ROMUALDO BAPTISTA DOS SANTOS

DIREITO E AFETIVIDADE

**ESTUDO SOBRE AS INFLUÊNCIAS DOS ASPECTOS
AFETIVOS NAS RELAÇÕES JURÍDICAS**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

PROFESSORA ORIENTADORA

GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA

**FACULDADE DE DIREITO DA USP
SÃO PAULO
2009**

ROMUALDO BAPTISTA DOS SANTOS

DIREITO E AFETIVIDADE

**ESTUDO SOBRE AS INFLUÊNCIAS DOS ASPECTOS
AFETIVOS NAS RELAÇÕES JURÍDICAS**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito Civil como exigência parcial para obtenção do título de Mestre pela Universidade de São Paulo, sob a orientação da Professora Associada de Direito Civil Doutora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka.

**FACULDADE DE DIREITO DA USP
SÃO PAULO
2009**

“Este é, senhores, o rico caminho da interdisciplinaridade, que admite – a um agrupamento de pessoas como este nosso de hoje, sob as dobras da diversidade de pensamento, de linhas e de construções científicas, dobras essas que caracterizam e personificam o IBDFAM – que nos sentemos uns ao lado dos demais, sociólogos, antropólogos, psicólogos, filósofos e homens do direito. Sem castelos ou prisões. Sem moldes pré-estruturados e estratificados. Mas absolutamente abertos à contemplação da vida como ela é, e atentos aos contornos do caminho que leva à realização pessoal e plena de cada um dos homens, enquanto membro do grupo familiar que o abriga e guarda.”

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka,
III Congresso Brasileiro de Direito de Família, IBDFAM
Ouro Preto, MG
Outubro/2001

*Ao meu querido e amado pai, Waldemar (em memória) e à
minha adorada mãe, Beatriz, pelos valores morais que
incutiram em minha formação, pelo amor que me
dedicaram, pela vida que me deram.*

*Aos meus filhos, Rodrigo (Didi) e Maria Beatriz (Linda),
porque são as razões da minha vida.*

Agradecimentos

Agradeço antes de tudo à professora Giselda Hironaka, por seu apoio, sua amizade e por sua firme orientação para a consecução deste trabalho que, por sua natureza pouco comum, exigiu esforço de compreensão e de entendimento só encontráveis em pessoa notável e igualmente incomum.

Ao meu amigo Flávio Tartuce, a quem rendo merecidas homenagens e declaro minha admiração, pelo apoio incondicional, pela torcida e pelas discussões inflamadas, tão ao nosso gosto, que instigam o intelecto e nos fazem progredir.

À minha amiga Águida Barbosa pela parceria, pelo apoio e pela troca de experiências que tanto me ajudaram.

À igualmente amiga Giselle Groeninga, que soube compartilhar suas experiências científicas e profissionais, por mostrar-me os caminhos pelos quais deveria trilhar na construção do presente estudo.

Ao Renato Moraes, com quem iniciei a caminhada rumo à admissão no Mestrado, pelo companheirismo, pela solidariedade e, sobretudo, pela grandeza de espírito e nobreza de caráter demonstradas nos momentos difíceis que enfrentamos durante essa trajetória.

Ao amigo Francisco Lima, pelo apoio e pelas valiosas contribuições que determinaram o rumo desta pesquisa.

Ao Fernando Dias Andrade, jovem e talentoso filósofo e professor, pela generosidade com que sempre se dispôs a discutir os temas filosóficos que orientam o presente estudo.

A todos os amigos do kit-gigi, pela família magnífica que formamos, pelas discussões acaloradas, pela amizade que nos une.

RESUMO

A Modernidade teve como características a busca pelas certezas nos campos filosófico e científico, o progresso da ciência e da tecnologia, bem como o domínio da natureza pelo homem, tudo sob o fundamento de que a Razão seria capaz de encontrar todas as respostas e de atender a todas as necessidades dos seres humanos. Assim também o Direito, enquanto campo do conhecimento e como ferramenta destinada a resolver os conflitos de interesses, procurou se acerrar de certezas, desenvolvendo mecanismos seguros e institutos determinados, aos quais os fatos da realidade deveriam se amoldar.

O tempo em que vivemos, porém, é marcado por incertezas em todos os sentidos, já que a Razão deu mostras de sua insuficiência para resolver todos os problemas da humanidade. Ademais, é flagrante a realidade de que o ser humano não é apenas racional, mas também é afetivo, religioso, intuitivo; enfim, o ser humano é complexo. As relações jurídicas, que, sob o paradigma moderno, se orientavam exclusivamente pela razão, logo se mostraram impregnadas por outros elementos não racionais, a demandar respostas da ciência jurídica. A afetividade é um dos aspectos da humanidade, é um dos fatores que compõem a personalidade e é um fator determinante para o desenvolvimento integral do ser humano.

Então, a afetividade é, a um só tempo, um elemento constitutivo do ser humano e um fator presente em toda e qualquer conduta humana; é um valor jurídico a reclamar proteção e é também um aspecto inerente a toda conduta jurídica. A afetividade encontra-se presente em todas as relações jurídicas, mas impregna especialmente as relações de Direito de Família, das quais é marco característico. É fator indissociável do ser humano do mesmo modo que a racionalidade, posto que não se pode pensar o ser humano destituído de sua racionalidade, assim como não se pode compreendê-lo ausente da afetividade.

Esse reconhecimento é orientado pela virada paradigmática da Modernidade para a Pós-Modernidade, pois reconhecer que o ser humano é racional, afetivo, religioso, intuitivo etc. é reconhecer a sua complexidade; é olhar para o ser humano em sua integralidade. Por isso, pode-se dizer que o estudo da afetividade e de suas implicações na ciência jurídica representa um alargamento das fronteiras do nosso conhecimento, em busca da compreensão dos seres humanos em sua complexidade.

Palavras-chave: afetividade; pós-modernidade; virada paradigmática; complexidade; interdisciplinaridade.

ABSTRACT

Modernity was characterized by the search of certainties in the philosophical and scientific fields, by the progress of science and technology, as well as the domination of nature by men. This was based on the grounds that Reason would be able to find all the answers to fulfill every human need. In the same path, Law, as a field of knowledge and a tool to solve interest conflicts, tried to surround itself with certainties, developing mechanisms of safety and particular rules according to which the facts of reality should conform.

Nevertheless, the time we live in is marked in every way with uncertainties, since Reason has shown its insufficiency to solve all humanity's problems. Furthermore, it is a flagrant reality that the human being is not only rational, but also affective, religious and intuitive – all in all the human being is complex. Juridical relations oriented exclusively by Reason in the modern paradigm, soon showed to be impregnated with other non-rational elements that demanded answers from the juridical science. Affection is one of the aspects of humanity, one of the elements that integrate the personality and it is a determinant factor for its integral development.

