responsabilidade que decorrem das relações jurídicas e sua importância. À exaltação dos afetos, não é de se estranhar a ocorrência de argumentos para se eximir de deveres jurídicos. Afinal, se há fundamentos para garantir “direitos”, poderiam simultaneamente existir aqueles para eximir de “deveres”. Assim, evidencia-se que os argumentos para a validade do princípio da afetividade são falhos, não possuem elementos suficientes para serem sustentados no ordenamento jurídico.

2.2.2 Abordagens da afetividade na jurisprudência brasileira

A menção da afetividade na jurisprudência brasileira tem ganhado destaque, como exemplificado nas decisões que dispõem a união homossexual, a alegação de dano moral por abandono afetivo, a concessão de multiparentalidade, e a alteração do conceito de família.

a) União homossexual

A vertente mais difundida do princípio da afetividade é para fundamentar a união homossexual. A disseminação dessa ideia de forma incisiva parte especialmente do Poder Judiciário, que considera o aspecto subjetivo do indivíduo. O princípio da afetividade não foi o elemento central para justificar a união homossexual, mas posteriormente tornou-se o “argumento” principal de equiparação das uniões heterossexuais.

A tentativa de uniformizar as uniões homossexuais com as uniões heterossexuais parte inicialmente do Supremo Tribunal Federal ao realizar uma interpretação conforme a Constituição baseada na não “discriminação” e na violação de princípios constitucionais. Foi no julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF de maio de 2011 que houve o elastecimento do artigo da Carta Magna para estender a união estável entre homem e mulher para pessoas do mesmo sexo. O ministro relator argumentou que o artigo 3º, inciso IV, da CF/88 veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e, por isso, deve-se excluir qualquer significado do artigo 1.723, do CC¹⁹², que impeça o reconhecimento da união entre

¹⁹¹ AROUCA, Ana Carolina Bergamaschi. **A união de vidas em nome do afeto e o direito**. 2017. Tese (Doutorado em Direito Civil Comparado), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 75.

¹⁹² Artigo 1.723 do Código Civil :“É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”

pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual.

Em que pese, a Constituição não dispõe em seu texto o reconhecimento da união homossexual a nível de entidade familiar, e tampouco lhe concede proteção especial, o Supremo Tribunal Federal, em alegação de interpretação conforme a Constituição, adicionou uma hipótese não prevista pelo legislador ordinário. Alegou-se no julgado paradigma a violação do princípio da dignidade humana, da igualdade de cidadania, da segurança jurídica, a liberdade e trouxe também em seu texto a referência ao afeto.

Entretanto, o princípio da dignidade humana não se vê ferido. Martins afirma que “até o presente vem sendo dado à união entre dois homens e duas mulheres, que, por opção sexual, podem se unir, celebrar um contrato à luz do Direito Civil com previsão de obrigações e direitos mútuos, inclusive patrimonial.”¹⁹³

Em defesa da liberdade para a união das relações homossexuais, “manifesta-se na possibilidade de orientar-se sexualmente e em todos os desdobramentos decorrentes de tal orientação.”¹⁹⁴ Em nenhum momento, o Estado interferiu (nem interfere) na união de duas pessoas que se gostam, impossibilitando-as de viverem juntas. Tampouco há instigação para que não ocorram essas uniões. Também não as proibiu de contraírem obrigações, de se reunirem, de serem vistas na sociedade, ou de serem contratadas. Isso “mostra que sua liberdade de escolha homossexual em nada é manchada pela lei civil, genericamente considerada, nem pela lei suprema.”¹⁹⁵

A suposta violação do “princípio da segurança jurídica” se pauta na “atual incerteza quanto ao reconhecimento da união homoafetiva” em que acarreta “insegurança jurídica tanto para os partícipes da relação homoafetiva, quanto para a própria sociedade.”¹⁹⁶ Mas se o reconhecimento da união homossexual como entidade familiar pela legislação pátria não se encontra no âmbito da insegurança jurídica, o que de fato proporcionaria insegurança para a sociedade? A definição de insegurança jurídica deve se referir à atuação incerta dos tribunais superiores que se baseiam no arbítrio pessoal para irem além da legislação vigente.

¹⁹³ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Família é aquela que perpetua a sociedade**. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-mai-12/constituente-familia-aquela-gera-descendentes-sociedade>. Acesso em: 03 set. 2019.

¹⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 DF. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 05 mai. 2011. **Portal Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 05 set. 2019.

¹⁹⁵ MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Opus Citatum*.

¹⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 DF. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 05 mai. 2011. **Portal Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 05 set. 2019

O princípio da igualdade é empregado em defesa da união homossexual pois não se pode “conferir tratamento diferenciado a pessoas e a situações substancialmente iguais.”¹⁹⁷ Tal definição própria do acordão diz respeito a situações iguais, mas não há igualdade entre a situação homem e mulher e a situação homem e homem ou mulher e mulher. A definição de igualdade com os que são iguais e a desigualdade com os que são desiguais não é reconhecida no caso. Interesses da sociedade civil não pode ficar à mercê das vontades e interesses individuais. Essa igualdade não se justifica à medida que dois homens e duas mulheres não são capazes de manter a vida em sociedade. Não podem gerar filhos de sua relação sexual. As situações iguais “dizem respeito aos direitos individuais mais relevantes, ou seja, de perpetuação da espécie e de preservação do Estado.”¹⁹⁸

Além desses argumentos centrais de violação de princípios constitucionais mencionados no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF, houve também a menção à questão afetiva. O aspecto da afetividade tem ganhado um contorno tão expressivo a ponto de o termo “homossexualidade” ser substituído por “homoafetividade”, representando o afeto como elemento determinante da relação. Com isso, o afeto, antes timidamente mencionado concernente às questões sobre homossexualidade, foi ganhando força.

No julgado paradigma, foi considerado como “valor jurídico”, mencionado pelo Ministro Celso de Mello em seu voto, o seguinte ponto: “o afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: a valorização deste novo paradigma como núcleo conformador do conceito de família.” Um novo paradigma corresponde a uma nova ordem e não propriamente a um princípio implícito. São várias as tentativas de se impor o princípio da afetividade, ora como algo implícito, ora como algo novo a ser revelado. Em termos mais expressivos, o Ministro fez a menção que “o afeto representa um dos fundamentos mais significativos da família moderna, qualificando-se, para além da sua dimensão ética, como valor jurídico impregnado de perfil constitucional.”¹⁹⁹

A afetividade também é relacionada à felicidade, mencionando que a mudança no paradigma da família

¹⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 DF. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 05 mai. 2011. **Portal Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 05 set. 2019.

¹⁹⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Família é aquela que perpetua a sociedade**. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-mai-12/constituente-familia-aquela-gera-descendentes-sociedade>. Acesso em: 03 set. 2019.

¹⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 DF. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 05 mai. 2011. **Portal Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 05 set. 2019

(...) passou a existir somente em função do amor entre os cônjuges/companheiros, tendo em vista que a sociedade passou a dar mais relevância à felicidade, portanto à afetividade amorosa, do que à mera formalidade do casamento civil ou a qualquer outra forma preconcebida de família.²⁰⁰

Importa considerar que os termos do voto que ressaltou a “afetividade amorosa” não se referem ao conceito de amor propriamente dito, com base no compromisso e na decisão de amar. O mais correto seria relacionar a uma relação de apego, relação sentimental ou atração sexual.

A relação de apego se “refere a uma relação na qual há uma necessidade de se depender de outra pessoa, sem um projeto comum de vida, mas antes uma busca por segurança e proteção”. A relação sentimental “se assenta na troca de sentimentos e emoções, sem quaisquer outros projetos na realidade”. Ou também pode ser uma relação de apego sexual em que “o afeto também pode significar uma sedução sexual, um desejo de se exprimir sexualmente com o outro. O casal formado por esse tipo de afeto é ainda mais instável do que o casal sentimental, sua relação pode ser de apenas um dia, algumas semanas ou meses.”²⁰¹

A relação de sujeição aos sentimentos provoca uma insegurança contrária à finalidade do direito. É meio para desconsiderar a lei e as suas hipóteses de incidência para considerar hipóteses arbitrárias do Judiciário. A vida afetiva, baseada em afetos, é matéria de âmbito privado, sem perspectiva de um viés jurídico.

Compreende-se que definir obrigações jurídicas através de um postulado implícito de “valor jurídico” irá permitir a juristas e doutrinadores constituírem o que quiserem. Não se pode afirmar o afeto como valor jurídico nem como elemento determinante ao ordenamento jurídico. O Direito se pauta em condutas objetivas e não se pode dar interpretação extensiva ao que a lei não elencou, pois “não há como sustentar sua efetivação no ‘princípio da afetividade’”. Para ser reconhecida a união estável entre pessoas do mesmo sexo, sem contrariar a Constituição, seria necessário processo de emenda à Constituição.”²⁰² Além disso, o Estado em nenhum momento proibiu a união de homossexuais e a possibilidade de celebrarem acordos privados.

²⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 DF. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 05 mai. 2011. **Portal Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 05 set. 2019.

²⁰¹ CABELEIRA, Caio Martins. A ditadura do afeto: uma crítica à introdução do sentimento como valor jurídico. **Revista de Direito de Família e das sucessões**. São Paulo, v. 1, p.43-60, jul./set., 2014.

²⁰² PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge; OLIVEIRA NETO, José Weidson de. (In)viabilidade do princípio da afetividade. **Universitas JUS**, v. 27, n. 2, p. 113-125, 2016, p. 122.

b) Alegação de dano moral no abandono afetivo

Uma das abordagens mais descompensadas sobre a afetividade é a respeito da responsabilização civil por abandono afetivo. De início, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça afasta a possibilidade de compensação por abandono moral ou afetivo, como ocorreu no Recurso Especial nº 757411/MG. Reconheceu o Tribunal que não se enquadra nos pressupostos da responsabilidade civil o pai que não presta carinho ou afeto, pois não é capaz de gerar indenização por dano moral o abandono afetivo quando não há evidência de ato ilícito indenizável.

Tal entendimento foi alterado pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 1.159.242/SP, que concedeu reparação monetária a pedido de filha que alegou abandono afetivo paterno. A situação fática é referente à filha extramatrimonial que demanda do seu pai biológico indenização por abandono material e afetivo durante a sua infância e juventude. Consta no processo que a filha, “cuja paternidade só ocorreu na esfera judicial, sempre tentou contato com o mesmo e nas datas mais importantes de sua vida o requerido não lhe demonstrou o menor afeto ou mesmo deu qualquer importância.”²⁰³ A sentença de primeiro grau julgou improcedente o pedido. Em recurso pela parte autora, o Tribunal de Justiça de São Paulo deu provimento ao recurso reconhecendo o abandono afetivo. O genitor recorreu no Superior Tribunal de Justiça em recurso especial e foi confirmado o abandono afetivo.

Para configurar responsabilidade civil, deve haver violação de um dever jurídico ocasionado por ação ou omissão juridicamente relevante a um bem alheio. Ou seja, não de ser configurados os elementos necessários para tal: o dano, a culpa do autor e o nexo causal.

Na responsabilidade civil subjetiva, exige a presença de ação ou omissão configurada em dolo ou culpa pelo agente. A culpa do autor no caso do abandono afetivo é configurada em uma suposta omissão. Segundo o argumento a favor do abandono afetivo, a culpa é configurada no descumprimento da obrigação de cuidar, supondo que “(...) não se discute mais a mensuração do intangível- o amor- mas, sim a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento de uma obrigação legal: cuidar”. E ainda conclui “em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.”²⁰⁴

A conduta omissiva para o caso, averiguada em uma suposta ação que deveria existir, pautada em “um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero

²⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.159.242- SP (2009/0193701-9). Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 24 abr. 2012. **Migalhas**, [Brasília, DF]. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120510-02.pdf. Acesso em: 20 out. 2019, p. 33.

²⁰⁴ *Ibidem*, p.11.

cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.”²⁰⁵ É muito tênue a linha que diferencia os cuidados fornecidos materialmente dos cuidados “afetivos”. Saber analisar uma omissão afetiva é matéria alheia ao Direito. Primeiro, porque há pais com uma atividade laborativa intensa para a manutenção do lar, estão em pouca presença dos filhos e nem por isso se pode afirmar por abandono afetivo. Segundo, pode haver um agir baseado na obrigação e não no afeto. A justiça não alcança aspectos tão subjetivos. Não há como mensurar em termos jurídicos o íntimo familiar mensurando o dever de cuidado dos pais em relação aos filhos.

É a vida privada e suas relações particulares que estão sendo monetarizadas. Há de se ressaltar que uma filha ao se sentir desprezada pelo pai, vê-se ainda mais distante dele à medida que requer judicialmente indenização por um cuidado que lhe acha devido.

Se o pai já tinha algum tipo de distanciamento, irá se distanciar ainda mais diante de um processo judicial em que é chamado a constituir como réu. A reaproximação se torna bem mais difícil quando lhe é imposta obrigação de pagar enorme quantia pecuniária. Em análise, nota-se também que o ressentimento da parte da filha não será resolvido - pelo contrário, permanecerá. Não houve o oferecimento do afeto desejado. O intuito de reparar se vê frustrado. O mais provável é que ocorra o aumento de ressentimento e dissabores do pai em relação à filha. Em que pese o tribunal justificar a “reparação” dos danos sofridos, há de se constatar a piora na relação familiar.

No que tange ao quesito dano, no caso alegado foi configurado como dano da espécie *in re ipsa*, que não precisa de comprovação. Um prejuízo presumido. Nos termos do julgado, tal exsurge “das omissões do recorrente no exercício de seu dever de cuidado em relação à recorrida e também de suas ações, que privilegiaram parte de sua prole em detrimento dela, caracterizando o dano *in re ipsa*.”²⁰⁶ No que concerne esse quesito, há duas discrepâncias: primeiro, ao considerar um dano afetivo monetarizável frente o Direito; e segundo, em considerá-lo presumido. Desarrazoada é tal postura jurídica, tendo em vista que não há como afirmar que as supostas consequências psicológicas decorram do abandono do pai. Isso é arbitrar situações como fatídicas em âmbito familiar enquanto cada indivíduo possui suas particularidades. Inviável dizer que uma suposta ausência ocasiona traumas igualmente em todas as pessoas. Há de se ter em conta que julgar tal dano presumido seria considerar que todas

²⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.159.242- SP (2009/0193701-9). Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 24 abr. 2012. **Migalhas**, [Brasília, DF]. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120510-02.pdf. Acesso em: 20 out. 2019, p. 12.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 13.

as crianças que estão para adoção em abrigos têm direito de ajuizamento por abandono afetivo. Isso pressupõe que se não puderem ajuizar contra os pais, ajuizarão contra o Estado. Acaba por gerar situação inconveniente também para o Estado.

O terceiro elemento da responsabilidade civil, o nexo causal, consiste na vinculação dos danos com a conduta omissiva. Resta inócua a configuração de nexo causal diante da fragilidade de um dano que não se sabe se muito ou pouco adveio de uma conduta omissiva. Ademais, os supostos abalos psicológicos são configurados em um contexto amplo: social, individual, familiar. Há uma demasiada sobrecarga colocada unicamente ao genitor por todo e qualquer dano presente na vida da filha.

É com acerto que o afeto

não obriga sua existência em relações conjugais ou de filiação. Somente condena a ação ou a omissão como a falta de assistência moral ou material, mas não a falta de afeto. A rejeição da natureza jurídica da afetividade é necessária para objetivar a atuação do Direito, zelando pela impessoalidade da norma. Não há como aplicar uma regra eivada de carga emocional a todos os casos concretos indistintamente, sob o risco de cometimento de injustiças.²⁰⁷

A liberdade do espaço privado, do modo de viver e de cuidar do filhos impõe limites a interferência do Judiciário. O Estado só deve intervir em condutas lesivas que prejudiquem a vida em sociedade. A Constituição Federal no artigo 227 dispõe que os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Com efeito, faz parte das relações familiares a aproximação de um pai ou mãe de algum filho seja pela identificação do sexo, seja por interesses similares. Recorrer ao Judiciário para argumentar tais condutas é infantilizar as relações humanas.

Com acerto, decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul afirmou a impossibilidade de estimar valor para as relações afetivas:

Apelação cível. Indenização. Dano moral. Abandono afetivo. Impossibilidade de estimar valor para relações afetivas decorrentes da filiação. Sentença mantida. Caso dos autos em que não restou demonstrado que o genitor tenha agido de forma ilícita, ainda que reprovável a sua conduta de não se aproximar do filho. O abandono afetivo, por si só não constitui dever de pagamento por dano moral, não podendo o Poder Judiciário estimar valor indenizável para relações de afeto entre pais e filhos. Sentença originária que não merece reparos. Recurso desprovido.²⁰⁸

²⁰⁷ AROUCA, Ana Carolina Bergamaschi. **A união de vidas em nome do afeto e o direito**. 2017. Tese (Doutorado em Direito Civil Comparado), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 85.

²⁰⁸ BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Cível. Acórdão nº 70076511807 –RS. Relator: José Antônio Daltoe Cezar, Rio Grande do Sul, 19 jul. 2018. **Jusbrasil**. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/603680200/apelacao-civel-ac-70076511807-rs>. Acesso em: 23 out. 2019.