Thus, affection is a constitutive element of the human being as well as a present factor in all and every human conduct. It is a juridical value that claims protection and is inherent in every juridical relation. Affection integrates a juridical conduct, but it impregnates especially Family Law relations, being its outstanding characteristic. Affection cannot be dissociated from the human being, as well as rationality, since one cannot think the human being deprived of its rationality, as well as one cannot understand him without affectivity.

This acknowledgment is oriented by the paradigmatic turning of Modernity to Post-Modernity, since recognizing that the human being is rational, affective, religious, intuitive, etc., is the same as to recognize its complexity; it is to look at the human being in its integrality. That is why one can say that the study of affectivity and its implications in the juridical science represents the broadening of frontiers of our knowledge, in search of the understanding of human beings in its complexity.

Keywords: affectivity; post-modernity; paradigmatic turning; complexity; interdisciplinarity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO – DIREITO E AFETIVIDADE: ESTUDO SOBRE AS INFLUÊNCIAS DOS ASPECTOS AFETIVOS NAS RELAÇÕES JURÍDICAS	11
1 O PROBLEMA DO CONHECIMENTO ENTRE A MODERNIDADE E A PÓS-MODERNIDADE	13
1.1 Virada paradigmática da Modernidade para a Pós-Modernidade.....	13
1.1.1 A crise da Modernidade	18
1.1.2 Os pensadores da Escola de Frankfurt	22
1.1.3 A Idade Complexa, Pós-Modernidade ou Contemporaneidade	23
1.1.4 A Modernidade líquida.....	27
1.2 O pensamento complexo	29
1.2.1 Os primeiros sinais do pensamento complexo	30
1.2.2 A descrição da complexidade no pensamento contemporâneo	33
1.2.3 Influências do pensamento complexo na ciência jurídica	36
1.3 A interdisciplinaridade	40
1.3.1 O que é interdisciplinaridade.....	40
1.3.2 Espécies de interdisciplinaridade	41
1.4 A afetividade na teoria do conhecimento	43
1.4.1 A teoria dos objetos (que tipo de objeto é a afetividade)	45
1.4.2 Como pode se dar o conhecimento da afetividade	46
2 EM BUSCA DE UM CONCEITO DE AFETIVIDADE NAS TEORIAS PSICOLÓGICAS	47
2.1 A afetividade na filosofia de Baruch de Spinoza.....	48
2.2 A afetividade na teoria psicanalítica de Sigmund Freud	50
2.2.1 Freud e o paradigma moderno.....	50
2.2.2 A virada paradigmática de Freud	51
2.2.3 O primado da afetividade	54
2.3 A afetividade na Psicologia do Desenvolvimento de Jean Piaget	57
2.3.1 O objeto de estudo de Jean Piaget.....	57
2.3.2 Os estágios do desenvolvimento humano	58
2.3.3 A afetividade conforme os estágios do desenvolvimento humano	60
2.3.4 A Ética na doutrina piagetiana	62
2.4 A afetividade na psicologia de Pierre Debray-Ritzen e Badrig Melekian.....	65
2.4.1 Um conceito enxuto de afetividade	65
2.4.2 O que é comportamento	66
2.4.3 Distinção entre afetos e comportamentos.....	66

2.4.4 O comportamento afetivo.....	67
2.5 Resenha do capítulo: a compreensão da afetividade	68
3 A AFETIVIDADE COMO FUNDAMENTO DA ATIVIDADE ÉTICA.....	70
3.1 Afetividade e inteligência – Razão e emoção.....	71
3.2 A afetividade como expressão do ser	76
3.3 A afetividade como projeção do ser humano para a vida em sociedade	79
3.4 A ética relacional ou a ética do amor	81
3.5 Antropoética: a ética do humano	82
3.6 A afetividade e finalidade: em busca da felicidade	85
4 DIREITO E AFETIVIDADE: APROXIMAÇÃO DOS CONCEITOS	90
4.1 A afetividade como fundamento da conduta jurídica.....	90
4.1.1 Direito e afetividade na dogmática jurídica moderna	91
4.1.2 O Direito e a afetividade na dogmática contemporânea.....	94
4.2 A afetividade como valor jurídico	100
4.2.1 Exigência da Pós-Modernidade/Complexidade	101
4.2.2 Produto do feminismo	103
4.2.3 O valor fundamental da pessoa humana.....	107
4.2.4 A afetividade como uma necessidade humana.....	108
4.3 A afetividade como obrigação jurídica.....	111
4.3.1 Impasse entre o direito ao afeto e o não dever de prestar afeto.....	111
4.3.2 Comportamentos: ponto de contato entre Direito e Psicologia.....	113
4.3.3 Relação entre comportamentos e afetos	114
4.3.4 Comportamento afetivo e comportamento pró-afetivo	116
4.3.5 O comportamento pró-afetivo como obrigação jurídica	118
5 A AFETIVIDADE NAS RELAÇÕES JURÍDICAS	122
5.1 A afetividade no Direito Constitucional	122
5.1.1 A centralidade da pessoa humana	124
5.1.2 A força cogente dos princípios constitucionais	126
5.1.3 O princípio jurídico da afetividade.....	128
5.1.4 Eficácia imediata dos direitos fundamentais	130
5.2 A afetividade no Direito Civil	133
5.2.1 A despatrimonialização ou repersonalização do Direito Civil.....	133
5.2.2 O Código Civil de 2002: socialidade, eticidade e operabilidade	136
5.2.3 Afetividade e os direitos da personalidade.....	140
5.2.4 A boa-fé objetiva.....	143
5.2.5 A função da responsabilidade civil na Pós-Modernidade	144
5.3 A afetividade no Direito de Família	146
5.3.1 A afetividade como determinante das relações familiares	146
5.3.2 O dever de prestar afeto	150
5.3.3 Guarda compartilhada	152

5.3.4 Paternidade socioafetiva.....	154
5.3.5 Adoção à brasileira.....	160
5.3.6 Abuso de direito nas relações familiares.....	162
5.3.7 Alienação parental.....	164
6 A TUTELA JURÍDICA DA AFETIVIDADE	166
6.1 Mecanismos jurídicos de tutela da afetividade.....	167
6.1.1 Medidas declaratórias e afirmativas da afetividade	167
6.1.2 Medidas corretivas de comportamentos relacionados com a afetividade	171
6.1.3 Medidas reparatórias de danos causados à afetividade	173
6.2 Generalidades sobre a responsabilidade civil por dano afetivo.....	175
6.2.1 Responsabilidade civil: conceito, espécies e pressupostos	175
6.2.2 O dano: conceito e espécies	176
6.2.3 Os danos morais ou afetivos.....	177
6.2.4 O patrimônio afetivo	179
6.2.5 Danos ao patrimônio afetivo	181
6.2.6 A quantificação dos danos morais ou danos afetivos	183
6.3 Responsabilidade civil por dano afetivo em espécie	189
6.3.1 Responsabilidade civil por abandono afetivo.....	189
6.3.2 Responsabilidade civil entre cônjuges, companheiros e namorados.....	195
6.3.3 Responsabilidade civil por assédio moral	198
6.3.4 Responsabilidade civil por quebra de laço afetivo.....	201
6.3.5 Responsabilidade civil por prisão indevida.....	203
7 A AFETIVIDADE E OS PROBLEMAS DO NOSSO TEMPO	205
7.1 Influências da afetividade na bioética	206
7.1.1 Bioética.....	206
7.1.2 Reprodução assistida	208
7.1.3 Aborto e eutanásia.....	213
7.1.4 Clonagem humana.....	217
7.2 Influências da afetividade na família: os contornos e desafios nos dias atuais	220
7.2.1 Principais formas de agremiação familiar	221
7.2.2 Famílias uniparentais.....	223
7.2.3 Famílias mosaicas	225
7.2.4 Famílias homoafetivas.....	227
7.2.5 Situações familiares especiais	232
CONCLUSÕES	235
REFERÊNCIAS.....	240