O tribunal rejeitou a possibilidade de estimar valor indenizável às relações de afeto. Permitiu que não haja, pela crescente subjetivação do direito, uma invasão nas relações privadas familiares. *Ipsa facto* considerar o afeto como elemento central do litígio dá azo a que qualquer ressentimento possa ser objeto de pleitos judiciais. As emoções e os sentimentos são demasiados particulares para mensurar o descumprimento de obrigações parentais. Para isso, o direito se pauta nos critérios objetivos das relações sociais.

c) Multiparentalidade

Recentemente invocou-se também a afetividade em favor da multiparentalidade, ou seja, o reconhecimento de dois pais ou duas mães no vínculo de filiação, um em decorrência do vínculo biológico e outro em decorrência do vínculo afetivo.

O Recurso Extraordinário nº 898060 afirmou que

A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos.²⁰⁹

Em decorrência do julgado, foi fixada a tese jurídica com a Repercussão Geral nº 622: “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.”²¹⁰

Isso repercute em vários segmentos do direito.

Em eventual pedido de pensão alimentícia, a petição para todos os pais provoca várias nuances, como a estipulação do *quantum* de cada um, a responsabilidade, o cumprimento da obrigação. No quesito de sucessão de bens haverá muitas divergências. Sabe-se que em muitos casos há litígio na divisão da herança quando em uma família tradicional, imagine então com a confirmação da multiparentalidade - os conflitos serão muito maiores. O direito de visitas, a guarda de filho menor, a divergência entre genitores, dentre outras consequências que só irão tumultuar a aplicação do Direito.

²⁰⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 898060-SC, Relator: Ministro Luiz Fux, Brasília, DF, 21 set. 2016. **Portal Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919>. Acesso em: 15 out. 2019.

²¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral nº 622. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 21 set. 2016. **Portal Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4803092&numeroProcesso=898060&classeProcesso=RE&numeroTema=622>. Acesso em: 08 nov. 2019.

2.2.3 Alteração do conceito de família com base no afeto

Nos termos da Constituição Federal de 1988 sobre a família, o artigo 226 a define como “base da sociedade”, com “especial proteção do Estado.” A família é elemento de uma sociedade, e possui elementos concretos que a constituem. No entanto, nos últimos anos tem-se associado a constituição da família com o elemento do afeto. Como o agrupamento humano mais antigo, para o Direito a família é um instituto pautado por condições objetivas. É na família que surge as relações que dão base para o Direito.

Inicialmente importa a distinção dos direitos fundamentais das garantias institucionais. Os indivíduos têm como proteção os direitos e garantias fundamentais, enquanto que as instituições têm como proteção as garantias institucionais. Bem esclarece Canotilho:

(...) as instituições, como tais, têm um sujeito e um objeto diferente dos direitos dos cidadãos. Assim a maternidade, a família, a administração autônoma, a imprensa livre, o funcionalismo público, a autonomia acadêmica, são instituições protegidas diretamente como realidades sociais objetivas e só indiretamente se expandem para a proteção dos direitos individuais. (...) faz com que hoje, por exemplo, o direito de constituir família (art. 36.º/1) se deva considerar indissociável da proteção da instituição família como tal (art.67.º).²¹¹

Desta forma, as instituições são protegidas por garantias institucionais, que visam

em primeiro lugar, assegurar a permanência da instituição, embargando-lhe a eventual supressão ou mutilação e preservando invariavelmente o mínimo de substantividade ou essencialidade; a saber, aquele cerne que não deve ser atingido nem violado, porquanto se tal acontecesse, implicaria já o perecimento do ente protegido.²¹²

Como mencionou Bonavides, a instituição tem um “cerne que não deve ser atingido ou violado”, pois isso a desconstituiria. É nesse sentido de perecimento dos institutos que se tem direcionado a doutrina quando argumenta pela relatividade deles: “o imprescindível reconhecimento da relatividade e historicidade dos institutos jurídicos demonstra que sob a sua aparente continuidade terminológica se ocultam radicais transformações semânticas.”²¹³

Importa destacar que as instituições “evoluem como tudo que é histórico, mas lentamente, dentro dos tempos próprios da marcha de cada agregado humano”, e deve “respeitar

²¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Almedina: Coimbra, 2003, p. 397.

²¹² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 542.

²¹³ MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 436.

os parâmetros básicos da inserção do homem na sociedade.” Isso porque “as instituições fornecem suporte objetivo ao desenvolvimento humano e social de uma sociedade.” A família, como instituto, “é o elemento fundamental de formação, desenvolvimento, estabilidade e continuidade dos seus membros e da sociedade.”²¹⁴

Entretanto, esse cerne objetivo das instituições foi abandonado. Pela jurisprudência do Supremo, é no aspecto subjetivo, no amor, que se pauta o conceito de família. Eis o voto do ministro Luiz Fux quando determina que “o que faz uma família é, sobretudo, o amor – não a mera afeição entre os indivíduos, mas o verdadeiro amor familiar, que estabelece relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os integrantes do grupo.”²¹⁵ Portanto, “a união homoafetiva também se inclui no conceito constitucionalmente adequado de família, merecendo a mesma proteção do Estado de Direito que a união entre pessoas de sexos opostos.”²¹⁶

A tendência dos tribunais é continuar a afirmar que “torna-se indiscutível reconhecer que o novo paradigma, no plano das relações familiares, após o advento da Constituição Federal de 1988, para fins de estabelecimento de direitos/deveres decorrentes do vínculo familiar, consolidou-se na existência e no reconhecimento do afeto.”²¹⁷

Seria razoável considerar a afetividade como base do Direito de Família ? Tem-se que “nem mesmo no tratamento clássico da família nem (e muito significativamente) nos mais modernos são suficientes a convivência ou a afetividade, ou ambas simultaneamente.”²¹⁸

Recordemos que não são as relações de afeto que interessam ao Direito, mas as consequências que advém delas. Diante disso, “o problema é que há muitas situações de convivência, de afetividade ou de convivência e de afetividade que nunca atraíram a atenção do Direito (...)”. Por isso, “o fato de que as pessoas vivam juntas, ou que se gostem, ou que se gostem e vivam juntas não parece suficiente por si só para justificar uma regulação tão densa como pode chamar o Direito de Família.”²¹⁹

Importa considerar que por mais que se argumente pela igualdade das relações homossexuais com as heterossexuais por ambas possuírem o afeto, permanece que não está

²¹⁴ ASCENSÃO José de Oliveira. **O casamento de pessoas do mesmo sexo**. Disponível em: <https://portal.oa.pt/upl/%7Bcb64c0c1-71d7-49f1-abae-bb2ee9af4ca4%7D.pdf>. Acesso em: 03 set. 2019. p.400.

²¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 4.277 DF. Relator: Ministro Ayres Britto, Brasília, DF, 05 mai. 2011. **Portal Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 12 set. 2019. p. 61.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 62.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 252.

²¹⁸ AGUIRRE, Carlos Martínez de. **¿Nuevos modelos de familia?** Disponível em: http://www.fert.es/fertinforma/wp-content/uploads/2014/11/Carlos-Mart%C3%ADnez_Conferencia-nuevos-modelos-de-familia.pdf. Acesso em: 03 set. 2019. p. 05. Tradução nossa.

²¹⁹ *Ibidem*, p. 06.

claro o que faz com que o Direito deva se preocupar com tanta intensidade por essa igualdade afetiva. A questão central é o que torna essas relações tão importantes que impulsionem o Direito a ocupar-se delas. Salvo os efeitos periféricos da afetividade em que se atribuem consequências jurídicas acidentais, o Direito não proíbe as pessoas de se relacionarem.²²⁰

Além disso, deve-se destacar que não só as relações homossexuais e heterossexuais não são iguais (e não se pode igualar o que é desigual), como também não é discriminatória a distinção entre elas. Querer enquadrar relações diversas como iguais reflete uma não observância de parâmetros lógicos. É certo que

o impedimento de casamento duplo para o bissexual ou o impedimento matrimonial existente para o casamento entre parentes próximos não é discriminatório. Não é discriminação impedir alguém que torce por um time A de participar de uma associação de torcedores do time B. Cada instituição (ou associação) admite participação de acordo com a sua natureza ou finalidade.²²¹

Então, quando o Direito se importa com a família, não é ao afeto que ele está protegendo. Sob outra perspectiva, pode-se afirmar que ao proteger o afeto o Direito de Família está a resguardar o elemento sexual procriador. “Na verdade ao falar de uma relação de afetividade está se querendo referir-se pudorosamente a mútua disponibilidade sexual.”²²²

A diversidade de sexos na família é condição de sua estrutura. Assim, “o que quer referir-se basicamente é a relação de afetividade que incorpora uma disponibilidade sexual, que é o que diferencia das outras relações de mera afetividade”. Em outros termos, essa disponibilidade sexual se refere à consequência natural: os filhos. Assim, “a família está ligada a subsistência da sociedade, e quando possibilita o nascimento de novos cidadãos, e oferece um marco adequado para seu desenvolvimento integral como pessoa e sua integração harmônica no corpo social.”²²³

Para a jurisprudência atual, são os sentimentos que regem os institutos jurídicos. Desta feita, é inseguro e instável que os sentimentos mantenham domínio sobre o Direito. Tão rapidamente mutável, o mundo dos afetos determina hoje os que se sentem família e em momento seguinte pode determinar os que não se sentem mais família.

²²⁰ AGUIRRE, Carlos Martínez de. **¿Nuevos modelos de familia?** Disponível em: http://www.fert.es/fertinforma/wp-content/uploads/2014/11/Carlos-Mart%C3%ADnez_Conferencia-nuevos-modelos-de-familia.pdf. Acesso em: 03 set. 2019. p. 06. Tradução nossa.

²²¹ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. A família como garantia constitucional na Constituição. In: **Democracia e direitos fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides**. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 382.

²²² AGUIRRE, Carlos Martínez de. *Opus Citatum*, p. 06, tradução nossa.

²²³ AGUIRRE, Carlos Martínez de. *Opus Citatum*, p. 06-07, tradução nossa.

Com efeito, pode-se constituir uma família por diversos interesses: afetivos, econômicos, sexuais, para manter aparência, por solidão, ou com intuito de fazer o outro feliz mediante compromisso expresso. Os motivos não interessam ao âmbito jurídico. Por isso, “não se pode dizer que a afetividade é a fonte da família, mas apenas que há uma relação frequente, mas não necessária, entre uma coisa e outra. Nem toda família advém do afeto e, por outro lado, há afeto onde não há família.”²²⁴ E assim, “está claro que a família é uma instituição de interesse social na medida em que, através dos filhos, possibilita a existência e socialização de novos cidadãos.”²²⁵

Por esse motivo, algumas relações jurídicas recebem tratamento jurídico. Não são todas que cabem regulação pelo Direito, somente as que oferecem grande relevância para a organização da sociedade e dos cidadãos.

Novamente, deve-se ressaltar que os indivíduos são livres para conduzir sua vida afetiva: “En ejercicio de su libertad, los ciudadanos pueden organizar su vida afectiva y de convivencia como prefieran, dentro de unos límites crecientemente amplios, de forma que al Derecho solo le quedaría reconocer y regular igualmente todas estas situaciones.”²²⁶

Às vezes a doutrina se refere de forma secundária aos afetos quando afirma que “o direito não pode exigir a prestação de afetos, mas pode exigir a prestação de comportamento a um estado afetivo do agente.”²²⁷ Há a afirmação de que o direito não se refere a afetos, mas deve conduzir os comportamentos direcionados a ele. Ainda assim, ela continua a considerar a dimensão subjetiva do indivíduo, tendo a afetividade sobrealçada de modo tangencial como se fosse o elemento motor das relações amorosas. O que interessa ao direito é a conduta. “(...) dizia-se que o evento que o Direito pode e deve regular, são condutas devidas. ‘Conduta’ exprime um comportamento voluntário, e vem do verbo ‘conduzir-se’. Ou seja, a ‘conduta’ não se confunde com ‘sentimento’ ou ‘afeto.’”²²⁸

As responsabilidades e deveres decorrentes da família, “(...) devem estar firmados sobre compromissos objetivos e não sobre sentimentos. O compromisso solene do casamento e

²²⁴ CORREIA, Atalá. Insuficiência da afetividade com critério de determinação da paternidade. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. v. 14, p. 335-366, Jan- Mar, 2018, p. 03.

²²⁵ AGUIRRE, Carlos Martínez de. **¿Nuevos modelos de familia?** Disponível em: http://www.fert.es/fertinforma/wp-content/uploads/2014/11/Carlos-Mart%C3%ADnez_Conferencia-nuevos-modelos-de-familia.pdf. Acesso em: 03 set. 2019, p.07. Tradução nossa.

²²⁶ *Ibidem*, p. 04.

²²⁷ SANTOS, Romualdo Baptista dos. **Direito e afetividade**: Estudo sobre as influências dos aspectos afetivos nas relações jurídicas. 2009. Dissertação (Mestrado). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

²²⁸ PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge; OLIVEIRA NETO, José Weidson de. (In)viabilidade do princípio da afetividade. **Universitas JUS**, v. 27, n. 2, p. 113-125, 2016. p. 122.

o dever de auxílio mútuo geram a responsabilidade dos cônjuges, que não pode ser entendida como mero sentimento de responsabilidade.”²²⁹

É através da manifestação de vontade é condição para a estabilidade das relações jurídicas:

Com todas essas considerações, é possível perceber que o afeto não dá substrato fático à existência de situações jurídicas de direito de família. De nada vale se não for expresso. Não é a vontade ou o afeto, mas sua declaração que vincula. Na ausência de manifestações expressas, o comportamento social típico dá embasamento à família.²³⁰

Se o direito não tivesse previamente determinado que há necessidade de manifestação de vontade, toda a rapidez observada hoje na dinâmica dos relacionamentos afetivos iria tornar o mundo jurídico um caos.

Ressalte-se como elemento mais importante do Direito de Família não os sentimentos, existentes ou não, mas a conduta expressada no compromisso. Ademais, “deve-se desconfiar que haja pessoas que começam ou mantêm relacionamentos familiares por simples conveniência e, se aí não existe afeto, há de se questionar qual o tratamento jurídico que essas relações devem merecer.”²³¹

Conclui-se que a família é instituto jurídico que merece proteção por ser o âmbito de desenvolvimento, instrumento para perpetuação da espécie, sendo estimada para o Direito. É de fato

base da sociedade, como diz a CF em seu art. 226 e, por isso, credoras de especial proteção do Estado. Assim sendo, apesar de as relações familiares serem, habitualmente, carregadas de afetividade, não foi por isso que o Direito estatuiu benefícios à família. A motivação, historicamente comprovada, da regulação de determinadas relações, deu-se em razão de sua importância social. Em nenhuma época o Estado concedeu o status de família a categorias de relação que não traduziam interesses objetivos. Para o Direito, a família não se reduz a um emaranhado de afetos.²³²

Na estrutura das relações de família “é possível perceber que o afeto não dá substrato fático à existência de situações jurídicas de direito de família. (...) Não é a vontade ou o afeto, mas sua declaração que vincula. Na ausência de manifestações expressas, o comportamento social típico dá embasamento à família.”²³³

²²⁹ MORAU, Caio Chaves. **Casamento e afetividade no Direito Brasileiro: uma análise histórico-comparativa**. 2017. Dissertação. (Mestrado em Direito Civil). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

²³⁰ CORREIA, Atalá. Insuficiência da afetividade como critério de determinação da paternidade. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. v. 14, p. 335-366, jan./mar. 2018, p. 04.

²³¹ *Ibidem*, p.03.

²³² PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge. Da afetividade à efetividade do amor nas relações de família. In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (Coord.). **Afeto e estruturas familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 57-78

²³³ CORREIA, Atalá. *Opus Citatum*, p. 04.

2.2.4 A análise da responsabilidade em detrimento do afeto nas relações jurídicas

Nas relações jurídicas há aspectos objetivos que devem ser considerados independente da condição afetiva entre as partes. A obrigação jurídica se estabelece por critérios lógicos presumidos na relação. Mesmo que haja ou não afeto, tal condição é indiferente, pois espera-se que certas condutas, caso não cumpridas, acarretem em responsabilidade. Seguem alguns exemplos para evidenciar que o afeto é irrelevante quando se refere a obrigações jurídicas.

a) Dever alimentar

Os alimentos têm a finalidade de suprir as necessidades básicas de quem os pleiteia. O artigo 1.694 do Código Civil determina que os alimentos são devidos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento. São estabelecidos na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada, representados pelo binômio necessidade-possibilidade.

A obrigação de prestar alimentos é devida “a certas pessoas ligadas pelo vínculo de família, que estejam em determinadas condições, consistindo na prestação do necessário ao sustento de quem o necessita, sem que o direito correspondente seja correlato a um dever inerente ao estado de cônjuge, ou de pai.”²³⁴

Os pressupostos essenciais para a obrigação de prestar alimentos são: a) existência de companheirismo, vínculo de parentesco ou conjugal entre o alimentando e o alimentante; b) necessidade do alimentando; c) possibilidade econômica do alimentante; d) proporcionalidade, na sua fixação, entre as necessidades do alimentário e os recursos econômico- financeiros do alimentante.²³⁵

Não há entre os pressupostos a menção à afetividade.