INTRODUÇÃO

DIREITO E AFETIVIDADE: ESTUDO SOBRE AS INFLUÊNCIAS DOS ASPECTOS AFETIVOS NAS RELAÇÕES JURÍDICAS

É fácil perceber que, de modo geral, os vínculos jurídicos são marcados por algum elemento afetivo que os torna especiais. Conquanto esse elemento possa se fazer presente em outras modalidades de relação jurídica, é nas relações familiares que ele se faz essencial. Hodiernamente, a doutrina e a jurisprudência têm prestado especial atenção a esse fato, a ponto de se afirmar, por exemplo, que a paternidade se caracteriza antes pelo elemento afetivo do que pelo fator biológico. Além disso, o afeto tem se colocado como uma necessidade do ser humano a ser atendida especialmente no âmbito dos núcleos familiares, podendo ser exigida reparação judicial em caso de negativa.

A partir disso, ocorre a necessidade de abordar o tema afetividade, fixar o seu conceito e suas peculiaridades, investigar as suas implicações no mundo jurídico e a possibilidade de sua determinação como obrigação jurídica. De fato, a partir de um conceito de afetividade, pode-se elaborar uma série de desenvolvimentos, mediante aproximação com outros conceitos correlatos, com vista ao enfrentamento das inúmeras questões que se apresentam à ciência jurídica. Enfim, a fixação do conceito e das características da afetividade, a determinação das implicações para o mundo jurídico e da possibilidade de ser exigida como obrigação jurídica certamente servirão para uma melhor compreensão da matéria por parte de todos aqueles que laboram no Direito.

Este trabalho é dividido em três partes, num total de sete capítulos. Na primeira parte, constituída pelos Capítulos 1 e 2, procuramos estabelecer um conceito de afetividade; na segunda, que corresponde aos Capítulos 3, 4 e 5, procuramos entender como a afetividade se liga ao Direito; na última parte, envolvendo os Capítulos 6 e 7, tratamos da aplicabilidade dos conceitos e teorias aos aspectos práticos da atividade jurídica.

Nossa proposta central é conhecer a afetividade e sua influência sobre as relações jurídicas, o que nos leva preliminarmente ao problema do conhecimento. Por isso, no Capítulo 1 deste estudo, nos ocupamos da teoria do conhecimento e do seu estágio atual, levando em consideração a virada paradigmática da Modernidade para a Pós-Modernidade.

Em suma, procuramos entender o modo pelo qual se podem conhecer os objetos na contemporaneidade e, por conseguinte, como devemos conhecer a afetividade. No Capítulo 2, procuramos realizar um esforço interdisciplinar em busca do conceito da afetividade fornecido pela Psicologia e pela Psicanálise, encerrando a primeira parte.

Na segunda parte (Capítulos 3 e 4), que pode ser considerada o núcleo deste trabalho, buscamos fazer a ligação da afetividade com o Direito, situando-a como fundamento da atividade jurídica e como valor jurídico, bem como indagando sobre a possibilidade de sua constituição como obrigação jurídica.

Na última parte (Capítulos 5 e 6), tentamos dar sentido aos conceitos, teorias e conclusões elaborados, evidenciando os modos pelos quais a afetividade se manifesta no mundo jurídico e determina a realização do Direito.

1

O PROBLEMA DO CONHECIMENTO ENTRE A MODERNIDADE E A PÓS-MODERNIDADE

O propósito central deste estudo é saber o que é a afetividade e como ela se liga ao Direito. Todavia, o conhecimento dos objetos em geral tem sofrido transformação em decorrência da mudança do paradigma moderno para o pós-moderno. Por isso é necessário expor, preambularmente, em que medida ocorreram as modificações paradigmáticas relacionadas com a passagem da Modernidade para a Pós-Modernidade.

É indispensável esclarecer desde logo que não há consenso entre os autores sobre a passagem da Modernidade para a Pós-Modernidade: muitos preferem dizer que se trata apenas de um desdobramento da mesma Era; outros simplesmente negam a existência de um novo período na História. É fato, porém, que todos os autores contemporâneos se deram conta de algum estremecimento nos fundamentos da Era Moderna e do surgimento de um estado de perplexidade. Se não há ainda um exaurimento da Modernidade, há pelo menos um profundo questionamento sobre os seus principais fundamentos. E esse estado de perplexidade se abate sobre todos os aspectos da vida, a evidenciar que se trata de uma virada paradigmática.¹

Neste primeiro capítulo, forneceremos uma breve descrição sobre a virada paradigmática para a Pós-Modernidade e sobre as consequências desse fenômeno para a teoria do conhecimento. Além disso, tentaremos estabelecer que espécie de objeto é a afetividade e o modo pelo qual pode ser conhecida.

1.1 VIRADA PARADIGMÁTICA DA MODERNIDADE PARA A PÓS-MODERNIDADE

A Modernidade se caracterizou, antes de tudo, pela ruptura com a religiosidade e pela emergência do racionalismo. A partir do século XIV, o poder papal sofreu rápido

¹ Na dicção de Carlos Alberto Plastino, “paradigma é um conjunto de perspectivas dominantes em torno da concepção do ser, do conhecer e do homem que, em períodos de estabilidade paradigmática, adquirem uma autoridade tal que se ‘naturalizam’.” O paradigma organiza e ao mesmo tempo limita o pensamento, excluindo outras formas de pensar (Carlos Alberto Plastino, *O primado da afetividade: a crítica freudiana ao paradigma moderno*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001, p. 22).

declínio, uma vez que as pessoas começaram a ousar pensar em Deus à sua própria maneira e não era mais possível controlar os cristãos apenas mantendo-os sob a ameaça de excomunhão.²