A obrigação de prestar alimentos decorre da lei e não se cogita a hipótese de isenção de prestação alimentícia por não haver afeto na relação. Nesse sentido, não só na questão alimentícia, como também nas relações obrigacionais, se verifica a conduta objetivamente, sendo irrelevante o aspecto subjetivo.

²³⁴ GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 428-429.

²³⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. v. 5. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 641-642.

Rizzardo afirma que “as razões que obrigam a sustentar os parentes e a dar assistência ao cônjuge transcendem as simples justificativas morais ou sentimentais, encontrando sua origem no próprio direito natural.”²³⁶

Inaceitável é qualquer argumentação sobre o que ocorre no aspecto subjetivo das partes. Seja dissabor ou a disposição do pagador, tal aspecto não é invocado na arbitração dos alimentos. Seja o filho indesejado, seja a ex-esposa odiada, é determinante o pagamento da pensão não importando os sentimentos.

Correia afirma que “do mesmo modo, ninguém postula, por certo, que o pai biológico deva desobrigar-se dos alimentos por jamais ter amado seu filho. Isso significa que, para fins de alimentos, é irrelevante qualquer avaliação sobre a situação de afeto entre as partes.”²³⁷

Se fosse possível invocar a afetividade no Direito, seria possível eximir da responsabilidade com o indicativo: não há mais afeto. No entanto, tal hipótese não se coaduna, pois as relações de família não se podem basear tão somente no afeto, mas no compromisso que decorre dele.

a.1 Obrigação de pagar pensão alimentícia ao ex-cônjuge.

Na determinação de pensão, se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los em valor fixado pelo juiz. Os alimentos devidos entre os ex-cônjuges têm caráter excepcional, evidenciando-a apenas quando configurada a dependência do outro ou a carência de assistência alheia. O intuito é que tenha caráter transitório, possibilitando a reinserção do cônjuge no mercado de trabalho e evitando a ociosidade. No entanto, há previsão do Superior Tribunal de Justiça que no caso de incapacidade laborativa ou impossibilidade no mercado de trabalho, a pensão pode ser mantida.

Cita-se julgado:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS. EX-CÔNJUGE. MANUTENÇÃO DA PENSÃO ALIMENTÍCIA. SÚMULA 7 DO STJ. RECURSO NÃO PROVIDO.

O STJ possui entendimento no sentido de que os alimentos devidos entre ex-cônjuges têm caráter excepcional e transitório, salvo quando presente a incapacidade laborativa ou a impossibilidade de inserção no mercado de trabalho. 2. No caso dos autos, o Tribunal de origem concluiu pela manutenção da pensão alimentícia, uma vez que não há evidência de que a ex-mulher possa se manter com o próprio trabalho, alegando alteração cardíaca e dores no joelho, e não há prova de que vem exercendo trabalho informal, restando, assim, confirmada a necessidade de continuidade da prestação alimentícia. Entender que a ora agravada não comprovou a impossibilidade de prover

²³⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 666.

²³⁷ CORREIA, Atalá. Insuficiência da afetividade com critério de determinação da paternidade. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. v. 14, p. 335-366, jan/mar, 2018. p. 03.

sua própria subsistência e, conseqüentemente concluir pela exoneração do dever de prestar alimentos, demandaria a incursão no acervo fático-probatório, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ. 3. Agravo interno não provido.²³⁸

Se os sentimentos fossem determinantes para o Direito, certamente a alegação de que não se tem mais afeto pelo ex-cônjuge seria suficiente para eximi-lo da obrigação de pagar pensão. Mas mesmo tendo ressentimentos e mágoas, persistirá a necessidade do cumprimento da prestação alimentar.

Nessa esteira, ainda na relação entre os ex-cônjuges, no momento do divórcio não se analisa mais a culpa, mas se esta tem importância na determinação da pensão alimentícia. O Código Civil no artigo 1.566 estabelece como deveres dos cônjuges a fidelidade recíproca, a vida em comum, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos, respeito e consideração mútuos. Ocorrendo o divórcio pela não observância de algum dos deveres, acarreta ao cônjuge culpado a perda do direito a alimentos.

Mesmo havendo culpa pelo descumprimento dos deveres conjugais pelo ex-cônjuge que vier a necessitar de alimentos e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência - são estes os termos do artigo 1.694, § 2º do Código Civil.

Nesse segundo caso, é ainda mais evidente a desconsideração dos afetos: o cônjuge considerado “inocente” será obrigado a pagar pensão ao ex-cônjuge “culpado” no valor mínimo para sobreviver. A depender das circunstâncias do caso concreto, pode ser visto como um insulto ao ex-cônjuge pagar alimentos, mesmo que seja o indispensável, ao outro que violou um dever conjugal. Se aqui o desafeto é irrelevante, por que então os afetos seriam relevantes para alterar toda uma legislação e estabelecer “direitos”?

b) Adoção

A adoção é “ato judicial pelo qual, observados os requisitos legais, se estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente lhe é estranha.”²³⁹

²³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma . Agravo interno no Recurso Especial nº 1315051 SP (2018/ 0153248-8) , Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 13 nov. 2018. **Jusbrasil**. [Brasília, DF]. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/652034014/agravo-interno-no-agravo-em-recurso-especial-agint-no-aresp-1315051-sp-2018-0153248-8/inteiro-teor-652034029?ref=juris-tabs>. Acesso: 07 set. 2019.

²³⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. v 5. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 567.

A partir da Constituição Federal de 1988, para a realização da adoção é necessário um processo judicial disciplinado no Código Civil e no Estatuto da Criança e Adolescente. É frequente na sociedade brasileira a adoção sem que se realize os procedimentos legais, configurando a “adoção a brasileira”, quando o casal ou um dos pais registra o recém-nascido como próprio, muitas vezes de acordo com a mãe biológica.

Os principais requisitos exigidos pela lei para a adoção são: 1) idade mínima de 18 anos para o adotante (Lei nº 8.060/90, art. 42); 2) diferença de pelo menos 16 anos entre o adotante e o adotado (Lei nº 8.060/90, art. 42, § 3º); 3) consentimento dos pais ou dos representantes legais e da criança com mais de 12 anos (Lei nº 8.060/90, art. 45 e 28, § 2º); 4) processo judicial com intervenção do Ministério Público (Lei nº 8.060/90, art. 47); 5) estágio de convivência com o adotando (Lei nº 8.060/90, art. 46).

Em linhas gerais, percebe-se a observância de requisitos objetivos para a realização da adoção. Com efeito, o estágio de convivência é necessário para que configure o vínculo do adotante e do adotando, que pode ocasionalmente não se estabelecer e não vir a ocorrer a adoção. A lei não analisa a afetividade entre eles. Em que pese a jurisprudência ter ressaltado na adoção a socioafetividade, nada consta em suas linhas processuais.²⁴⁰ O estágio de convivência se concretiza com a reafirmação da vontade no estabelecimento da adoção.

Ademais, Correia pressupõe que a vontade é indispensável, não se podendo afirmar em socioafetividade sem que anteceda a vontade: “não há socioafetividade imposta contra vontade. Vê-se que o recurso à ideia de afeto, num sentido objetivo ou subjetivo, tem mero caráter argumentativo, pois não explica, por si só, a realidade jurídica das relações familiares.”²⁴¹

²⁴⁰ Há uma constante menção à socioafetividade na jurisprudência brasileira. Julgado em que faz menção a adoção a brasileira sobrepondo o vínculo socioafetivo sobre o biológico: Direito de família. Ação negatória de paternidade. Exame de DNA negativo. Reconhecimento de paternidade socioafetiva. Improcedência do pedido. 1. Em conformidade com os princípios do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, o êxito em ação negatória de paternidade depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetivas e edificado na convivência familiar. Vale dizer que a pretensão voltada à impugnação da paternidade não pode prosperar, quando fundada apenas na origem genética, mas em aberto conflito com a paternidade socioafetiva. 2. No caso, as instâncias ordinárias reconheceram a paternidade socioafetiva (ou a posse do estado de filiação), desde sempre existente entre o autor e as requeridas. Assim, se a declaração realizada pelo autor por ocasião do registro foi uma inverdade no que concerne à origem genética, certamente não o foi no que toca ao desígnio de estabelecer com as então infantes vínculos afetivos próprios do estado de filho, verdade em si bastante à manutenção do registro de nascimento e ao afastamento da alegação de falsidade ou erro. 3. Recurso Especial não provido (STJ. REsp. 1.059.214. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., unânime, j. em 16.2.2012)

²⁴¹ CORREIA, Atalá. Insuficiência da afetividade com critério de determinação da paternidade. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. v. 14, p. 335-366, jan./mar, 2018, p. 07.

Assim, as relações familiares, dentre elas a adoção, dizem respeito à vontade manifestada em conduta. Esta - a conduta - é de alcance do Direito e é através dela que se encontra o âmbito de atuação da norma, do que é lícito ou ilícito.

c) Impedimento matrimonial

O matrimônio é disciplinado pelo Código Civil com a exigência de condições indispensáveis à existência e validade jurídica. Gonçalves disciplina que “para que o casamento tenha existência jurídica, é necessária a presença dos elementos denominados essenciais: diferença de sexo, consentimento e celebração na forma da lei. Para que seja válido e regular, deve preencher outras condições.”²⁴²

Para que o casamento seja válido, é necessário a obediência aos impedimentos matrimoniais dispostos no artigo 1.521 do Código Civil. Assim, não podem casar: I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II - os afins em linha reta; III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V - o adotado com o filho do adotante; VI - as pessoas casadas; VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Com efeito, o intuito do legislador “foi evitar uniões que afetem a prole, a ordem moral ou pública, por representarem um agravo ao direito dos nubentes, ou aos interesses de terceiros, tal a influência que exerce o matrimônio nas relações familiares e em toda esfera social.”²⁴³

As relações incestuosas de ascendente com descendente e entre irmãos são proibidas. Proibição de aspecto moral que “repugna qualquer aproximação sexual entre parentes tão chegados.”²⁴⁴ No mesmo sentido, o impedimento decorrente da adoção “constituem natural decorrência da confiança e do respeito que devem reinar no seio da família.”²⁴⁵ Por ser reprodução da família natural, reproduz-se o respeito à moralidade familiar.

Ora, por mais que exista afeto entre as pessoas disciplinadas no dispositivo legal, este sentimento é indiferente para o direito. É proibido que contraiam matrimônio. “Talvez

²⁴² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**, v. 6. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 68.

²⁴³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. v. 5. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 81.

²⁴⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 50.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 52.

possa haver afeto em relações estáveis incestuosas, mas nem se vê aí a configuração jurídica de família.”²⁴⁶

Também o impedimento de pessoas casadas deve ser obedecido, ademais “a monogamia constitui a forma mais natural de aproximação sexual na raça humana.”²⁴⁷ Em referência à monogamia, Clóvis cita que “é o modo de união conjugal mais puro, mais conforme aos fins culturais da sociedade e mais apropriado à conservação individual.”²⁴⁸

Nenhum genro pode casar com a sogra porque a lei proíbe, ainda que haja afeto. As pessoas casadas não podem casar com outras, mesmo que todas estejam de acordo. Uma adotanda não pode casar com o adotado ainda que haja o desejo entre eles. Independente dos motivos da proibição, seja por questões biológicas ou morais, o ordenamento rechaça a união das pessoas disciplinadas na lei. Não dispõe de qualquer exceção para eventual configuração de afeto.

Desta feita, questiona-se por quais motivos se alega demasiadamente a ideia do afeto como fundamento a direitos que o legislador não quis proteger. O que se deseja relembrar nesse tópico é que há no Código Civil relações de família que são consideradas no seu aspecto objetivo, e não cabe qualquer argumento de afetividade para que sejam desconfiguradas.

d) Proibição de menores contraírem matrimônio

Nosso ordenamento proíbe o casamento de menores de 16 anos no Brasil. Havia duas exceções antes: em o caso de gravidez e para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal, condições extintas com a Lei nº 13.811/2019. Permanece a hipótese de autorização dos pais ou responsáveis para consentir no casamento dos menores em idade núbil. Nesse mesmo caso novamente não se considera a relação de afetividade entre os menores como razão para permitir o casamento entre eles. “Conquanto a capacidade de afeto seja inata ao ser humano, não é por isso que se deve aceitar casamento a envolver crianças e adolescentes.”²⁴⁹

e) No dano moral

Outro aspecto que se poderia argumentar que o Direito se importa com a dimensão afetiva do ser humano seria o dano moral.

²⁴⁶ CORREIA, Atalá. Insuficiência da afetividade com critério de determinação da paternidade. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. v. 14, p. 335-366, jan/mar, 2018, p. 03.

²⁴⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 53.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 53.

²⁴⁹ CORREIA, Atalá. *Opus Citatum*, p. 03.

O dano moral é a lesão aos direitos da personalidade, dentre eles a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, em que não há um prejuízo patrimonial. Para Orlando Gomes, “o dano é imaterial quando se verifica em bem jurídico insuscetível de apreciação econômica, como, por exemplo, quando são lesados direitos personalíssimos.”²⁵⁰

A Constituição Federal estabelece no artigo 5, V que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.” No inciso X do mesmo artigo da Constituição Federal, determina que são invioláveis “a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem pessoa.”

Ressalta-se que não é dano moral o

mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo.²⁵¹

O enunciado nº 444 da V jornada de Direito Civil determina que “o dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento.” Não se trata de apagar a dor ou o sentimento, mas compensar os males que atingiram o sofredor. O dano moral é a lesão à personalidade, compensado em indenização. Assim, por mais que exista um sentimento de dor pela violação a um bem protegido, ao direito só é possível averiguar o eventual dano na medida em que se analisa a conduta que o gerou.

Resta aqui evidente uma dor presumida, mas que só é averiguável pelo alcance da conduta produzida. Um exemplo corriqueiro de dano moral é a inclusão indevida no cadastro de inadimplentes. Ora, não se sabe ao certo os possíveis afetos que ocasionaram no sujeito, mas a mera conduta é capaz de configurar o dano. A presença de sentimentos desagradáveis é certa no dano moral, mas não são a eles que o Direito se atém, mas à ação lesiva.

Somente se pode falar de dano moral quando “oriundo de uma ofensa a um bem material, ou dano patrimonial indireto, que decorre de evento que lesa direito da personalidade ou extrapatrimonial, como, p.ex., à vida, à saúde, provocando também um prejuízo patrimonial, como incapacidade para o trabalho, despesas para o tratamento.”²⁵²

²⁵⁰ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 63.

²⁵¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 87.

²⁵² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**, volume 7. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 109-110.

Assim, podemos afirmar que “o direito não repara qualquer padecimento, dor ou aflição, mas aqueles que forem decorrentes da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente.”²⁵³

Há divergências quanto à configuração de dano moral aos incapazes. Firma-se o entendimento que deve ser configurado pois o “dano não é considerado como a reparação do sentimento, mas como uma indenização objetiva de um bem jurídico violado.”²⁵⁴ A ofensa aos direitos da personalidade, independentemente da incapacidade para os atos da vida civil, assegura a configuração do dano moral. Não se pode deixar de admitir questões objetivas na ocorrência de dano moral aos incapazes, como uma lesão ao corpo, amputação de um membro, perda de um ente. Impossível de averiguar é a dimensão da repercussão que ocorre interiormente no sujeito. A maior ou menor dor não há como ser constatada individualmente pois o que configura o dano moral é o ilícito decorrente de uma violação de um dever.

A dimensão afetiva não é considerada diretamente, como determinante, pois não cabe ao Direito essa seara. Aspectos que tangenciam podem ser considerados à medida que observados objetivamente no Direito, devendo ser relevados.

f) A emoção e a paixão no Direito Penal

O Direito Penal se pauta na conduta humana, normatizando comportamentos que constituem o ordenamento punitivo. Percebe-se inicialmente que no *inter criminis* os atos interiores não são capazes de serem punidos simplesmente por não ter havido lesão ao bem jurídico. No cometimento de uma infração, a emoção e a paixão são consideradas na medida que externalizadas na conduta criminosa. Tanto é que no artigo 65 do Código Penal elas se tornam circunstâncias que sempre atenuam a pena do agente que comete crime por influência de violenta emoção seguida de injusta provocação da vítima.

Do mesmo modo, no crime de homicídio, é causa de diminuição de pena se o agente comete o crime sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima. Ainda assim, a emoção e a paixão não excluem a imputabilidade penal. O agente responderá pelo crime, sendo-lhe atribuída a autoria e conseqüente responsabilidade.

²⁵³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: responsabilidade civil, volume 7. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 111.

²⁵⁴ *Idem*, O problema da liquidação do dano moral e o dos critérios para a fixação do “quantum” indenizatório. In: DINIZ, Maria Helena (org.). **Atualidades Jurídicas**, v.2, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 252.