René Descartes (1596-1650) é considerado o fundador da filosofia moderna, pois concebeu um sistema filosófico grandioso à maneira dos antigos filósofos gregos. Em *O discurso do método*, expôs os preceitos a serem seguidos para se fazer bom uso do equipamento racional: nunca aceitar coisa alguma, salvo ideias claras e distintas; dividir cada problema em tantas partes quantas fossem necessárias para resolvê-lo; ordenar os pensamentos do simples para o complexo; verificar tudo cuidadosamente para evitar o erro.³

A filosofia de Descartes se baseou no princípio da dúvida, mas logo concluiu que o pensamento constitui a primeira certeza do universo, da qual decorre a certeza sobre a existência do homem, enquanto ser pensante. E, como o pensamento é capaz de fornecer uma ideia clara e distinta sobre os objetos, seus movimentos e sua extensão, então os objetos também existem.⁴

No entanto, Descartes estabeleceu a disjunção entre corpo e alma, mente e matéria, sujeito e objeto. Seu método representou uma ruptura definitiva com o dogmatismo religioso que dominou a Idade Média, situando a razão como fonte de todo o conhecimento. Nesse sentido, o método cartesiano resgata de certo modo o pensamento grego, segundo o qual a razão é inerente a todo ser humano, mas a racionalidade consiste em fazer bom uso da razão.

Mas, se por um lado, a filosofia de Descartes representou um retorno às fontes gregas, por outro trouxe de volta os problemas que dividiam os pensadores do mundo antigo, em especial aquele de saber se o conhecimento existe nas ideias do homem cognoscente ou se repousa nos objetos cognoscíveis. Essas duas maneiras de pensar, que já eram presentes em Platão e Aristóteles, respectivamente, deram origem a duas correntes de pensamento, agora no bojo do racionalismo moderno: o idealismo e o empirismo.

² Bertrand Russell, *História do pensamento ocidental*. Tradução de Laura Alves e Aurélio Rebello. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004, p. 262.

³ Bertrand Russell, *História do pensamento ocidental*, cit., 314-322.

⁴ René Descartes, *O discurso do método*. Tradução de Enrico Corviesi. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 61-63: “E, ao notar que esta verdade: eu penso, logo existo, era tão sólida e tão correta que as mais extravagantes suposições dos cétricos não seriam capazes de lhe causar abalo, julguei que poderia considerá-la, sem escrúpulo algum, o primeiro princípio da filosofia que eu procurava”.

O racionalismo intelectualista teve como representantes, além do próprio Descartes⁵, John Locke (1632-1704)⁶ e Gottfried Wilhelm Leibniz (1646-1716)⁷, para os quais “... o que nós conhecemos são ideias e estas, por sua vez, retratam ou representam o mundo”. O racionalismo empirista foi representado por David Hume (1711-1776)⁸ e John Stuart Mill (1806-1873)⁹, para os quais as ideias universais são abstrações construídas a partir da experiência.

Por meio da doutrina denominada *criticismo transcendental*, Immanuel Kant (1724-1808)¹⁰ procurou conciliar essas duas vertentes do racionalismo. Na *Crítica da razão pura* (1781) expôs sua teoria do conhecimento, segundo a qual há duas formas de conhecer: *a priori* e *a posteriori*. Conhecimentos *a priori*, também denominados puros, são aqueles alcançados diretamente pelo intelecto, sem necessidade de demonstração empírica; *a posteriori* ou empíricos reduzem-se aos dados fornecidos pela experiência sensível. Os conhecimentos *a priori* distinguem-se por necessários e universais. Quando se diz que a linha reta é a menor distância entre dois pontos não se está referindo a uma reta específica, mas a qualquer reta (universalidade); além disso, essa afirmação é válida em quaisquer circunstâncias (necessidade). Ainda na teoria do conhecimento, Kant sustenta que os juízos *a priori* podem ser analíticos, quando o predicado acha-se destacado do sujeito; ou sintéticos, quando o predicado acha-se contido no sujeito.¹¹

Kant fez distinção entre razão e entendimento, ao afirmar que todos os homens são iguais na medida em que todos são dotados de razão; mas são desiguais quanto ao entendimento, que é a inteligência ativa, pois cada um entende de forma diferente. Além disso, Kant fez distinção entre as coisas em si (*noumena*) e as aparências (*faenoumena*), sustentando ser impossível experimentar uma coisa em si, visto que toda experiência

⁵ Bertrand Russell, *História do pensamento ocidental*, cit., p. 314-320.

⁶ John Locke, *Ensaio acerca do entendimento humano*. Tradução de Anuar Aiex. São Paulo: Nova Cultural, 1999, livro IV, cap. I, p. 211: “Desde que a mente em todos os seus pensamentos e raciocínios imediatos não tem outros objetos imediatos exceto suas próprias ideias, e apenas isto é ou pode ser contemplado, torna-se evidente que nosso conhecimento se relaciona apenas a elas”; Bertrand Russell, *História do pensamento ocidental*, cit., p. 345-354, especialmente p. 348.

⁷ Gottfried Wilhelm Leibniz, *Novos ensaios sobre o entendimento humano*. Tradução de João Luiz Baraúna, consultoria de Marilena de Souza Chauí. São Paulo: Nova Cultural, 1999; Bertrand Russell, *História do pensamento ocidental*, cit., p. 329-341.

⁸ David Hume, *Investigação acerca do entendimento humano*. Tradução de Anuar Aiex. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 35-38.

⁹ Bertrand Russell, *História do pensamento ocidental*, cit., p. 428-431.

¹⁰ Bertrand Russell, *História do pensamento ocidental*, cit., p. 383-393.

¹¹ Immanuel Kant, *Crítica da razão pura*. Tradução de Valério Rohden e Udo Bardur Moosburger. São Paulo: Nova Cultural, 1999, passim; Bertrand Russell, *História do pensamento ocidental*, cit., p. 386.

ocorre no tempo e no espaço, enquanto as coisas em si situam-se fora do tempo e do espaço.¹²

A Modernidade foi e ainda é a idade do progresso, pois marcou o período de maior desenvolvimento da humanidade em todos os seus aspectos. Guiados pela Razão e desapegados dos freios impostos pela religião, os seres humanos se lançaram em busca de um futuro de plenas realizações. O racionalismo precipitou a sociedade humana definitivamente na Era da Modernidade, a qual se caracterizou pela busca do desenvolvimento, pelo individualismo, pelo utilitarismo e pelo positivismo em todos os campos da atividade humana: na indústria, nas artes, na filosofia, na ciência e na ética.

Quanto à busca pelo desenvolvimento, cumpre destacar a Revolução Industrial que teve início na Inglaterra e dali se espalhou para o resto da Europa e para a América do Norte, exigindo, por sua vez, imenso esforço científico e tecnológico para atender às necessidades resultantes do industrialismo lastreado nas obras de Adam Smith (1723-1790) sobre Ética e Economia.

O *utilitarismo* recebeu esse nome por causa de uma teoria publicada em 1725, creditada a Hutcheson, segundo a qual o bem significa prazer e o mal constitui dor. Esse modo de pensar foi adotado por Jeremy Bentham (1748-1832), considerado o pai da Ética utilitária, para quem os homens tentam trazer para si a maior felicidade possível e a Ética consiste em estudar os meios legais para promover o melhor estado de coisas possível. O movimento utilitarista teve sequência com James Mill (1773-1836) e seu filho John Stuart Mill (1806-1873).¹³

No plano político, a Modernidade se caracterizou pela valorização do indivíduo, isto é, pelo *individualismo*, em contraposição ao absolutismo estatal que dominara o período anterior. Na Idade Moderna, o poder dos imperadores e do Papa entrou em crise, principalmente em razão do enriquecimento da burguesia, de modo que as monarquias absolutas logo se transformaram em monarquias constitucionais; os imperadores foram sujeitados a Constituições que asseguravam algumas garantias e direitos individuais. Momento marcante desse período foi a Revolução Francesa de 1789, que enfatizou a valorização do indivíduo e a proteção da propriedade de forma absoluta.

Na Filosofia, cumpre destacar o positivismo, cujo maior representante foi o francês Auguste Comte (1798-1857) e que constituiu sempre um esforço em prol da síntese, no

¹² Bertrand Russell, *História do pensamento ocidental*, cit., p. 388.

¹³ Bertrand Russell, *História do pensamento ocidental*, cit., p. 424 e 428.

sentido de resumir os vários fenômenos sob um mesmo título. Por fenômeno entenda-se a parte sensível da realidade, isto é, as coisas e os fatos perceptíveis aos sentidos e apreensíveis à racionalidade, em determinado tempo e lugar.¹⁴

O positivismo filosófico operou uma verdadeira revolução em todas as áreas do conhecimento, a começar porque cada qual buscou sua própria afirmação enquanto ciência, mediante a determinação de um objeto e de um método de investigação. A esse respeito podemos destacar os esforços empreendidos pela Psicologia, que antes se dedicava ao estudo da alma, mas depois passou a estudar o comportamento, que é a parte sensível da psique; pelo Direito, que em dado momento limitou seu objeto de estudo às normas jurídicas e ao ordenamento jurídico; pela Biologia, que se dedicou ao estudo dos seres vivos, adotando o método classificatório das espécies; e assim por diante.

Entretanto, em decorrência da disjunção cartesiana entre sujeito e objeto, o positivismo teve como característica a busca incansável pelas certezas científicas, as quais, uma vez alcançadas, eram imediatamente transformadas em verdades quase absolutas ou dogmas. Daí, o termo *dogmatismo*.

Outro subproduto do modernismo é o maquinicismo, ou mecanicismo, que consiste em perceber os objetos em geral como se fossem máquinas, com suas engrenagens e seu funcionamento. Assim, a Sociologia, em determinado momento, concebeu a sociedade como se fosse um organismo vivo, a Psicologia e a Psicanálise conceberam a mente humana em seu aspecto funcional, o Direito procurou explicar o ordenamento jurídico em sua funcionalidade.

Contudo, é preciso destacar a existência de dois tipos de Razão na Modernidade: uma projetada e outra efetiva. A primeira, emancipatória, pretendia liberar o homem das amarras do cristianismo e da opressão do Estado absolutista e dar respostas a todos os problemas da humanidade; a outra, instrumental, foi a que acabou se realizando na prática e se pôs a serviço do capitalismo e do Estado-nação, tornando-se, então, opressora e produzindo consequências terríveis para a humanidade, dentre as quais se destaca o Holocausto.¹⁵

¹⁴ Bertrand Russell, *História do pensamento ocidental*, cit., p. 441.

¹⁵ Sérgio Paulo Rouanet, *Mal-estar na modernidade: ensaios*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 120-181; Eduardo Carlos Bianca Bittar, *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 36-42; sobre a crise da Modernidade, confira-se também por Marshall Berman, *Tudo o que é sólido se desmancha no ar: a aventura da modernidade*. Tradução de Carlos Felipe Moisés e Ana Maria L. Ioratti. São Paulo: Schwarcz, 1986, p. 15-37.

1.1.1 A crise da Modernidade

Friedrich Wilhelm Nietzsche (1844-1900) foi o primeiro dos grandes filósofos a criticar a hegemonia da Razão e o progressismo da Modernidade. Segundo Nietzsche, o homem se afastou cada vez mais do conhecimento, na medida em que abandonou o fenômeno do trágico, verdadeira natureza da realidade. Ao perder a sabedoria instintiva, restou ao homem apenas o aspecto lógico-racional da vida; possuído pelo instinto irrefreado de transformar tudo em pensamento abstrato, lógico, racional, faltou-lhe a visão mística.¹⁶ Nietzsche prenunciou os primeiros abalos do racionalismo e a angústia que se abateria sobre os homens diante da insuficiência da ciência e da razão.¹⁷ Ao afirmar que “Deus está morto”,¹⁸ acusou a decadência do cristianismo e, ao mesmo tempo, denunciou a

¹⁶ Nietzsche anunciou a morte do mito e da poesia pela ciência: “Quem se lembra das consequências imediatas desse espírito da ciência a avançar infatigavelmente há de perceber de imediato como, por seu intermédio, o mito foi aniquilado e como, por esse aniquilamento, a poesia veio a ser expulsa de seu solo natural ideal, tornando-se daí apátrida”. Por consequência, diz Nietzsche, o gênio da música fugiu da tragédia, a qual agora está morta (Friedrich Wilhelm Nietzsche, *O nascimento da tragédia*. Tradução de J. Guinsburg. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 102 e 104). Confira-se também Marilena de Souza Chauí e Olegária Chaim Ferez, *Nietzsche: vida e obra*. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 10.

¹⁷ Friedrich Wilhelm Nietzsche, *O nascimento da tragédia*, cit., p. 102 e 109: “Enquanto o infortúnio que dormita no seio da cultura teórica começa paulatinamente a angustiar o homem moderno e ele, inquieto, recorre, tirando-os de suas experiências, a certos meios a fim de desviar o perigo, sem que ele mesmo creia nesses meios; isto é, enquanto o homem começa a pressentir as suas próprias consequências, grandes naturezas, com disposições universais, souberam utilizar com incrível sensatez o instrumento da própria ciência, a fim de por limites e condicionamentos ao conhecer em geral e, com isso, negar definitivamente a pretensão da ciência à validade universal e a metas universais: prova mediante a qual, pela primeira vez, foi reconhecida como tal aquela ideia ilusória que, pela mão da causalidade, se arroga o poder de sondar o ser mais íntimo das coisas”. (p. 108). “Depois, porém, que a cultura socrática foi abalada de dois lados e o cetro da infalibilidade ela só consegue segurar com mãos trêmulas, primeiro por medo de suas próprias consequências, que pouco a pouco começa a pressentir, e ademais porque ela mesma não está mais convencida, com a ingênua confiança anterior, da perene validade de seus fundamentos: de modo que é um triste espetáculo ver como a dança de seu pensar se precipita, anelante, sempre sobre novas figuras, a fim de abraçá-las, e depois, de súbito, volta a soltá-las horrorizada, como Mefistófoles às Lâmbias tentadoras. O sinal característico dessa fratura, da qual todo mundo costuma falar como sendo a doença primordial da cultura moderna, é, isto sim, que o homem teórico se assusta diante de suas consequências e, insatisfeito, não mais se atreve a confiar-se à terrível corrente de gelo da existência: angustiado, corre pela margem, para cima e para baixo. Já não quer ter nada por inteiro, inteiro também com toda a crueldade natural das coisas. A tal ponto o amoleceu a consideração otimista. Além disso, ele sente que uma cultura edificada sobre o princípio da ciência tem de vir abaixo, quando começa a tornar-se ilógica, isto é, refugir de suas consequências” (p. 109).