A emoção e paixão são sempre causas que diminuem as consequências do crime. Isso decorre de serem sentimentos os quais o agente não foi capaz de dominar, e por sua própria conduta deve responder.

Se tivesse controle sobre os afetos, talvez evitasse tais condutas.

Verifica-se, então, que a interferência do Direito somente ocorre quando as condutas são exteriorizadas, com conseqüente violação de bem alheio.

3 A (DES) CONSIDERAÇÃO DA AFETIVIDADE COMO NORMA E COMO PRINCÍPIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

A lei é certa medida e regra dos atos, segundo a qual alguém é induzido a agir ou a deixar de fazê-lo: lei vem de ligar, porque “ob-ligar”, quer dizer, obrigar a agir. Mas a regra e medida dos atos humanos é a razão, que é princípio dos atos: é próprio da razão ordenar ao fim, que é o primeiro princípio nas ações.

Tomás de Aquino²⁵⁵

Neste capítulo, desenvolver-se-á, em um primeiro momento, a análise da afetividade como norma e quais as considerações a respeito dessa tipificação. Em sequência, em um segundo momento, desenvolver-se-á a hipótese da afetividade como princípio e as suas consequências.

3.1 A afetividade como norma

Inicialmente, importa considerar os conceitos de norma jurídica trazidos pelos doutrinadores, procurando ressaltar a estrutura que a compõe. Destaca-se a ênfase na norma pois é elemento estrutural do Direito. A partir do conhecimento desse núcleo estruturante, prossegue-se para possibilidade de enquadrar a afetividade como parte desse núcleo em uma verdadeira adequação de uma com a outra.

Desde a Antiguidade até o século passado, o termo “lei” era usado para se referir às regras ou normas de Direito. A palavra “lei” foi tomando vários sentidos. Em um sentido geral, a lei significou o mesmo que norma ou regra de direito, abrangendo a *lex publica* (a norma do poder público) e a *lex privata* (norma procedente do contrato). Em sentido mais estrito, “lei” foi usada como norma procedente dos órgãos do poder público, seja escrita ou não escrita (consuetudinárias). Em um sentido principal, a palavra “lei” denominou a norma escrita dada pelo poder público, diferenciando-a da *lex privata* e dos costumes. Para os clássicos, o termo “lei” referiu-se primordialmente à norma da conduta humana.²⁵⁶

Na contemporaneidade, pouco se atém ao conceito da norma e mais se discorre sobre as diferenças entre princípios e regras. Limita-se a entender a norma como gênero, do qual são espécies os princípios e as regras. Restringe-se ao entendimento de que “tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser.”²⁵⁷ Dentro do parâmetro

²⁵⁵ TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 91, a.1.

²⁵⁶ HERVADA, Javier. *Lições propedêuticas de filosofia do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 210-211.

²⁵⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87.

da contemporaneidade, as diferenciações entre princípios e regras são mais importantes do que o conceito de norma em si mesmo.

Para fins dessa dissertação, abordar-se-á o conceito de norma buscando identificá-la como elemento estruturante do Direito, condição necessária para o entendimento da afetividade como possibilidade de norma jurídica.

3.1.1 A estrutura da norma jurídica e suas características para a consideração dos afetos

O Direito é um fenômeno social. Ao viver em sociedade, o homem se conscientiza da necessidade de uma ordem jurídica, estabelecendo normas de convivência. Observa-se a natureza e a partir dela extraem-se as normas. Desta feita, “antes do mundo jurídico, existe o mundo da natureza. O mundo da natureza, na maior parte das vezes, fornece a matéria prima ou suporte fático com que trabalha o cultor do mundo jurídico.”²⁵⁸ Pode-se afirmar que “o cientista observa os fenômenos da natureza e constata sua repetição ou regularidade. Feita essa constatação, o cientista elabora uma norma ou lei científica. Desse modo, temos que lei científica descreve a normalidade, e a norma jurídica prescreve a normalidade.”²⁵⁹

Há várias classificações de espécies de norma. As normas de conduta disciplinam “o comportamento dos indivíduos, ou as atividades dos grupos e entidades sociais em geral.”²⁶⁰ Há normas de organização, que “possuem um caráter instrumental, visando à estrutura e funcionamento de órgãos, ou a disciplina de processos técnicos de identificação e aplicação de normas, a fim de assegurar uma convivência juridicamente ordenada.”²⁶¹ Há as normas programáticas, que são aquelas que consubstanciam programas e diretrizes para a atuação do Poder Público.

Na busca de definir o elemento estruturante da norma, há propostas jurídicas que discorrem sobre o ser da norma jurídica.

Em um panorama clássico, a norma tem como ponto fundamental a imperatividade. A função de determinar como ordem a conduta dos destinatários é característica essencial da norma jurídica. Hervada dispõe que na doutrina clássica “a norma jurídica, afirma-se, é um *iussum*, um ato de comando, de modo que a imperatividade é entendida como característica

²⁵⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. **Primeira lições de direito**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995, p. 57.

²⁵⁹ BIITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p.648.

²⁶⁰ REALE, Miguel. **Lições preliminares do direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 96 - 97.

²⁶¹ *Ibidem*, p. 97.

essencial da norma jurídica.” Assim, “essa tese parte de duas suposições: a norma jurídica tem sua origem no poder- é o ato de mandar- e é uma regra dos atos humanos.”²⁶²

Na visão kelseniana, a norma jurídica é um juízo hipotético. O Direito é sinônimo de norma. Ao procurar definir uma teoria para o Direito, considerou necessária a exclusão de elementos políticos, econômicos, culturais, sociológicos, metafísicos, lógicos, que viessem a contaminar a pureza do Direito. Kelsen estabeleceu conceitos *a priori* através de conceitos lógico-transcendentais kantianos. Para ele, o *ser* e o *dever-ser* são categorias pelas quais é possível distinguir a realidade e o Direito. De forma mais precisa, o *ser* se refere a tudo o que não é jurídico, enquanto o *dever-ser* pertence ao que é jurídico.

No mundo do *ser*, a natureza dos sistemas é interligada pelo princípio da causalidade, ou seja, pela causa e efeito evidenciadas na fórmula “quando é A, B também é (ou será)”. Já no mundo do *dever-ser*, situa-se a conduta humana regida pelo princípio da imputação, em que a relação é “quando é A, B deve ser”.

Kelsen estabelece a norma como um *dever-ser* de premissas lógico-formais em que prevê uma sanção caso a conduta prescritiva não seja observada. A norma primária é a sanção em contraste com a norma secundária, que é a prestação. Assim, não cumprida a prestação, deve ser imposta a sanção. Assim, em uma visão kelseniana, a função do Direito é regular conduta em uma equação de juízo hipotético. Diz o jurista: “quando alguém comete um crime, deve ser punido; quando alguém não paga o que deve, deve ser executado o seu patrimônio.”²⁶³

Dessa forma, o ponto central é a conduta humana como objeto das ciências jurídicas. “As normas de uma ordem jurídica regulam a conduta humana.”²⁶⁴ Mais precisamente, Kelsen determinou que seria “a conduta de um indivíduo enquanto esta se refere - imediata e mediata - a um outro indivíduo. É a conduta de um indivíduo em face de um, vários ou todos os outros indivíduos, a conduta recíproca dos indivíduos, que constitui o objeto desta regulamentação.”²⁶⁵ Assim, o Direito “(...) é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano. Com o termo ‘norma’ se quer significar que algo deve ser ou acontecer, especialmente que um homem se deve conduzir de determinada maneira.”²⁶⁶ Com perspectiva na ação humana, cabe enfatizar “o que as normas

²⁶² HERVADA, Javier. **Lições propedêuticas de filosofia do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 221.

²⁶³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1988. Disponível em: <https://portalconservador.com/livros/Hans-Kelsen-Teoria-Pura-do-Direito.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2019, p. 64.

²⁶⁴ *Ibidem*, p. 22.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 22.

²⁶⁶ *Ibidem*, p. 04.

de um ordenamento regulam é sempre uma conduta humana, pois apenas a conduta humana é regulável através das normas.”²⁶⁷

Em um panorama que possui semelhanças com Kelsen, Cossio identificou a norma como juízo disjuntivo. Isso vai além da identificação do Direito com a Norma segundo Kelsen – aqui, o Direito se identifica com a conduta humana. O Direito é dado da experiência, da realidade, considerando a dimensão social da conduta humana em determinado tempo e espaço. Cossio caracteriza sua teoria com base na teoria dos objetos, na lógica do *dever-ser* de Kelsen e na influência de Husserl da ideia do tempo existencial. De forma que “as raízes ideológicas de Cossio vão encontrar-se na fenomenologia, na filosofia dos valores e no existencialismo e, especialmente, em matéria jurídica, na teoria pura do direito de Kelsen.”²⁶⁸

Cossio utiliza da teoria dos objetos que podem ser identificados como objetos ideais (são irreais, não se dão na experiência e são neutros de valor); os objetos naturais (são reais, se dão na experiência e são neutros ao valor); os objetos culturais (são reais, estão na experiência, são positivos ou negativamente valiosos); os objetos metafísicos (tem existência real, não estão na experiência sensível e são valiosos positiva ou negativamente).²⁶⁹ O Direito, portanto, é situado como um objeto cultural, consistindo em conduta humana em interferência intersubjetiva.

A partir do reconhecimento da lógica do *dever-ser*, já elaborada por Kelsen, Cossio propõe a estrutura lógica da norma em um juízo disjuntivo. A partir do juízo hipotético, “dado A, deve ser B”, a formulação egológica da norma de Cossio é representada em duas partes: “‘dado a situação, deve ser a prestação’ ou ‘dado a não prestação deve ser a sanção’”. A proposição de Cossio une em uma norma as hipóteses da conduta lícita e ilícita. Se lícita, deve ser respeitada; se ilícita, deve-se exigir a sanção.

Por conseguinte, os dois juízos hipotéticos formam um enunciado que é o juízo disjuntivo. As duas partes da norma são chamadas de perinorma e endonorma. Assim, “em sua expressão disjuntiva, a norma projeta e esgota as possibilidades da conduta jurídica, que há de ser, forçosamente, lícita ou ilícita. A endonorma é o juízo hipotético da conduta lícita e a perinorma, o da conduta ilícita.”²⁷⁰ Na lógica disjuntiva, primeiramente verifica-se a prestação e depois a não prestação - no último caso, poderá ser aplicada a sanção.

²⁶⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1988. Disponível em: <https://portalconservador.com/livros/Hans-Kelsen-Teoria-Pura-do-Direito.pdf> . Acesso em: 12 nov. 2019, p. 10.

²⁶⁸ MACHADO NETO, Antônio Luís. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 1988, p. 51.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 51.

²⁷⁰ VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 90.

Na visão de Bobbio, a norma pode ser entendida como uma proposição prescritiva. Ele considera a norma na sua estrutura formal, ou seja, independentemente do seu conteúdo. Toda norma apresenta problemas estruturais que são formulados e resolvidos sem atentar para o conteúdo, posto que a norma possui uma estrutura lógico - linguística que pode ser preenchida com os mais diversos conteúdos.²⁷¹ Logo, a norma jurídica é uma proposição, pois expressa-se por um conjunto de palavras que possui um significado em sua unidade. E é prescritiva, pois “consiste em dar comandos, conselhos, recomendações, advertências, influenciar o comportamento alheio e modificá-lo, em suma, no *fazer fazer*.”²⁷²

Além disso, Bobbio estabelece que toda norma jurídica pode ser submetida a três valorações distintas: a justiça, a eficácia e a validade. Estas valorações são independentes entre si. A análise da justiça corresponde à verificação da norma aos seus valores últimos e finais que inspiram um ordenamento jurídico. A norma justa é aquela apta a realizar os valores jurídicos, é aquela que deve ser, enquanto a norma injusta é aquela que não deveria ser. Pensar o problema da justiça corresponde a um problema deontológico do direito. A validade da norma é a verificação da existência da regra enquanto tal, isto é, a validade se resolve com um juízo de fato. Constatar a validade corresponde à existência dessa norma como regra. Para isso, necessitará averiguar se emana de um poder legítimo, se não foi ab-rogada por outra norma, se é compatível com as outras normas do sistema. O problema da validade da norma se refere ao problema ontológico. Por fim, a questão da eficácia se refere à norma ser ou não seguida pelas pessoas a quem é dirigida, representando o problema fenomenológico do direito.²⁷³

Em Reale, para entender a norma importa antes considerar a bilateralidade atributiva do direito. A relação jurídica objetiva que liga dois ou mais seres e lhes confere e garante, de maneira recíproca ou não, pretensões e competências é o que se denomina de bilateralidade atributiva. Em outros termos, é quando “duas ou mais pessoas se relacionam segundo uma proposição objetiva que as autoriza a pretender ou a fazer garantidamente algo.”²⁷⁴ Assim, quando a conduta de uma das partes falha, é facultado à outra parte exigir. Desta exigibilidade decorre a coercibilidade.²⁷⁵ De modo que, “o Direito é coercível, porque é exigível, e é exigível porque é bilateral atributivo.”²⁷⁶

²⁷¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2003. p. 69.

²⁷² *Ibidem*, p. 78.

²⁷³ *Ibidem*, p. 45-48.

²⁷⁴ REALE, Miguel. **Lições preliminares do Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 51.

²⁷⁵ *Idem*, **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 692.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 692.

Dá-se enfoque à sua estrutura binária e o liame jurídico entre os sujeitos de direito garante a certeza e a segurança da exigibilidade devida das prestações e contraprestações, sempre dotada de reciprocidade. É necessário enfatizar que a bilateralidade atributiva “dá-nos a razão de ser do Direito e de sua especificidade exatamente porque se situa em um plano axiológico objetivo em relação aos sujeitos da relação, insuscetível, como tal, de ser reduzido a prismas subjetivos variáveis.”²⁷⁷

Ademais, Reale discorre sobre a norma como sendo elemento nuclear do Direito. Como célula do organismo jurídico, ela apresenta conseqüentemente as mesmas características apontadas, quais sejam: natureza objetiva ou heterônoma e a exigibilidade ou obrigatoriedade.²⁷⁸

A norma é possuidora de uma estrutura lógico-formal, representada por uma proposição hipotética, expressada no já mencionado esquema “Se F é, C deve ser” de Kelsen. No entanto, não é só isso: há regras sobre organização dos poderes, regras que estruturam os órgãos e distribuem competência, bem como as que disciplinam, modificam e aplicam outras normas que não são caracterizadas por juízos hipotéticos.²⁷⁹ Então “o que efetivamente caracteriza uma norma jurídica, de qualquer espécie, é o fato de ser uma estrutura proposicional enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória.”²⁸⁰

Essa estrutura proposicional segue uma dimensão tridimensional: além da formulação hipotética, há uma “base fática e seus objetivos axiológicos: fato, valor e forma lógica”, que dão plenitude à estrutura lógico-fático-axiológica da norma jurídica. Determinado fato é valorado pelo Direito representando uma norma jurídica. Em outros termos, a norma é a síntese integrante de fatos ordenados segundo distintos valores.²⁸¹

Hervada dispõe que toda norma tem duas funções. Deve primeiro constituir direitos ao atribuir funções, repartir coisas, conceder poderes e faculdade etc., configurando a norma como causa do direito. A segunda função da norma em relação ao direito consiste em regulá-lo, estabelecendo sua delimitação, requisitos, pressupostos e condições para seu uso e exercício. É então a norma causa e medida do direito.²⁸² Buscou o autor um conceito em que “todas as

²⁷⁷ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 697.

²⁷⁸ *Idem*, **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 93.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 95.

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 95.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 67.

²⁸² HERVADA, Javier. **Lições propedêuticas de filosofia do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 218.

normas jurídicas são redutíveis ao que todas elas tem em comum”²⁸³, delimitando a identificação do elemento que pertença a todas as normas.

Hervada destaca ainda a presença de duas naturezas de norma: as constitutivas e as reguladoras. As normas constitutivas são atos que comunicam um conteúdo de império ou de domínio, enquanto que as normas reguladoras são atos do poder de regulamento de condutas. Por conseguinte, “a norma jurídica é, então, estrutura da vida social e, enquanto estrutura, é uma ordenação, pois estabelece uma ordem.”²⁸⁴ Isto posto, a estrutura refere-se à distribuição ou disposição ordenada de alguns elementos em função do todo - mais especificamente, é o conjunto das partes disposto ordenadamente formando um todo. “Por consequência, por ser a norma jurídica um fator estruturante da vida social, tem índole de *ordinatio* ou ordenação: é um fator de ordem.”²⁸⁵ Essa ordenação se dará constituindo relações jurídicas ou regulando condutas.

Para Vasconcelos, a norma é previsão de condutas diante de fatos relevantes para o convívio social. Na ocorrência do fato de previsão, seja natural ou humano, nasce o Direito. Esta é a única maneira de originá-lo. Assim, a norma contém o Direito, mas não é o Direito. Por isso, quando uma norma é ineficaz, a sua não realização não desconstitui o Direito.²⁸⁶ Este disciplina condutas, de modo que “a expressão formal do Direito como disciplina de condutas é a norma jurídica.”²⁸⁷ O conjunto das normas de condutas relevantes ao convívio social compõe o ordenamento jurídico. As condutas que se discutem no Judiciário ou fora dele predizem se houve Direito, porque planejam formas de conduta.²⁸⁸

3.1.2 Se a afetividade é uma norma

Depois de elencando alguns conceitos sobre a estrutura da norma, podemos verificar a relação da afetividade com tais conceitos.