¹⁸ Esta é uma afirmação que permeia praticamente toda a obra de Nietzsche, mas está mais clara em *Assim falou Zaratrusta*: “Ai, onde no mundo acontecem maiores disparates do que entre os compassivos? E o que no mundo provocou mais sofrimento do que os disparates dos compassivos? Ai de todos os amantes, que ainda não têm uma altura que esteja acima de sua compaixão! Assim me falou um dia o diabo: ‘Também Deus tem seu inferno; é o seu amor pelo homem’. E mais recentemente eu o ouvi dizer esta palavra: ‘Deus está morto; de sua compaixão pelo homem Deus morreu’”. E em *A ciência gaia*: “O que há com nossa serenidade. O maior dos acontecimentos recentes – que ‘Deus está morto’, que a crença no Deus cristão está em descrédito – já começa a lançar suas primeiras sombras sobre a Europa” (...) “De fato, nós filósofos e ‘espíritos livres’ sentimo-nos, à notícia de que ‘o velho Deus está morto’, como que iluminados pelos raios de uma nova autora...”. (Friedrich Wilhelm Nietzsche, *Assim falou Zaratrusta*, segunda parte, dos compassivos; *A ciência gaia*, livro V, § 343: nós, os sem-medo, in: *Obras incompletas*, tradução de Rubens Rodrigues Torres Filho, São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 239 e p. 195-196).

substituição da crença em Deus pela crença na Razão.¹⁹

É digna de nota a figura de Friedrich Heinrich Jacobi (1743-1819), contemporâneo de Kant, que, no apogeu da Modernidade, ousou criticar a primazia do racionalismo. Jacobi propôs o diálogo entre o idealismo e o realismo e, inspirado em Baruch de Spinoza, defendeu a importância das emoções na formação da vontade.²⁰ As advertências de Jacobi, no entanto, foram atropeladas pela avalanche do progressismo moderno, que via no racionalismo o suporte lógico-racional, científico e filosófico para a sua afirmação.²¹

Também Pascal (1623-1662) se opôs à filosofia de René Descartes e sua busca por princípios de validade universal, os quais são inalcançáveis para o homem: “O homem é, na natureza, nada com relação ao infinito, tudo com respeito ao nada; um meio entre o tudo e o nada”. Por essa razão, o homem pode conhecer alguma coisa de si e dos demais seres, mas não pode conhecer o princípio e o fim deles e de si mesmo. Mas o homem pode

¹⁹ A ideia pode ser encontrada nessa passagem, em que Nietzsche acusa a arrogância da ciência moderna: “Todo o nosso mundo moderno está preso na rede da cultura alexandrina e reconhece como ideal o homem teórico, equipado com as mais altas forças cognitivas, que trabalha a serviço da ciência, cujo protótipo e tronco ancestral é Sócrates. Todos os nossos meios educativos têm originariamente esse ideal em vista: qualquer outra existência precisa lutar penosamente para pôr-se à sua altura, como existência permitida e não como existência proposta” (Friedrich Wilhelm Nietzsche, *O nascimento da tragédia*, cit., p. 106); E também na *Ciência gaia* e na *Genealogia da moral*: “É que o ideal ascético foi até agora senhor sobre toda filosofia, é que a verdade foi posta como ser, como Deus, como instância mais alta mesmo, é que a verdade não podia de modo nenhum ser problema”. (...) “O que, perguntado em todo rigor, triunfou propriamente sobre o Deus cristão? A resposta está em minha *Ciência Gaia*, aforismo 357: A própria moralidade cristã, o conceito de veracidade, tomado cada vez mais rigorosamente, o refinamento de confesores da consciência cristã, traduzido e sublimado em consciência científica, em asseio intelectual a qualquer preço” (Friedrich Wilhelm Nietzsche, *Genealogia da moral*, Terceira dissertação: o que significam ideais acéticos, §§ 25 e 27; *A ciência gaia*, livro V, § 357: nós, os sem-medo, in: *Obras incompletas*, tradução de Rubens Rodrigues Torres Filho, São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 203, 365 e 368).

²⁰ *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/friedrich-jacobi/>>. Acesso em: 11 jan. 2008.

²¹ Uma importante referência ao pensamento de Friedrich Heinrich Jacobi pode ser encontrada na monografia de Roberto Cardoso de Oliveira, intitulada *Razão e afetividade: o pensamento de Lucien Lévy-Brühl*. O autor se propõe a estudar e expor o pensamento de Lucien Lévy-Brühl, mas esse filósofo foi contemporâneo de Jacobi e intensamente influenciado por seu pensamento, a ponto de dedicar-lhe uma biografia. Oliveira atesta que a *filosofia do sentimento* de Jacobi procurava estabelecer freios aos excessos do racionalismo, na medida em que tomava o sentimento ou a afetividade como uma das dimensões inerentes ao processo de conhecimento, ainda que menos determinante que a razão. Jacobi teria afirmado que o objeto da filosofia é manifestar, descobrir, fazer aparecer *o que é*; e que jamais alcançaremos *o que é* senão pelo sentimento ou pela intuição imediata. Pelo raciocínio, pelo conhecimento mediato, não conseguimos senão nos afastar; quanto mais procedemos pela dedução, mais nos afundamos no abstrato. Jacobi tentou mostrar que a intuição ou o sentimento é a única fonte da certeza e do saber voltada para o real (Roberto Cardoso de Oliveira, *Razão e afetividade: o pensamento de Lucien Lévy-Brühl*. 2. ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2002, p. 29). Lévy-Brühl argumentava que a intuição, em Jacobi, se refere à posse imediata e correta do real, destituída da clareza, da visão nítida e da inteligência. Para Jacobi, a razão não conhece, pois não é um saber, é um sentir. Seus dados não são princípios nem ideias, mas apenas pressentimentos, tendências, nada que seja propriamente inteligível ou objeto de pensamento (Lucien Lévy-Brühl, *La philosophie de Jacobi*. Paris: Felix Alcan, 1894, p. 37, apud Roberto Cardoso de Oliveira, *Razão e afetividade*, cit., p. 29; _____, *Le surnaturel et la nature dans la mentalité primitive*. Paris: Press Universitaires de France, 1963 (1931), apud Roberto Cardoso de Oliveira, *Razão e afetividade*, cit., p. 122.

utilizar certos conhecimentos como princípios para outros. E o faz, segundo Pascal, com o “coração”. Não se trata de sentimentos, mas de um tipo especial de inteligência diferente daquela defendida pelos racionalistas. Nas palavras de Marilena Chauí, o “coração” seria o conhecimento imediato e intuitivo dos princípios. É de Pascal a célebre frase: “o coração tem razões que a própria razão desconhece”.²²

Sigmund Freud (1856-1939) também contribuiu para a travessia da Modernidade para a Pós-Modernidade. Foi, ao mesmo tempo, um iluminista e um crítico do Iluminismo, pois acreditava no poder da Razão; porém, graças à psicanálise, sabia que suas conquistas não podiam ser dadas como definitivas.²³ Rouanet explica que, para Freud, a vida social obriga as pessoas a sacrifícios pulsionais, como a renúncia ao incesto em benefício da sexualidade exogâmica e à promiscuidade em prol da monogamia. E o mal-estar contra a civilização está relacionado a esse mal-estar individual.²⁴

O que se afirma, atualmente, é a insuficiência da Razão para dar conta dos problemas da Humanidade, já que não foi capaz de prever e de evitar, por exemplo, a tragédia da Segunda Guerra Mundial; visto que produziu tamanhas injustiças e desigualdades na dinâmica da vida social.²⁵ Isso se deve ao fato de que o racionalismo pressupõe que o homem é racional, descurando-se dos demais aspectos de sua natureza: a afetividade, a religiosidade e, principalmente, a sua bestialidade.

No plano econômico, a Razão logo se tornou serva do capitalismo, isto é, do acúmulo de riquezas, da produção de bens em alta escala e do consumismo, produzindo enormes fendas sociais, desigualdade e opressão.²⁶

No plano da Ética, a Razão imaginada por Kant presume que os seres humanos são capazes de criar regras universais de conduta, as quais seriam suficientes para orientar as

²² Blaise Pascal: *vida e obra*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

²³ Sérgio Paulo Rouanet salienta a importância de Freud e da psicanálise para a travessia da Modernidade para a Pós-Modernidade: “A psicanálise se situa numa posição estratégica nessa revolta teórica e prática contra a modernidade. Por um lado, ela é parte da Modernidade e parte do Iluminismo. Por outro, ela tem categorias e instrumentos privilegiados de análise para compreender o mal-estar antimoderno. Ela tem, nessa matéria, uma competência específica e uma responsabilidade intransferível. Ela é competente porque esse é o domínio próprio da psicanálise: a realidade interna ou psíquica. Só o olhar ou a escuta analítica podem perceber o que se passa nesse cenário” (Sérgio Paulo Rouanet, *Mal-estar na modernidade*, cit., p. 99-100).

²⁴ Este pensamento de Freud é exposto por Sérgio Paulo Rouanet (Sérgio Paulo Rouanet, *Mal-estar na modernidade*, cit., p. 96-97).

²⁵ Eduardo Carlos Bianca Bittar, *O direito na pós-modernidade*, cit., p. 39-42; Sérgio Paulo Rouanet, *Mal-estar na modernidade*, cit., p. 97-99.

²⁶ Max Horkheimer sentencia que a verdade e as ideias foram radicalmente funcionalizadas e a linguagem foi transformada em mero instrumento para estocagem e comunicação dos elementos intelectuais da produção e para orientação das massas. É como se o pensamento tivesse se reduzido ao nível do processo industrial, se submetido a um programa estrito e, em suma, tivesse se tornado uma parcela da produção (Max Horkheimer, *Eclipse da razão*. Tradução de Sebastião Uchoa Leite. São Paulo: Centauro, 2002, p. 13).

relações humanas e orientar a vida em sociedade. De acordo com essas regras universais, denominadas *imperativos categóricos*, para saber se a conduta individual é adequada, deve-se supor que possa ser convertida em lei universal. Considerando que o ser humano é dotado de Razão e que isso o torna superior às coisas e aos animais, presume-se a sua capacidade de se autodeterminar e, portanto, de realizar adequadamente esse tipo de juízo.²⁷

Todavia, a experiência demonstrou que os seres humanos se movem não apenas pela Razão, mas também pela emoção, pela intuição, pela religiosidade etc., de modo que os imperativos categóricos podem avaliar qualquer padrão de conduta que, em determinado momento, seja considerado apto a se transformar em regra universal. Como consequência, tem-se que a Razão seria capaz de considerar bom tanto um regime democrático quanto um totalitário; tanto a preservação da vida humana quanto o extermínio de povos inteiros.²⁸

No que se refere à teoria do conhecimento, a Razão projetada que orienta o pensamento moderno tem como base a disjunção sujeito-objeto, creditada a René Descartes e Immanuel Kant. Para conhecer um objeto é preciso, em primeiro lugar, destacá-lo e isolá-lo dos demais objetos que o cercam. O sujeito cognoscente deve se despir de toda interferência não racional. Para ter validade, o conhecimento deve ser isento, racional, desprovido de interferências não racionais; deve seguir a um método previamente elaborado; deve ser submetido a testes igualmente racionais e isentos.

A crítica que se faz ao paradigma moderno, no que se refere à teoria do conhecimento, é exatamente o fato de desprezar toda forma de conhecimento que não obedeça ao rigor do racionalismo puro. O paradigma moderno se caracterizava pelo dualismo entre o ser humano e a natureza, o qual se desdobrava em outros dualismos: sujeito-objeto, natureza-cultura, corpo-psique. A natureza tinha uma essência e o ser humano a racionalidade. O ser humano conhecia a natureza por meio da Razão. O conhecimento era excludente, isto é, só se realizava por meio desses pressupostos ditados pela Modernidade, não se admitindo outras formas de apreensão do real. Na expressão de Horkheimer, “Construiu-se assim uma perspectiva totalitária e excludente do conhecimento, excluindo todas as formas de saber que não se pautavam pelos pressupostos referidos”.²⁹

²⁷ Immanuel Kant, *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 51-52 e 57-59.

²⁸ Horkheimer fala em desterro da razão, ao anunciar que seu papel nunca foi o de controlar a realidade e dirigir o destino do homem. Mas, ao tentar fazê-lo, a razão foi desalojada do seu posto e perdeu a sua verdadeira função de avaliar as ações humanas (Max Horkheimer, *Eclipse da razão*, cit., p. 14).

²⁹ Max Horkheimer, *Eclipse da razão*, cit., p. 23. Ver também Boaventura de Souza Santos, *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2007, p. 55-68.