Inicialmente, partindo-se da lógica de um *dever ser* de Kelsen em que se consta “se F é, C deve ser”, supondo a afetividade como um juízo de um *dever-ser*, se poderia arriscar a sua hipótese normativa “se A ama, então deve respeitar B”. A composição do juízo hipotético pode ser substituída por outros verbos: cuidar, honrar, pagar isso, fazer aquilo.... Percebe-se que

²⁸³ HERVADA, Javier. **Lições propedêuticas de filosofia do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 225.

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 226.

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 226.

²⁸⁶ VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.14.

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 12.

²⁸⁸ *Ibidem*, p. 14.

se torna um tanto difícil de discorrer, por ser matéria abstrata. Ora, vê-se que não se pode exigir como norma de conduta “amar alguém” ou ter como obrigação um “dever jurídico de afeto”.

Suponhamos que a constatação de amor de um pai a um filho se dê na verificação das condutas: levar o filho a escola, alimentá-lo, proporcionar momentos de lazer, cuidar de sua saúde, etc. Ainda assim, não é possível afirmar com precisão a configuração da hipótese normativa “se A ama, então deve respeitar B”. Nunca haverá a certeza se a hipótese ocorreu. Na verificação de todas essas condutas, pode na interioridade do genitor se evidenciar um agir por obrigação moral e não por afetividade. Percebe-se, então, a necessidade da análise objetiva de atos e fatos que conduzam ao enunciado normativo. Assim, “quando se afirma que o direito regula conduta, quer-se dizer que o objeto próprio da regulação é uma ação deliberada. Os afetos, por si mesmos, não são atitudes deliberadas, pois escapam ao controle direto de quem os sente.”²⁸⁹

Partindo para o conceito da norma em Cossio, este considerou a norma como um juízo disjuntivo: “Dada uma situação, deve ser prestação, ou dado o não cumprimento da prestação deve ser a sanção,” considerando como válida a proposição “dado que A não ama B, deve ser aplicada sanção a A”.

A conduta de não amar incorreria uma sanção a ser imposta. Percebem-se dois problemas. Primeiro, como pautar o cumprimento da conduta? Segundo, como estipular a sanção? Não se sabe se houve o cumprimento da conduta com base no amor ou com base em uma obrigação, como já considerado no juízo hipotético de Kelsen. Além disso, não haveria como medir os danos para a eventual sanção.

Recordemos que trazer o afeto para analisá-lo em uma dimensão objetiva (fatos presuntivos da afetividade) e em uma dimensão subjetiva (implícita e presumida), como propõem os defensores da afetividade, não altera o raciocínio aqui exposto. Na dimensão objetiva, a defesa da afetividade é a expressão de determinados fatos que presumiriam a ocorrência da afetividade para fins jurídicos, afirmando que “na constatação de certos fatos tidos como relevantes e representativos da afetividade para o Direito resta presumida a dimensão subjetiva da afetividade”²⁹⁰. Isso consiste em uma condução artificiosa para elevar o afeto à condição jurídica, realidade inadequada ao Direito. Não há porque mencionar a

²⁸⁹ NORÕES, Mariane; PEREIRA JÚNIOR, Antônio. A abordagem antropológica e jurídica da afetividade no direito de família mediante o uso do diálogo socrático em sala de aula. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 28. p. 57-77. p. 65.

²⁹⁰ CALDERÓN, Ricardo. *Princípio da afetividade no Direito de Família*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.138.

afetividade quando “é do agir que surge a conduta, objeto do Direito. Uma pessoa é responsável por sua conduta (ação deliberada) e não por seu sentimento (paixão sofrida). O *dever-ser* descreve e prescreve condutas, que são comportamentos eleitos.”²⁹¹ O juízo hipotético do *dever-ser* é compatível com a conduta, o mundo interior é compatível com o ser, eis que “a paixão é do mundo do ser, mas não do *dever-ser*. Ela pode influenciar a conduta, mas sempre será a conduta em si que será objeto do Direito.”²⁹²

Em Bobbio, que entende a norma como proposição prescritiva, poderia até ser considerado o afeto em sua estrutura se não fosse a invalidade e a ineficácia de uma norma jurídica que determine que “todo pai deve amar o filho”. Não seria válida na medida em que não é possível exigir o cumprimento pelo Poder Público de tal conduta, e absolutamente ineficaz quando o cumprimento independe de sua existência.

Em Reale, a primeira impressão que temos é a configuração do afeto na estrutura normativa com a bilateralidade atributiva. Em uma relação jurídica objetiva que garante a dois ou mais seres, de maneira recíproca ou não, a exigência de pretensões e competências parece caber aos afetos. Pode-se exigir do outro certas pretensões e competências por uma relação jurídica que se estabeleceu, por exemplo, o casamento. No entanto, aqui também se ressalta a conduta. Quando ela é falha, se autoriza a pretender ou a fazer garantidamente algo.

Ademais, a dimensão objetiva da norma é incompatível com qualquer aspecto subjetivo. Como já estudado, Reale afirma que “o que efetivamente caracteriza uma norma jurídica, de qualquer espécie, é o fato de ser uma estrutura proposicional enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória.”²⁹³

Em Hervada, a norma jurídica é estrutura da vida social que, enquanto ordenação, estabelece uma ordem, seja ela constitutiva ou reguladora de relações jurídicas. A afetividade enquanto norma, neste conceito, longe estaria de estabelecer uma ordem. Os afetos podem ser positivos ou negativos e eles, por si só, são incapazes de estabelecer ordem. A razão é a faculdade que os educa, sendo incongruente mencionar afetos quando estes são por si só desordenados.

Em Vasconcelos, a configuração do afeto como norma é incompatível. A norma é previsão de condutas diante de fatos relevantes para o convívio social. A descrição das condutas é necessária para o conceito de norma. De forma objetiva, descrevem-se condutas com âmbito

²⁹¹ NORÕES, Mariane, PEREIRA JÚNIOR, Antônio. A abordagem antropológica e jurídica da afetividade no direito de família mediante o uso do diálogo socrático em sala de aula. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 28. p. 57-77, p. 65.

²⁹² *Ibidem*, p. 65.

²⁹³ REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 95.

de atuação bem definido. É imprescindível o fato da previsão para a constituição do Direito, “e só se origina ele desse modo, e de nenhum outro mais.”²⁹⁴

Então, percebe-se a incompatibilidade da afetividade com a estrutura da norma jurídica. Ressalta-se a importância do Direito delimitar condutas específicas como forma de garantir a segurança jurídica. Se, porventura, os afetos são considerados na norma, em que momento a manifestação afetiva resta configurada? Qual o limite de agir nos relacionamentos que delimitaria o enquadramento da afetividade? De que forma caberiam os afetos no âmbito de aplicação da norma? Com efeito, essas perguntas ficam sem respostas pois é inconciliável a objetividade da norma com a subjetividade dos afetos.

Tendo em conta que nenhuma das conceituações sobre a norma converge para a afirmação da afetividade como norma, buscamos analisar as consequências dessa postura no âmbito jurídico, discorrendo inicialmente com os conceitos de fato jurídico e ato jurídico.

Os acontecimentos naturais ou ações humanas (voluntárias ou involuntárias) que acarretem consequências jurídicas são chamados de fatos jurídicos. São aqueles acontecimentos que produzem efeitos, gerando uma aquisição, modificação ou extinção de direito. Um fato da natureza, uma enchente, por exemplo, pode ser causa de acionar um contrato de seguro. A morte de um pai acarreta consequências no mundo jurídico, dentre elas um eventual inventário. Com efeito, “a norma jurídica atua sobre os fatos relevantes que compõem o mundo para atribuir-lhes a função de gerar consequências específicas (= efeitos jurídicos) relativamente ao comportamento dos homens no meio social, constituindo um *plus* quanto à sua natureza peculiar.”²⁹⁵ Assim, o fato jurídico é elemento constitutivo da norma, que “adjetiva os fatos do mundo, conferindo-lhes uma característica que os torna espécie distinta dentre os demais fatos - o ser fato jurídico.”²⁹⁶

Já o ato jurídico é a atuação humana que produz consequências jurídicas e tem efeitos prefixados pela norma, cabendo apenas a aceitação pela determinação legal. Assim, afirma-se que “são atos humanos que, pela sua relevância econômica ou moral, pela sua importância para a vida em sociedade, são recepcionados pelo direito, que os toma como suportes fáticos de normas jurídicas (...).”²⁹⁷

A origem da norma jurídica se encontra em um ato de governo. A norma, por conseguinte, é um ato jurídico - mais especificamente, um ato jurídico de império/caráter

²⁹⁴ VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 14.

²⁹⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano de validade**. 15. ed. São Paulo: Saraiva educação, 2019, p. 45.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 45.

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 45.

imperativo. Isso se relaciona com a imperatividade do próprio Direito, em que Reale afirma que “se caracteriza porque ordena e, ao mesmo tempo, assegura a outrem o poder de exigir que se cumpra.”²⁹⁸ A imposição a ser observada não é só “quando comanda, impõe ou proíbe uma conduta, como, também, quando impõe ou estabelece forma de organização de um ente jurídico, uma situação jurídica etc.”²⁹⁹ O fundamento da imperatividade, apesar de divergências de opiniões³⁰⁰, é admitida como garantia de haver paz social.³⁰¹ Assim, “de modo geral, toda norma impõe mandamento ou ordem. Toda norma é impositiva.”³⁰² Se assim não fosse, haveria uma certa insegurança nas normas, em não as representar como um mandato. Com efeito, “a norma jurídica é uma regra imperativa, cuja obrigatoriedade provém do império próprio do poder”³⁰³ e “uma norma tem imperatividade à medida que se lhe garante a possibilidade de impor um comportamento independentemente do concurso ou da colaboração do destinatário, portanto, a possibilidade de produzir efeitos imediatos, inclusive sem que a verificação de sua validade o impeça.”³⁰⁴

No capítulo 2 foram traçadas breves linhas sobre o intelecto, a vontade e os afetos como potências humanas. Afirmou-se pelo reconhecimento da afetividade como uma potência na qual se processam as sensações e sentimentos e também que a norma não pode ser produto dos afetos, algo logicamente percebível. Com efeito, “la afectividade es siempre un punto de vista que me proporciona un conocimiento de la realidade-para-mí, y no un conocimiento objetivo de la realidade-em-sí-mesma.”³⁰⁵ A capacidade de experimentar intimamente as realidades exteriores não é nem deve ser traduzida em normas jurídicas.

Resta investigar se a construção da norma decorre da razão humana ou da vontade. Importa compreender a função da razão e da vontade na construção da norma, mais especificamente em saber se a norma é um ato do intelecto ou um ato de vontade. Hervada

²⁹⁸ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 695.

²⁹⁹ GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 83.

³⁰⁰ Vasconcelos, por exemplo, atribui a imperatividade como uma pseudo característica da norma, pois considera a imperatividade concernente ao Direito. Para ele a natureza do direito difere da natureza da norma, nos seguintes termos: “Uma coisa é o ser (Direito) e outra bem diversa é o modo pelo qual ele se expressa (a norma).” Além disso, considera incabível por si só a caracterização da norma como imperativo: “deve-ser imperativo é, simplesmente, uma contradição verbal”. Considera como reais características das normas que se distinguem essencialmente em três: bilateralidade, disjunção e sanção. In: VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 72-73.

³⁰¹ GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Opus Citatum*, p. 93.

³⁰² CRETELLA JÚNIOR, José. **Primeira lições de direito**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995, p. 202.

³⁰³ HERVADA, Javier. **Lições propedêuticas de filosofia do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 241.

³⁰⁴ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 151.

³⁰⁵ CUADRADO, José Ángel García. **Antropologia filosófica: Una introducción a la Filosofía del Hombre**. 5.ed. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2010, p. 117.

formula a seguinte pergunta: “a norma é um ato essencialmente racional, e portanto, dependente de alguns pressupostos objetivos, ou é um ato em sua origem arbitrário, não sujeito essencialmente a uma racionalidade objetiva ?”³⁰⁶

Na Antiguidade, ainda que não haja um desenvolvimento pontual sobre a relação da razão com a norma, considera-se que na época as leis eram vistas como obra de sabedoria. Em *Minos*, diálogo atribuído a Platão, a lei é entendida como parte da arte política, e, portanto, uma arte da razão prática. Para Aristóteles, a lei por um lado é expressão da inteligência e por outro é expressão da opinião da maioria. Para o estagirita, é fato certo que a lei é comum consentimento da cidade e procede da razão. Em Cícero, a lei é razão fundamental, critério racional do homem prudente. Para o filósofo romano, as leis foram inventadas para a segurança e bem estar das cidades e da vida do homem, portanto, as ordens injustas e perniciosas não propiciam verdadeiras leis.³⁰⁷

A partir da Idade Média, desenvolveram-se duas posturas opostas: o intelectualismo e o voluntarismo. Enquanto este coloca a vontade acima da razão, aquele tem como princípio a estrutura racional como principal potência humana.

Em um intelectualismo moderado, Tomás de Aquino tem a norma como sinônimo de lei. O ato de imperar conduz à afirmação da razão na gênese da lei. A ação de dar um mandato ou uma ordem é certamente próprio da razão. O ato de império é um movimento de que um manda a outro que deve obedecer. O mandato que determina algo, ordenando ou regulando atos para a finalidade de ordenar, é próprio da razão. Isso não quer dizer que na imperatividade não há vontade. Procede da vontade o ato de império, captada pela razão e conduzida ao que deve obedecer.³⁰⁸

Ao imperar um ato, este procede da razão, tendo em conta que visa um fim. O que move este ato é a vontade, motor primeiro dos atos humanos. Os meios para se chegar a um fim são fornecidos pela razão - desta feita, ordenar, regular, dirigir constituem atividades próprias da razão.³⁰⁹ É próprio da razão guiar, sendo, portanto, “luz que guia o homem e, por conseguinte, a vontade.”³¹⁰ Logo, “a lei aparece como um ato de razão, pois pertence à razão a função de ordenar e reger as coisas para seu fim.”³¹¹ Além disso, “a regra ou ordenação para o fim pertence à razão, não é um ato arbitrário da vontade, e sim uma ciência ou saber; portanto,

³⁰⁶ HERVADA, Javier. **Lições propedêuticas de filosofia do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 227.

³⁰⁷ *Ibidem*, p. 228-230.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 232.

³⁰⁹ *Ibidem*, p. 232-233.

³¹⁰ *Ibidem*, p. 233.

³¹¹ *Ibidem*, p. 234.

em relação à regra, é a razão que guia a vontade, por isso a norma não é um ato arbitrário, mas um ato racional.”³¹²

A razão conhece a realidade e permite que de forma objetiva esta seja refletida na norma. A vontade precisa passar pela razão para que haja correspondência com a ordem social. “Portanto, em relação aos meios referentes ao fim, é a razão que tem que regular a vontade. Se for imposta não a razão, mas a vontade arbitrária, o resultado será uma regra distorcida que enquanto tal, não é verdadeira regra ou medida, e sim uma desmedida.”³¹³

Na perspectiva de um voluntarismo moderado, a lei é produto da vontade pois cabe a esta conduzir o agir humano. Como representação da vontade do legislador, não se trataria de uma vontade absoluta ou arbitrária, mas de uma vontade justa. A lei é medida da obra humana e deve ser iluminada pela razão. A razão no voluntarismo moderado não é uma função imperativa, não conhece, nem julga, apenas atua com retidão. Se estudam as leis buscando qual seja a mais conveniente e convém ser respeitada por todos. Em seguida, o ato de vontade escolhe qual lei terá força de obrigar. Desconsidera-se o império da razão da lei.³¹⁴

A caracterização do voluntarismo extremo se dá pela absoluta subordinação da razão à vontade. A norma obriga porque é da vontade do imperante. A vontade é por si mesma arbitrária, ou seja, não se relaciona a uma realidade objetiva dos seres. De forma que a razão de imperar da norma é justamente a vontade do imperante. Percebe-se, pois, uma completa desconexão com a racionalidade, predominando a imperatividade.³¹⁵

Com a razão percebe-se a realidade objetiva das coisas, “se a norma jurídica procede originalmente da razão, terá a marca de racionalidade, que quer dizer adequação à realidade e objetiva da pessoa humana e da vida social.”³¹⁶ Assim, a razão percebe a realidade e no mundo jurídico “uma norma irracional não será produto originário da razão, mas efeito de uma razão encadeada à disposição de um arbítrio desordenado; por isso terá um vício essencial: não será uma verdadeira norma jurídica, e sim uma arbitrariedade.”³¹⁷

Ao relacionar os afetos com a norma, ignora-se a realidade jurídica em que se espera um observar da conduta para alcançar o âmbito jurídico. Assim, a afirmação da afetividade como norma é um evidente descompasso, ou mais especificamente uma arbitrariedade.

³¹² HERVADA, Javier. **Lições propedêuticas de filosofia do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 234.

³¹³ *Ibidem*, p. 234.

³¹⁴ *Ibidem*, p. 235-236.

³¹⁵ *Ibidem*, p. 236.

³¹⁶ *Ibidem*, p. 228.

³¹⁷ *Ibidem*, p. 228.

Se a norma é um ato jurídico, no caso de afirmação da afetividade como norma jurídica, seja pelo judiciário, seja pelo legislativo, pode-se concluir que é um ato jurídico arbitrário. Como advém de um dos poderes, mas sem a condução da vontade pela razão, com a análise dos critérios objetivos da norma, pode-se afirmar que a condução é pela arbitrariedade. Sabe-se que um ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido.

Com efeito, a afetividade afirmada pela doutrina não é verdadeira. Hervada afirma que uma norma irracional “é essencialmente corrupta: se em termos fenomenológicos pode ter uma aparência de norma, em termos metaempíricos tem sua essência corrompida e não é, portanto, uma verdadeira norma, não gera obrigação jurídica.”³¹⁸

Não só a norma, mas o Direito deve ser racional. Afirma Eros Grau que o direito moderno posto pelo Estado “é racional, porque cada decisão jurídica é aplicação de uma proposição abstrata munida de generalidade a uma situação de fato concreta, em coerência com determinadas regras legais.” Assegura ela que “eis o que define a racionalidade do direito: as decisões deixam de ser arbitrárias e aleatórias, tornam-se previsíveis.”³¹⁹ Hervada é mais enfático ao destacar os aspectos interiores do sujeito ao admitir que “quando o Estado se arroga a função de penetrar naquilo que pertence a nossa intimidade e à esfera de nossa autodeterminação, torna-se totalitário.”³²⁰

A conclusão que decorre desse ponto é primeiramente que a afetividade é uma potência que não se adequa à estrutura da norma. Caso os poderes do estado configurem os afetos com uma norma, evidencia-se então um ato arbitrário.

A inovação de um direito à afetividade expressada pelo ordenamento jurídico representa a “excessividade quantitativa do direito posto, a que concorre uma atuação em âmbitos que não comportam regulação estatal, seja em virtude de a matéria não propiciar a disciplina jurídica, seja porque o Estado incursiona em esfera que é antes própria da soberania social.”³²¹

É, pois, que há situações que não precisam de regulamentação visto que não violam o bem comum ou são incabíveis de serem argumentados pela soberania estatal:

³¹⁸ HERVADA, Javier. **Lições propedêuticas de filosofia do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 245.

³¹⁹ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo de juízes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)** 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 121.

³²⁰ HERVADA, Javier. **O que é o direito?** A moderna resposta do realismo jurídico: uma introdução ao direito. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 91

³²¹ DIP, Ricardo. **Segurança Jurídica e crise no mundo pós-moderno**. 3. ed. São Luís: Livraria Resistência Cultural Editora, 2019, p. 79.

Não diversamente, quanto aos atos humanos-que, livres, procedem da vontade esclarecida pela inteligência-, muitos há que, por não atentarem, contra o bem comum, afastam a conveniência da regulação jurídica: outros- de que dão forte exemplo o amor humano e a virtude da fé-, não são suscetíveis de impor-se pela autoridade.³²²

Concluindo esta primeira consideração, se a afetividade é tratada como norma, tem-se uma arbitrariedade por parte do poder que emana a ordem, seja o Legislativo seja o Judiciário.

3.2 A afetividade como princípio

Neste segundo momento, considerar-se-á a afetividade como princípio, tendo em vista que parte da doutrina e jurisprudência a reconhecerem como tal. Buscaremos enquadrar a afetividade em uma perspectiva principiológica, observando as consequências dessa suposta adequação.

3.2.1 O Princípio Jurídico para a consideração dos afetos

Foram traçadas algumas linhas sobre o conceito de princípio jurídico nas primeiras páginas dessa dissertação. Neste tópico será abordado de forma mais objetiva o princípio, referindo-se aos conceitos com o intuito de enquadrá-lo ou relacioná-lo com a afetividade.

Recordemos a integração da norma jurídica da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro. Pode-se considerar o princípio como forma de integração jurídica como recomenda o artigo 4º da referida lei. O artigo dispõe que quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Aqui, princípios se referem a meios de integração quando não houver norma para o caso. Primeiro recorre-se à analogia, buscando um caso semelhante para julgar o litígio; quando não possível a aplicação da analogia, observará o julgador os costumes locais para a solução do caso concreto. Por último, se recorrerá aos princípios gerais de direito, para salvaguardar a solução do caso.

Difícil considerar a afetividade como um princípio geral a ser aplicado como meio de integração. Primeiro, por considerar que a legislação se antecipa com a descrição de atos que decorrem violações jurídicas, e segundo, porque a afetividade por si só não oferece meios para o discernimento de solução de um caso. Por exemplo, se eventualmente não há legislação sobre a solução de litígio que envolve duas pessoas do mesmo sexo que argumentam amor

³²² DIP, Ricardo. **Segurança Jurídica e crise no mundo pós-moderno**. 3. ed. São Luís: Livraria Resistência Cultural Editora, 2019, p. 85.

recíproco e pleiteiam algo que não está amparado na legislação. Judicialmente, ao perceber a ausência de legislação, poderia o juiz argumentar pela igualdade. (Relembrando que a igualdade é aplicada na medida de suas desigualdades. Se possível for, as uniões heterossexuais, podem ser um âmbito de comparação, a depender o direito a ser pleiteado.) Supondo que não haja legislação para o caso, o que é bastante incomum tendo em conta a vasta legislação do direito de família, se recorreria aos costumes, se possível. Ainda assim, não encontrando uma solução plausível para a realidade considerada, invocar a afetividade como princípio é um tanto inócuo. Justificar com “porque se amam” como princípio é desconsiderar toda uma ordem jurídica preestabelecida, ocasionado assim instabilidade e insegurança jurídicas.

Em uma segunda perspectiva, tendo em vista que a inovação da afetividade no ordenamento jurídico se deu no período do pós-positivismo, o âmbito de enquadramento da afetividade se delimitará aos conceitos de princípios decorrentes da nova hermenêutica constitucional, observando os conceitos mais difundidos para uma possível convergência da afetividade como princípio.

O pós- positivismo tem atribuído normatividade aos princípios expressando-os como verdadeiros condutores de direitos. A última década do século XX estabeleceu o paradigma dos princípios afirmando a Constituição como essencialmente principiológica. Como afirma Eros Grau, o Direito “deixou de ser concebido como um ‘sistema de normas’- vale dizer, de regras, passando a ser visualizado como sistema de princípios.”³²³

Dito isso, um dos conceitos de princípios vem de Alexy, que os estabelece como “mandamentos de otimização que podem ser satisfeitos em vários graus”. Para ele, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.³²⁴ Os princípios não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*, ou seja, suas razões se dão conforme a dimensão de peso entre os princípios envolvidos.

Para Dworkin, os princípios são um “padrão que deve ser observado não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.”³²⁵ Em eventual colisão entre dois princípios, o conflito irá se resolver levando em

³²³ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo de juízes:** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios) 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p.99.

³²⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direito Fundamentais.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

³²⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 36.

conta a força relativa de cada um. Assim, princípios apresentam uma dimensão de peso ou importância a serem considerados no caso concreto.

Neves elenca princípio como “normas no plano reflexivo, possibilitando o balizamento e a construção ou reconstrução de regras.”³²⁶ É através de um processo argumentativo que se define a norma como regra ou princípio. Desenvolve, pois, uma circularidade entre regras e princípios para a concretização constitucional. Os princípios servem ao balizamento, construção, desenvolvimento, enfraquecimento e fortalecimento de regras, bem como para restrição e aplicação de seu conteúdo. Já as regras são condições de aplicação dos princípios na solução dos casos constitucionais.³²⁷

A necessidade da circularidade reflexiva se determina, como afirma Neves, pelo fato de que a superestimação das regras “tende a uma consistência excessivamente rígida, isolando-se do seu ambiente (...)”. Na mesma esteira, fixar-se em princípios em detrimento das regras “tende a bloquear a consistência jurídica, dissolvendo o direito amorfamente em seu ambiente e subordinando-o imediatamente às instruções particularistas do poder, do dinheiro, dos moralismos intolerantes, dos valores excludentes inegociáveis.”³²⁸

Ávila define os princípios como normas imediatamente finalísticas, prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade. A aplicação demanda uma avaliação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária. Os princípios estabelecem um fim a ser atingido, que possuem um conteúdo como pretendido. Os fins a serem atingidos representam uma função diretiva para a determinação da conduta, que não se refere necessariamente a um ponto final atingido, mas a um conteúdo desejado. Os princípios instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas e ao mesmo tempo um dever de efetivação de um estado de coisas pela adoção de comportamentos necessários.³²⁹

Pois bem, diante de alguns conceitos citados trazidos pela nova hermenêutica, pode-se partir para a afetividade diante dos mesmos.

Começando pelo último doutrinador citado, em Ávila pode-se configurar o princípio da afetividade. Este irá versar sobre comportamentos para a efetivação de um estado de coisas. Se “os princípios instituem o dever de adotar comportamentos necessários à

³²⁶ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais com diferença paradoxal do sistema jurídico**. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p 103.

³²⁷ *Ibidem*, p. 134.

³²⁸ *Ibidem*, p. 133.

³²⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 102-104.

realização de um estado de coisas ou, inversamente, instituem o dever de efetivação de um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessário”, encontra-se aqui uma afirmação do princípio da afetividade, desde que instituam comportamentos. Em outros termos, exigem-se critérios objetivos. Pode-se nomear de afetividade, o que na prática se exigem são comportamentos.

Partindo para Neves, levando em consideração a circularidade, em que os princípios servem como razão e fundamento de regras e estas servem como aplicação dos princípios na solução de casos, se poderia adequar o princípio da afetividade. No entanto, como ressalta Neves, o princípio encontra limite nas regras. A afetividade, então, vai precisar de um conteúdo atribuído ao texto constitucional ou legal, tornando inócua ou desnecessária a sua existência, tendo em vista que o conteúdo atribuído ao texto normativo faria as vezes do princípio.

Com o conceito de Dworkin e Alexy, pode-se perceber que há uma maior facilidade em “enquadrar” a afetividade no conceito em relação aos dois autores anteriores. A afetividade pode ser um “mandamento a ser otimizado” em vários graus dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Poderia ser também justificável a afetividade ser vista como um “padrão a ser observado como exigência de justiça”.

A visível abstração de tais conceitos em uma visão superficial faz com que seja plausível considerar a afetividade. Diante das diferenciações entre os conceitos de princípios, é possível esquecer-se do que é relevante como elemento do Direito. Tem-se perdido o sentido objetivo da norma, deixando muito abstrata e aberta a condução do Direito com uma postura essencialmente principiológica.

Não se quer com isso desprezar ou considerar pouco importante os variados conceitos de princípios do pós-positivismo, mas se deve atentar ao que importa ao Direito. A instabilidade dos afetos é uma ameaça ao ordenamento jurídico. Contra eles também pesa a ausência de parâmetros que os meçam e regulem. Eles não possuem uma estrutura sólida, capaz de salvaguardar o Direito.

O Direito regula condutas, de forma que, por mais que uma ou outra definição de princípio pareça compatível com a afetividade, a abstração desse viés conduzirá indubitavelmente à insegurança jurídica.

O ordenamento deve prever o que é permitido e as possíveis consequências de uma conduta lesiva, de forma que “a previsibilidade reflete a necessidade de que os cidadãos tenham um conhecimento (prévio) das consequências jurídicas de suas condutas.” A necessidade de discorrer as condutas é peça central, tendo em conta que “no momento em que o sujeito se

conscientiza plenamente do que pode ou não fazer, é possível falar em previsibilidade do Direito.”³³⁰

Por conseguinte, evidencia-se uma margem de subjetividade e instabilidade incompatível com a segurança jurídica a afirmação de que os afetos constituem um princípio. Insegurança do ponto de vista da subjetividade dos afetos e do ponto de vista da atuação do Estado.

Disso decorrem duas perspectivas de insegurança jurídica: primeiro, pelos afetos em si, instáveis para serem considerados como princípios garantidores de algum direito; e segundo, a afirmação por um princípio da afetividade por quaisquer dos poderes é possibilitar que se pode fundamentar a legislação sem que haja parâmetros razoáveis a serem seguidos, oferecendo uma verdadeira instabilidade. É o tema do próximo tópico em que considera a afetividade como princípio.

3.2.2 Se a afetividade é um princípio

Que o Direito se adeque às novas realidades é condição necessária. Convém que se adapte ao seu tempo. Mudanças decorrentes da evolução histórica demandam novas leis que as regulem. A permeabilidade do ordenamento deve moldar-se às necessidades sociais, e para tanto exige uma inovação pela via legislativa. Com efeito, a mudança das ciências, o progresso da tecnologia, as diferentes perspectivas das relações humanas conduzem a novas atuações que exigem, por conseguinte, regulação.

O Direito não é algo estanque, mas “deve, ao contrário, sofrer adaptações para que possa se moldar à realidade fática de cada momento histórico e se aperfeiçoar às peculiaridades de cada sociedade e à ordem jurídica onde venha a ser implementada, pois assim se garante maior efetividade e concretização.”³³¹

Desta feita, impõe a harmonia da plasticidade do ordenamento jurídico com as mudanças da sociedade. Ao mesmo tempo, deve o Direito ser estável para que ofereça segurança jurídica e previsibilidade das relações. É inerente ao homem a necessidade de segurança, de saber-se protegido.

³³⁰ COSTA, Rafael de Oliveira. Segurança Jurídica e (im) previsibilidade do direito. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**. Fortaleza, v. 34.1, p. 169 -202, jan./jun. 2014, p. 185.

³³¹ VIEIRA, Leonardo Jorge Sales. **Análise da (in)segurança Jurídica no Brasil**: Uma proposta de abertura cognitiva do direito ao ambiente social. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2015.p.12.

Importante considerar a necessidade de um ordenamento seguro, que proporcione estabilidade e certeza dos negócios jurídicos, de modo que as pessoas saibam previamente que uma vez estabelecida determinada relação jurídica estável, esta se mantém mesmo que haja uma modificação na base.³³²

Antes de adentrarmos na segurança jurídica, precisamos mencionar duas considerações centrais relacionadas a ela que se pressupõem como verdadeiras.

A primeira consideração é que não há sentido em discorrer sobre segurança jurídica quando não há um direito justo. Portanto, o Direito buscará dar a cada um o que é seu. Tem-se em conta que garantir tranquilidade a algo que seja injusto é um contrassenso. A finalidade do Direito é a justiça, é a sua própria identificação do direito, em que “o justo é justamente o direito; dizer o justo é nomear o direito, porque são a mesma coisa.”³³³ A justiça tratará igualmente os que são iguais e desigualmente os desiguais, outorgando o respectivo direito a cada um. Assim, “não é a segurança jurídica o fim último do direito, que tem na justiça o seu valor fundante, pois o fim supremo do direito consiste na realização do valor do justo.”³³⁴

A segunda consideração se relaciona com a primeira: o direito justo, do dar a cada um o que lhe cabe, busca o bem comum. Eis que “as leis são regras de justiça; sua obrigatoriedade específica - a que lhes corresponde como regras de conduta, devidas à sociedade - funda-se, como dizíamos, no dever de justiça de contribuir para o bem comum da sociedade”³³⁵ O Direito “tem por fim o bem comum, que não se inclina somente à realização do justo em concreto, senão que, não o perdendo de vista embora, tende também à segurança jurídica.”³³⁶

Com isso, excluem-se os interesses particulares pois “se não houvesse a razão do bem comum, a finalidade das leis seria subvertida, de modo que as leis destinadas a satisfazer interesses particulares seriam injustas.”³³⁷

A justiça, o bem comum e a segurança jurídica se relacionam, e Dip as reconhece como um princípio causal da sociedade:

³³² SILVA, José Afonso; ROCHA, Carmem Lúcia. (Org.) **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**: Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 17.

³³³ HERVADA, Javier. **O que é o direito?** A moderna resposta do realismo jurídico: uma introdução ao direito. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006, p. 11.

³³⁴ SILVA, José Afonso; ROCHA, Carmem Lúcia. (Org.), *Opus Citatum*, p. 15.

³³⁵ HERVADA, Javier. *Opus citatum*, p. 94.

³³⁶ DIP, Ricardo. **Segurança Jurídica e crise no mundo pós-moderno**. 3 ed. São Luís: Livraria Resistência Cultural Editora, 2019, p. 83

³³⁷ HERVADA, Javier, *Opus Citatum*, p. 109.

Quando S. Tomás de Aquino diz que o fim das leis é a tranquilidade temporal da sociedade política- *temporalis tranquillitas civitas*-, ou Le Fur afirma que a justiça e a segurança jurídica são ‘*les deux éléments, les deux faces du bien commun*’, ou ainda quando Radbruch observa que ‘o bem comum, a justiça e a segurança exercem um domínio sobre o direito’, reconhecem esses autores, no estatuto da segurança jurídica, um fim social, vale dizer, um princípio causal da sociedade.³³⁸

Importante destacar esses dois pontos iniciais. Para um ordenamento jurídico oferecer segurança jurídica, é importante que seja justo e que busque o bem comum. É contraditória uma ideia de tranquilidade pautada na injustiça; e é sinônimo de injustiça um direito que não busca o bem comum. Tendo tais pressupostos considerados, pode-se partir para as particularidades da segurança jurídica no ordenamento brasileiro.

É necessário que o ordenamento corresponda à realidade e nisto haja previsibilidade e segurança. Para Canotilho, a segurança jurídica e a proteção da confiança estão estritamente associadas. A segurança “está conexcionada com elementos objectivos da ordem jurídica- garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito”, enquanto a confiança “se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos.”³³⁹

Destaca ainda Canotilho que a segurança e a confiança exigem no fundo “(1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos próprios atos.” Deduzindo que “os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante qualquer acto de qualquer poder-legislativo, executivo e judicial.”³⁴⁰

A segurança jurídica está associada à tranquilidade do sujeito, “a garantia dada ao indivíduo de que sua pessoa, seus bens e seus direitos não serão objeto de ataques violentos, ou de que, se esses ataques vierem a produzir-se, a sociedade lhe assegurará proteção e reparação.”³⁴¹

O reflexo da estabilidade nas normas faz “que o Direito possa guiar a conduta humana não apenas em curto, mas em médio e longo prazo, o ordenamento jurídico deve ser

³³⁸ DIP, Ricardo. **Segurança Jurídica e crise no mundo pós-moderno**. 3 ed. São Luís: Livraria Resistência Cultural Editora, 2019, p. 95.

³³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Almedina: Coimbra, 2003, p. 257.

³⁴⁰ *Ibidem*, p. 257.

³⁴¹ DELOS *apud* DIP, Ricardo. **Segurança Jurídica e crise no mundo pós-moderno**. 3. ed. São Luís: Livraria Resistência Cultural Editora, 2019, p. 77.

minimamente estável, duradouro, contínuo, permanente.” Indefinições no ordenamento obstruem a conduta dos sujeitos, pois “se ele for, frequentemente, modificado os cidadãos terão dificuldade para saber qual a norma a obedecer, bem como terão relutância em agir, por não saber se as normas que conhecem continuarão valendo.”³⁴²

Ávila afirma que “a segurança jurídica pode fazer referência a um elemento da definição de Direito e, nessa função, ser uma condição estrutural de qualquer ordenamento jurídico. Nesse sentido, um ordenamento jurídico privado de certeza não poderá, por definição, ser considerado ‘jurídico’.”³⁴³

Ávila define uma dimensão estática e uma dimensão dinâmica da segurança jurídica. A dimensão estática diz respeito a todos os pressupostos do conhecimento e da comunicação para que o cidadão possa se submeter ao Direito. É o conhecimento do direito do ponto de vista material e intelectual: “para poder obedecer a uma norma jurídica o cidadão não apenas precisa ter acesso a ela, mediante a observância de requisitos que permitam considerá-la como existente e vigente; ele precisa, conjuntamente, ter a possibilidade de entender o que ela determina, proíbe ou permite.”³⁴⁴

Em uma perspectiva dinâmica, a segurança jurídica refere-se à ação no tempo e a transição no direito. O cidadão precisa ter a tranquilidade em saber que as condições de liberdade juridicamente exercida ontem serão respeitadas hoje e também que a liberdade de hoje será respeitada amanhã, na observância da confiabilidade e calculabilidade. “Em outras palavras, o termo ‘confiabilidade’ é utilizado para denotar aquilo que, do passado, deve permanecer no presente do Direito, ao passo que ‘calculabilidade’ é empregada para demonstrar aquilo que, do presente, deve ser mantido na transição para o seu futuro.”³⁴⁵

A segurança jurídica também se relaciona com a garantia de que a norma terá uma aplicação uniforme e não arbitrária, tal segurança depende de elementos argumentativos e processuais, como defende Ávila:

os elementos argumentativos dizem respeito ao uso das estruturas claras e objetivas de raciocínio, presentes quando as premissas e as conclusões do raciocínio jurídico são esclarecidas e fundadas no ordenamento jurídico, bem como a sua construção obedece a critérios racionais de argumentação, baseados na sua consistência formal e na sua coerência material. Os elementos processuais dizem respeito a um procedimento, administrativo ou judicial, que permite e que considera a ampla defesa e o contraditório, bem como garante a fundamentação escrita e lógica das decisões.³⁴⁶

³⁴² ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2012. p. 349

³⁴³ *Idem*, **Teoria da segurança jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 120.

³⁴⁴ *Ibidem*, p. 313.

³⁴⁵ *Ibidem*, p. 355.

³⁴⁶ *Ibidem*, p. 156.

A segurança pode ser compreendida em um acepção subjetiva e outra objetiva. O aspecto subjetivo é algo de dentro do sujeito, em que decorre tranquilidade e paz. Nos dizeres de Dip é a “privação de temor, tanto na abdicação reta de cuidados com o que não se deve temer- o que a faz condição dos atos da fortaleza-, quanto, não menos na falsa segurança do que incorre na negligência de negar ou diminuir perigos.”³⁴⁷ A concepção objetiva é estar fora de situações perigosas, “é abrigar-se ou estar a salvo de perigos reais”, ou ainda, é a concreta “ausência de perigo efetivo, de que deriva o estado subjetivo de repouso, calma, dispensa de cuidados.”³⁴⁸ Reconhecendo a relação entre elas Dip reafirma que “sempre a segurança, em acepção subjetiva, remete-se a algo objetivo.”³⁴⁹

A segurança objetiva se relaciona com o aspecto externo do direito e se dirige aos três poderes, a saber “como o princípio da segurança jurídica se dirige aos três Poderes, a sua aplicação pode dizer respeito a uma norma geral, legal ou regulamentar, a um ato administrativo ou a uma decisão administrativa ou judicial.”³⁵⁰

Dessa forma, refere-se à insegurança no seu aspecto objetivo aquele “que padece de ausência de estabilidade, seja normativa, seja jurisprudencial.” Também a doutrina é um risco para segurança jurídica. Paim afirma que são três os aspectos que contribuem para a insegurança: “(...) nem mesmo na doutrina, encontra-se esteio para a segurança jurídica. Assim, três são os aspectos que contribuem fortemente para a insegurança jurídica em que se vive: insegurança legislativa, jurisprudencial e doutrinária.”³⁵¹

Ao atribuir ao princípio da afetividade uma validade e existência que não se encaixa com o direito, há a violação da segurança no seu aspecto subjetivo e objetivo. Subjetivo na medida em que os afetos são instáveis e não se pode amparar direitos neles, causando uma insegurança no interior do sujeito. Ao pautar uma relação jurídica com base no sentimento, fica-se apreensivo se se sustenta a condição de permanecer no tempo com o mesmo afeto que se iniciou a relação jurídica. Caso seja alterado o afeto, será então prejudicada a relação jurídica.

Há violação da segurança jurídica no aspecto objetivo quando ao cidadão é difícil saber de quais condutas deve se abster e quais deve externar à medida que a doutrina, o Legislativo e o Judiciário se lançam a argumentar direitos com base no princípio da afetividade.

³⁴⁷ DIP, Ricardo. **Segurança Jurídica e crise no mundo pós-moderno**. 3. ed. São Luís: Livraria Resistência Cultural Editora, 2019, p. 65.

³⁴⁸ *Ibidem*, p. 65.

³⁴⁹ *Ibidem*, p. 65.

³⁵⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 152.

³⁵¹ PAIM, Gustavo Bohrer. **Direito processual eleitoral? Por uma processualidade do direito eleitoral**. 2015. Tese (Doutorado em Direito) Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

A função do Poder Legislativo é regulamentar as condutas humanas e fiscalizar as leis. A positividade do ordenamento expressa o âmbito de aplicação da lei sendo um instrumento de segurança. Essa perspectiva encontra-se um tanto danificada com a atuação do Legislativo. Ávila afirma: “a legislação tem causado problemas de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade.”³⁵² A falta de adequação do direito positivo com a realidade própria da natureza das coisas produz falsos direitos. Dip esclarece que “a falsidade é quase intuída: há uma injuridicidade intrínseca do ‘direito’ positivo, que revela prontamente, não como lei, mas como sua corrupção.”³⁵³ Destaca o autor que há leis ultra-sociais, como a exigência, por exemplo, do direito à saúde com pretensão absoluta, ou as que terminam por tutelar situações contra-sociais, que defendem plena autonomia de consciência “projetando coerentes excessos na linha de uma criação egótica da normatividade moral.”³⁵⁴

É o que se contata do Poder Legislativo quando, de forma abrangente, faz referência ao afeto sem delimitar uma conduta específica relevante a ele. A Lei nº 11.340/2006 (Maria da Penha) considera como violência doméstica “relações íntimas de afeto”, sem especificar os parâmetros de tais relações. A Lei nº 12.010/2009 (Lei da Adoção), quando alarga o conceito de família para os que tem vínculo de afetividade. A Lei Federal nº 11.698/2008 (Leis da Guarda Compartilhada) quando faz remissão ao afeto e à afetividade condições alheias à estrutura da norma.

A violação da segurança jurídica pelo Judiciário é a mais difundida. O tão conhecido ativismo judicial provoca uma expressão que a lei não dispôs e conduz a uma subjetividade a evidência. Se se chega ao Judiciário uma situação não amparada na lei, deve-se observar os limites do direito. Em referência à atividade jurisprudencial, “se, de um lado, se autorizam para justificar plausíveis interpretações progressivas, não se recomendam, de outro lado, para amparar imprudente e perigosos novidadismos.”³⁵⁵ Com efeito, Costa afirma: “O que se deve evitar, contudo, é a imprevisibilidade das decisões judiciais, que acaba levando à insegurança jurídica, devido ao fato do jurisdicionado não saber o que deve fazer para agir conforme o Direito.”³⁵⁶

³⁵² ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário. 2. ed. . São Paulo: Malheiros, 2012, p. 165.

³⁵³ DIP, Ricardo. **Segurança Jurídica e crise no mundo pós-moderno**. 3 ed. São Luís: Livraria Resistência Cultural Editora, 2019, p. 87.

³⁵⁴ *Ibidem*, p. 87-88.

³⁵⁵ *Ibidem*, p. 107.

³⁵⁶ COSTA, Rafael de Oliveira. Segurança Jurídica e (im) previsibilidade do direito. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**. Fortaleza, v. 34.1, p. 169 -202, jan./jun. 2014. p.191.

O Poder Judiciário ultrapassa os limites que competem ao seu poder. O Supremo, como guardião da Constituição, conduz a uma ideia de afetividade quando afirma “o afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional”, dando a ele “a valorização deste novo paradigma como núcleo conformador do conceito de família.”³⁵⁷

O princípio da afetividade é uma das expressões de um ativismo judicial. Há de se afirmar que “o Poder Judiciário aqui, hoje, converte-se em um produtor de insegurança. (...) Quem produz a norma jurídica ? O Legislativo ou o Judiciário?”³⁵⁸ Facilmente e “cotidianamente trocamos nossa insegurança por submissão ao poder.”³⁵⁹ Sem obediência à margem permitida da lei, amparando-se em parâmetros “princípiosológicos”, o que se reproduz é uma instabilidade nas relações jurídicas com um avanço nos ineditismos pautados em visões parciais e subjetivas.

Temos ainda a insegurança jurídica provocada pela doutrina. Vasta é a consideração dos afetos no âmbito doutrinal. Tartuce afirma que “o afeto talvez seja apontado, atualmente, como o principal fundamento das relações familiares. Mesmo não constando a palavra afeto no Texto Maior como um direito fundamental, podemos dizer que o afeto decorre da valorização constante da dignidade humana.”³⁶⁰ Berenice Dias afirma que “com a consagração do afeto a direito fundamental, resta enfraquecida a resistência dos juristas que não admitem a igualdade entre a filiação biológica e a socioafetiva.”³⁶¹ Diniz afirma o princípio da afetividade como “[...] corolário do respeito da dignidade da pessoa humana, como norteador das relações familiares e da solidariedade familiar.”³⁶² Para Pereira, “a afetividade ascendeu a um novo patamar no Direito de Família, de valor e princípio. Isto porque a família atual só faz sentido se for alicerçada no afeto.”³⁶³

Reafirma-se a necessidade de um direito estável e previsível que busque obedecer aos limites da norma e proteja contra a aleatoriedade da doutrina. A prática de afirmar a existência de princípios não expressos na Constituição, no intuito de que há uma evidência de

³⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 DF. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 05 mai. 2011. **Portal Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 05 set. 2019.

³⁵⁸ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo de juízes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)** 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 18

³⁵⁹ *Ibidem*, p. 18.

³⁶⁰ TARTUCE, Flávio. Novos Princípios do Direito de família brasileiro. **Revista Ciência Jurídica**, volume 139, ano XXII, jan/fev, 2008. p. 425-441, p.437.

³⁶¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 67

³⁶² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 5, p. 38.

³⁶³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 179-180 e 190.

“retirá-los” do ordenamento, prejudica visivelmente a segurança jurídica, que busca a previsibilidade e a calculabilidade.

Em síntese, se a afetividade é um princípio, decorre dela então um direito instável e imprevisível, ocasionando uma insegurança jurídica subjetiva e objetiva. A insegurança subjetiva é representada na intranquilidade interior do sujeito que estabelece relações jurídicas com base nos afetos. A insegurança objetiva se constata na atuação incerta do Poder Legislativo, da arbitrariedade do Poder Judiciário e da aleatoriedade doutrinária.

O Direito deve respeitar as coisas como são, afirma Hervada, e “o homem deve agir segundo as coisas, de acordo com as leis - com a ordem – que as regem”. Se respeitar a realidade objetiva, “o homem poderá voar, inclusive chegar à Lua; se não as respeitar, provocará consequências nocivas (...)”. Acrescenta o autor: “agir conforme essa ordem que rege as coisas é comportar-se racionalmente, isto é, segundo a razão, que é a que conhece essa ordem e determina ao homem o que deve fazer de acordo com ela.”³⁶⁴

Assim, afirma-se que os afetos não se enquadram nessa perspectiva normativa. A finalidade do direito de buscar o bem comum deve delimitar condutas da forma mais clara possível. A expressão do direito positivo deve ser correspondente a um conceito verdadeiro de norma jurídica, qual seja, regulador de condutas que favoreçam a convivência em sociedade.

³⁶⁴ HERVADA, Javier. **O que é o direito?** A moderna resposta do realismo jurídico: uma introdução ao direito. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006, p. 116.

CONCLUSÃO

De início, ressalta-se que o presente estudo se encerra com resultados que podem ser explorados amiúde e especificamente de forma a enriquecê-lo. É uma versão pronta e ao mesmo tempo inacabada, pois é capaz de ser aprimorada com perspectivas e detalhes não antes observados. É certo que procurou-se dar a melhor argumentação dentro das circunstâncias fáticas e existenciais.

Partindo para a temática abordada, verifica-se que o direito contemporâneo busca de certa forma um desconstrucionismo de conceitos clássicos. A impressão era de escrever sobre o simples (conceito de princípio e da norma jurídica) em um momento difícil (o neoconstitucionalismo). Acabamos por expressar o óbvio de uma realidade objetiva diante de uma insólita sociedade relativista.

Assim, o trabalho iniciou com o deslinde da fundamentação em princípios que ocorrem no cenário brasileiro: a expressão de um movimento neoconstitucionalista, os valores aplicados na argumentação principiológica. Verificou-se a superestimação dos princípios em detrimento das regras. Constatou-se pela necessidade de se argumentar em princípios, e na falta deles, de criar novos princípios. Alguns expressados em fórmulas redundantes são verificados com a imprescindível “elevação” do direito violado a categoria principiológica.

A máxima manifestação principiológica é representada pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Devido à sua amplitude e vagueza, tal princípio permite as mais variadas fundamentações jurídicas. Pode servir de argumento para defender o direito de viver do nascituro e ao mesmo tempo o direito da mulher sobre seu corpo. Constatou-se que a melhor forma de abordar a dignidade humana é aquela que favorece o ser humano sem variar em razão do momento circunstancial e da época.

Percebemos também que a constituição brasileira é muitas vezes tratada como principiológica, sendo que deveria ser considerada como uma constituição regulatória. Além disso, a nova hermenêutica constitucional tornou evidente que a interpretação hodierna admite um papel criativo considerando um conteúdo variável para o que dispõe a norma.

Diante do que foi estudado, observamos um conceito sob duas perspectivas: a afetividade no sentido antropológico e a afetividade no sentido jurídico. A primeira ocorre no ser humano como expressão de sua potência afetiva, em que se processam as emoções e os sentimentos. Foi considerada a dificuldade de estudar os afetos objetivamente, tendo em vista que ocorrem na intimidade do sujeito e possuem uma grande carga de subjetividade. A conclusão central desse ponto é de que os afetos podem e devem ser bem conduzidos pela razão.

A razão, como faculdade superior do homem, comanda as demais dimensões humanas e torna possível educar os sentimentos. Com isso, os que buscam dominar os afetos com a razão têm um maior domínio sobre si. Ao sentido jurídico dos afetos percebe-se inicialmente que a afetividade é “deduzida” do ordenamento, pois não é tratada de forma expressa pela nossa legislação. A lei positivada faz menção aos afetos, a doutrina discorre sobre o princípio da afetividade e as decisões judiciais fundamentam seus juízos no valor jurídico do afeto, mas isso não torna legítimo o princípio da afetividade. Constatou-se, então, que há casos em que a responsabilidade decorrente da obrigação jurídica desconsidera os afetos.

De forma mais expressiva foram compreendidas duas conclusões específicas: a) se a afetividade é considerada uma norma jurídica, é, portanto, uma norma arbitrária, e b) se a afetividade é considerada como um princípio, há, portanto, violação de segurança subjetiva e objetiva.

Na primeira conclusão específica constata-se que o elemento essencial da norma é regular condutas. Investigamos que a construção da norma decorre de um ato do intelecto; assim, a razão a ordena para o bem comum. Dessa forma, quando a norma não é produto da razão, mas de um arbítrio desordenado, conclui-se que a norma é arbitrária. Portanto, quando a afetividade é considerada como norma, pode-se afirmar que é uma norma arbitrária.

Na segunda conclusão específica, verificamos a ocorrência da insegurança jurídica caso a afetividade seja considerada como princípio. Isso evidencia uma insegurança subjetiva à medida que os afetos são instáveis e no interior do sujeito poderá ocorrer uma inquietação com as determinações das relações jurídicas baseadas no afeto. Pode haver um afeto positivo, mas não se sabe da real continuidade dele no tempo. A insegurança objetiva ocorre pela postura do Judiciário, Legislativo e da doutrina. O Judiciário, no tão conhecido ativismo judicial, fundamenta suas decisões com base no “valor jurídico do afeto” ou “princípio da afetividade”. Pela doutrina, a insegurança é revelada à medida em que acolhe a afetividade como elemento mais importante do Direito de Família em detrimento das obrigações e deveres, tendo em vista que a responsabilidade das relações jurídicas independe de afetos. O Legislativo também produz uma situação de insegurança conforme as leis mencionam “relações jurídicas de afeto” sem delimitar as condutas a que se referem tais afirmações normativas.

Com isso, é importante contemplar a realidade jurídica de forma objetiva. O Direito pode e deve acompanhar as mudanças sociais, mas há um espaço de inalterabilidade que necessita ser respeitado. A estrutura elementar do direito - a norma -, apesar de ser definida por conceitos diferentes, tem como ponto central a delimitação da conduta humana visando a regulação social e por isso não se adequa à estrutura dos afetos.

REFERÊNCIAS

- AGUIRRE, Carlos Martínez de. **¿Nuevos modelos de familia?** Disponível em: http://www.fert.es/fertinforma/wp-content/uploads/2014/11/Carlos-Mart%C3%ADnez_Conferencia-nuevos-modelos-de-familia.pdf. Acesso em: 03 set. 2019. Tradução livre.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AROUCA, Ana Carolina Bergamaschi. **A união de vidas em nome do afeto e o direito**. 2017. Tese (Doutorado em Direito Civil Comparado), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.
- ASCENSÃO José de Oliveira. **O casamento de pessoas do mesmo sexo**. Disponível em: <https://portal.oa.pt/upl/%7Bcb64c0c1-71d7-49f1-abae-bb2ee9af4ca4%7D.pdf>. Acesso em: 03 set. 2019.
- ÁVILA, Humberto Bergamann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 151-179, jan./mar. 1999. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br>. Acesso em: 20 ago. 2019
- _____. Neoconstitucionalismo: Entre a ciência do direito e o direito da ciência. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, p.1-19, jan./fev./mar. 2009. Disponível em: <http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595>. Acesso em: 10 nov. 2018.
- _____. **Segurança Jurídica**. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2012.
- _____. **Teoria da segurança jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- _____. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. O começo da história: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, p.25-65, 2003. Disponível em : http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf. Acesso: 27 nov. 2018.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2003.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 25 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 4.277 DF. Relator: Ministro Ayres Britto, Brasília, DF, 05 mai. 2011. **Portal Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 12 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 124306/RJ. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF. 29 nov. 2016. **Portal Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em : 02 jun. 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 898060-SC, Relator: Ministro Luiz Fux, Brasília, DF, 21 set. 2016. **Portal Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919>. Acesso em: 15 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 477554- MG. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 01/07/2011. **JusBrasil**. [Brasília, DF]. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22926636/recurso-extraordinario-re-477554-mg-stf>. Acesso em: 20 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral ° 622. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 21 set. 2016. **Portal Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4803092&numeroProcesso=898060&classeProcesso=RE&numeroTema=622>. Acesso em: 08 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso em Mandado de Segurança nº 52539- MS (2016/0307536-9). Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, Brasília, DF, 07 nov. 2017. **Jusbrasil**, [Brasília, DF]. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/522273582/agravo-interno-no-recurso-em-mandado-de-seguranca-agint-no-rms-52539-ms-2016-0307536-9/inteiro-teor-522273592?ref=juris-tabs>. Acesso em: 20 jul. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em recurso especial. nº 929199 RJ (2016/0146461-1). Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DF, 13 jun. **Jusbrasil**. [Brasília, DF]. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/469069363/agravo-em-recurso-especial-aresp-929199-rj-2016-0146461-1>. Acesso em: 20 dez. 2019

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 217531 - SP (2011/0208840-7). Relator: Ministra Laurita Vaz, Brasília, DF, 21 mar. 2013. **Jusbrasil**, [Brasília, DF]. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23096082/habeas-corpus-hc-217531-sp-2011-0208840-7-stj/inteiro-teor-23096083?ref=serp>. Acesso em: 13 jul. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.159.242- SP (2009/0193701-9). Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 24 abr. 2012. **Migalhas**, [Brasília, DF]. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120510-02.pdf. Acesso em: 20 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1713167- SP (0239804-9). Relator: Ministro Luís Felipe Salomão, Brasília, DF, 19 jun. 2019. **Jusbrasil** [Brasília, DF]. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/635855286/recurso-especial-resp-1713167-sp-2017-0239804-9/inteiro-teor-635855288> . Acesso em: 20 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso Especial nº 1658348- GO (2017/0033027-6). Relator: Ministro Herman Benjamin, Brasília, DF, 16 mai. 2017. **Jusbrasil** [Brasília, DF]. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/471984261/recurso-especial-resp-1658348-go-2017-0033027-6/relatorio-e-voto-471984270?ref=juris-tabs>. Acesso em: 13 jul. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso Especial nº 1797175 SP (2018/ 0031230-0). Relator: Ministro Og Fernandes, Brasília, DF, 21 mar. 2019. **Jusbrasil**, [Brasília, DF]. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/692205375/recurso-especial-resp-1797175-sp-2018-0031230-0/inteiro-teor-692205385>. Acesso em: 06 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial nº 1328380- MS (2011/0233821-0). Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Brasília, DF, 21 out. 2019. **Jusbrasil** [Brasília, DF]. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153483514/recurso-especial-resp-1328380-ms-2011-0233821-0/relatorio-e-voto-153483526>. Acesso em: 03 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Agravo interno no Recurso Especial nº 1315051 SP (2018/ 0153248-8) , Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 13 nov. 2018. **Jusbrasil**. [Brasília, DF]. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/652034014/agravo-interno-no-agravo-em-recurso-especial-agint-no-aresp-1315051-sp-2018-0153248-8/inteiro-teor-652034029?ref=juris-tabs>. Acesso: 07 set. 2019

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Cível. Acórdão nº 70076511807 –RS. Relator: José Antônio Daltoe Cezar, Rio Grande do Sul, 19 jul. 2018. **Jusbrasil**. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/603680200/apelacao-civel-ac-70076511807-rs>. Acesso em: 23 out. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Pará. 3ª Câmara Cível. Apelação nº 00223426520098140301. Relator: Maria Filomena de Almeida Buarque, Brasília, DF, 23 out. 2015. **Jusbrasil**, [Brasília, DF]. Disponível em: <https://tj-pa.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/342182251/apelacao-apl-223426520098140301-belem/inteiro-teor-342182261?ref=serp>. Acesso em: 13 jul. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo Apelação Cível nº 10136631220188260602 SP (1013663-12.2018.8.26.0602. Relator: Rosângela Telles. São Paulo, SP, 28 mai. 2012. **JusBrasil**, Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/785525004/apelacao-civel-ac-10136631220188260602-sp-1013663-1220188260602?ref=serp>. Acesso em: 20 jun. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. 1ª Câmara Cível. Apelação Cível. nº 20150140496 RN. Relator: Juiz Roberto Guedes (convocado), Natal, RN, 07 abri. 2016. **Jusbrasil**, [Brasília, DF]. Disponível em: <https://tj-rn.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/334796580/apelacao-civel-ac-20150140496-rn>. Acesso em: 06 jun. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. 1ª Região. Recurso Ordinário nº 00132798420155010451 RJ. Relator: Leonardo Dias Borges, Brasília, DF, 23 mai. 2018. **Jusbrasil**, [Brasília, DF]. Disponível em: <https://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/640624516/recurso-ordinario-ro-132798420155010451-rj>. Acesso em: 13 jul. 2019

BRASIL. Tribunal Regional Federal 1ª Região. Quinta turma. Remessa *Ex Officio* em Mandado de Segurança 00149565920154014000 0014956-59.2015.4.01.4000. Relator: Desembargador Federal Carlos Moreira Alves. Brasília, DF, 20 set. 2017. **Jusbrasil**, [Brasília, DF]. Disponível em: <https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/604923585/remessa-ex-officio-em-mandado-de-seguranca-reoms-149565920154014000-0014956-5920154014000?ref=serp>. Acesso em: 13 jul. 2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CABELEIRA, Caio Martins. A ditadura do afeto: uma crítica à introdução do sentimento como valor jurídico. **Revista de Direito de Família e das sucessões**. São Paulo, v. 1, p.43-60, jul./set., 2014.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CAMPOS, Juliana Cristine Diniz; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. Nova hermenêutica constitucional e (in) segurança jurídica características e crítica da virada linguística no interpretar da Constituição. **Revista Questio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 782-783, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Almedina: Coimbra, 2003.

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

CHOZA, Jacinto. **Manual de Antropología Filosófica**. Sevilla: Thémata, 2016.

CORREIA, Atalá. Insuficiência da afetividade com critério de determinação da paternidade. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. V. 14, p. 335-366, Jan- Mar, 2018.

COSTA, Rafael de Oliveira. Segurança Jurídica e (im) previsibilidade do direito. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**. Fortaleza, v. 34.1, p. 169 -202, jan./jun. 2014.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Primeira lições de direito**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995.

CUADRADO, José Ángel García. **Antropologia filosófica: Una introducción a la Filosofía del Hombre**. 5.ed. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2010.

DALRYMPLE, Theodore. **Podres de mimados: as consequências do sentimentalismo tóxico**. 1 ed. São Paulo: É realizações, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **União Homossexual: O preconceito & a justiça**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. v.5. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. v.7. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. O problema da liquidação do dano moral e o dos critérios para a fixação do “quantum” indenizatório. In: DINIZ, Maria Helena (org.). **Atualidades Jurídicas**, v.2, São Paulo: Saraiva, 2000.

DIP, Ricardo. **Segurança Jurídica e crise no mundo pós-moderno**. 3. ed. São Luís: Livraria Resistência Cultural Editora, 2019.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Obrigações**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. v. 6. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo de juízes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)** 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

HERVADA, Javier. **Lições propedêuticas de filosofia** CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. ed. Almedina: Coimbra, 2003.

_____. **O que é o direito?** A moderna resposta do realismo jurídico: uma introdução ao direito. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica e dos Costumes.** Lisboa: Edições 70, 2007, p. 69. Disponível em: https://ufpr.cleveron.com.br/arquivos/ET_434/kant_metafisica_costumes.pdf. Acesso em: 21 ago. 2019.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1988. Disponível em: <https://portalconservador.com/livros/Hans-Kelsen-Teoria-Pura-do-Direito.pdf> . Acesso em: 12 nov. 2019.

LOPES, Joshua Gomes. **Deveres constitucionais individuais à luz da Constituição Federal de 1988.** 2017. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional), Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2017.

MACHADO NETO, Antônio Luís. **Compêndio de introdução à ciência do direito.** 6. ed. São Paulo: Saraiva. 1988.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. A família como garantia constitucional na Constituição. In: **Democracia e direitos fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides.** 1 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

_____. **Curso de hermenêutica Jurídica.** 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015

_____. **Teoria dos Valores jurídicos, uma luta argumentativa pela restauração dos valores clássicos.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

MALO PÉ, Antonio. **Antropología de la Afectividad.** Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2004.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Família é aquela que perpetua a sociedade.** Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-mai-12/constituente-familia-aquela-gera-descendentes-sociedade>. Acesso em: 03 set. 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo.** 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano de validade.** 15. ed. São Paulo: Saraiva educação, 2019.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1997.

MORAU, Caio Chaves. **Casamento e afetividade no Direito Brasileiro: uma análise histórico-comparativa**. 2017. Dissertação. (Mestrado em Direito Civil). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MORÁN, Narciso Martinez. La dignidade humana en las investigaciones biomédicas. **Revista ALDABA**, Melilla, n. 32, p. 165-205, 2004.

MOTA, Maria Yannie Araujo. **Crítica Epistemológica ao Direito Civil-Constitucional**. 2017. Dissertação (Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional), Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2017.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais coo diferença paradoxal do sistema jurídico**. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

NORÕES, Mariane, PEREIRA JÚNIOR, Antônio. A abordagem antropológica e jurídica da afetividade no direito de família mediante o uso do diálogo socrático em sala de aula. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 28. p. 57-77.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Método, 2012.

ORIGEM DA PALAVRA, 2019. Disponível em:
<https://origemdapalavra.com.br/palavras/principio/>. Acesso em: 10 jul. 2019.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta Linguístico- Pragmática na filosofia contemporânea**. 4. ed. São Paulo: Lyola, 2015.

PAIM, Gustavo Bohrer. **Direito processual eleitoral? Por uma processualidade do direito eleitoral**. 2015. Tese (Doutorado em Direito) Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

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

PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge. Da afetividade à efetividade do amor nas relações de família. In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (Coord.). **Afeto e estruturas familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 57-78.

_____; OLIVEIRA NETO, José Weidson de. (In)viabilidade do princípio da afetividade. **Universitas JUS**, v. 27, n. 2, p. 113-125, 2016.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, o princípio da dignidade da pessoa humana e a constituição de 1988. **Revista dos tribunais**. v.94, n. 833, p. 41-53, mar. 2005.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Lições preliminares do direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Estatuto epistemológico do direito civil contemporâneo na tradição de civil *law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Meritum**, Belo Horizonte, v.05, n. 02, p.13-52, jul./dez. 2010.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. **Direito e afetividade**: Estudo sobre as influências dos aspectos afetivos nas relações jurídicas. 2009. Dissertação (Mestrado). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em: <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/16-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades-daniel-sarmento.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____; ROCHA, Carmem Lúcia. (Org.) **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**: Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

SOUSA, Mônica Medeiros Gaspar de. **A retórica principialista**: o uso dos princípios jurídicos como formulas de redundância na pratica jurídica.. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Portal do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 26 jul. 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Portal do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Sob-medida/Advogado/Jurisprudencia/Pesquisa-de-Jurisprudencia>. Acesso em: 26 jul. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. Do pamprinciologismo à concepção hipossuficiente de princípio: dilemas da crise do direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 49, n. 194, p. 07-21, abr./jun. 2012

_____. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TARTUCE, Flávio. Novos Princípios do Direito de família brasileiro. **Revista Ciência Jurídica**, volume 139, ano XXII, jan/fev, 2008. p. 425-441.

TOMÁS DE AQUINO, **Suma Teológica**, I-II, q. 91, a.1. Disponível em: <https://sumateologica.files.wordpress.com/2017/04/suma-teolc3b3gica.pdf>. Acesso em: 12 set. 2019.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

VIEIRA, Leonardo Jorge Sales. **Análise da (in)segurança Jurídica no Brasil**: Uma proposta de abertura cognitiva do direito ao ambiente social. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2015.

VILLELA, João Baptista. Variações impopulares sobre a dignidade da pessoa humana. **Doutrina**: edição comemorativa 20 anos do Superior Tribunal de Justiça., Distrito Federal, p. 559 -581, 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/dout20anos/article/view/3445/3569>. Acesso em: 12 jun. 2019

WITTIGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução de João José R. L. de Almeida. Disponível em: <http://www.psicanaliseefilosofia.com.br/textos/InvestigacoesFilosoficas-Original.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2018.

YEPES STORK, Ricardo; ARANGUREN ECHEVARRÍA, Javier. **Fundamentos de antropologia**: um ideal de excelência humana. Tradução de Patrícia Carol Dwyer. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência “Raimundo Lúlio” (Ramon Llull), 2005.