Tudo, no paradigma moderno, conduzia a um controle da matéria pela razão humana. Mas, para que tal conhecimento se aperfeiçoasse, era necessário que o sujeito cognoscente se despisse de toda a subjetividade e que o objeto se isolasse de toda a circunstância. Com isso, escapava da compreensão humana toda a complexidade da natureza humana, assim como a complexidade dos objetos de seu conhecimento. Nessa perspectiva, conhecer significava quantificar a realidade, desprezando as qualidades intrínsecas dos objetos: “A complexidade do real é ignorada em benefício da simplicidade de leis determinísticas”.³⁰

1.1.2 Os pensadores da Escola de Frankfurt

A crise da Modernidade está relacionada à denominada Escola de Frankfurt, cuja história se inicia com a fundação do Instituto de Pesquisa Social de Frankfurt, em 1923, sob a direção de Carl Grünberg. Em 1933, com a ascensão do nazismo, o Instituto se mudou para Genebra e, em 1934, transferiu-se para Nova York, afiliando-se à Universidade de Columbia. Após o término da guerra, o retornou a Frankfurt, em 1951. O intuito de Grünberg era o de não privilegiar nenhuma concepção, orientação científica ou posição de partido, de modo a possibilitar o desenvolvimento de uma teoria crítica. Posteriormente, ele se declararia marxista, não em sentido político-partidário, mas no sentido científico e filosófico, postura essa que orientou o pensamento dos elementos do grupo de Frankfurt.³¹

Os filósofos da primeira geração da Escola de Frankfurt são Theodor Adorno, Max Horkheimer, Herbert Marcuse e Walter Benjamin; da segunda geração são Jürgen Habermas, Leo Lonenthal e Erich Fromm.

Theodor Wiesengrund Adorno (1903-1969) e Max Horkheimer (1895-1973) escreveram a *Dialética do esclarecimento* (1947), na qual combatem a denominada indústria cultural, que induz ao engodo e ao consumismo e que satisfaz aos interesses dos detentores dos veículos de comunicação de massa.³² Na obra, Adorno e Horkheimer explicam como, desde a Antiguidade, mito e racionalidade se entrelaçam numa dialética interminável. A função dos mitos era relatar, dominar, dizer a origem, expor, fixar e explicar, num processo que cedo se transformou em doutrina, isto é, o mito se transformou em esclarecimento. Mas, na tentativa de vencer a influência da mitologia, o esclarecimento

³⁰ Boaventura de Souza Santos, *A crítica da razão indolente*, cit., p. 26.

³¹ Theodor Wiesengrund Adorno, *Vida e obra*. Consultoria de Paulo Eduardo Arantes. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 5.

³² Theodor Wiesengrund Adorno, *Vida e obra*, cit., p. 6-8.

enreda-se novamente nos mitos, retornando ao princípio e mantendo a dialética. Na contemporaneidade, esse processo se revela por meio da indústria cultural e do consumismo, em que a arte é produzida em alta escala e direcionada para a captação de clientela e para a dominação.³³

Posteriormente, Horkheimer escreveu *Eclipse da razão* (1955), em que faz um diagnóstico sobre a forma de pensar ocidental e suas limitações em face da barbárie da Segunda Guerra.

Jürgen Habermas alinha-se ao pensamento da Escola de Frankfurt por ter sido discípulo de Adorno e por assimilar a crítica social daqueles pensadores. No entanto, Habermas procura superar o pessimismo dos fundadores da Escola e resgatar o potencial emancipatório da razão, por meio da *razão comunicativa* e da *ação comunicativa*. Sua obra é de grande importância para a sociologia jurídica, com destaque para *Teoria da ação comunicativa*, que é considerado o seu principal trabalho, e *Direito e democracia: entre a faticidade e a validade*, muito difundida entre nós.³⁴

O pensamento da Escola de Frankfurt teve duas características básicas: a *teoria crítica da sociedade*, que aponta os problemas da indústria cultural ou cultura de massa, como decorrência do capitalismo selvagem e que conduzem à alienação e ao consumismo; e a *crítica da razão instrumental*, que condena a hegemonia da Razão como instrumento de emancipação dos seres humanos.

Essas ideias, que influenciaram a quase totalidade dos teóricos do final do século XX, apontam para uma crise da Modernidade ou, pelo menos, dos principais fundamentos que marcaram a Idade Moderna: o racionalismo – a Razão como solução para todos os problemas da humanidade; o positivismo – a busca pelas certezas nos campos filosófico, científico e tecnológico; e o progressismo. O que veremos a seguir é a consolidação desse estado de perplexidade, ante a constatação de que as promessas da Modernidade não se concretizaram e de que não é possível alcançar as certezas anunciadas pela Razão.

1.1.3 A Idade Complexa, Pós-Modernidade ou Contemporaneidade

Nietzsche foi o primeiro grande filósofo a criticar a hegemonia da Razão, uma vez que o racionalismo moderno deixara de fora grande parte da essência humana, isto é, tudo o que não era racional. Antes dele, outros filósofos, como Jacobi, Pascal e Spinoza já

³³ Theodor Wiesengrund Adorno e Max Horkheimer, *Dialética do esclarecimento*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1985, p. 20-23 e 99-138.

³⁴ Eduardo Carlos Bianca Bittar, *O direito na pós-modernidade*, cit., p. 114-115.

questionavam o primado da Razão, mas foi em Nietzsche que essa crítica se fez mais clara, a ponto de causar uma virada paradigmática.

Os pensadores da Escola de Frankfurt, sob influência de Nietzsche, acusaram a insuficiência da Razão para resolver os problemas da humanidade, haja vista que esta não foi capaz de prever nem de impedir os horrores do Holocausto; sob influência de Karl Marx anunciaram a massificação, a dominação e o consumismo provocado pelo capitalismo. Enfim, denunciaram que o racionalismo moderno produziu horrores, injustiças e desigualdades.

Todavia, ao contrário do que sucedeu na passagem da Idade Média para a Idade Moderna, quando o rompimento com o cristianismo significou a adoção dos ideais iluministas de progresso, de avanço, de clarificação, de racionalidade, o fim da Idade Moderna significa apenas o desaparecimento das certezas apregoadas pelo racionalismo, sem que se anuncie nenhuma alternativa a ser adotada em seu lugar.

Não há certeza sequer sobre o fim da Modernidade, muito menos sobre o surgimento de uma nova Era. Alguns afirmam que o momento atual é apenas um desdobramento da própria Modernidade;³⁵ outros sustentam o início de uma nova Era ainda sem definição dos seus contornos e sem denominação.³⁶

Agnes Heller e Ferenc Fehér afirmam que quem vive na Pós-Modernidade tem a sensação de “viver no presente estando depois”. Isso porque, uma vez exaurido o projeto europeu de civilização, tem-se a sensação de *post-histoire*.³⁷ Na definição desses autores, a Pós-Modernidade não é uma nova Era, mas sim um desdobramento da Modernidade, pois vive e se alimenta de suas conquistas e dilemas. O que há de novo é a consciência do *post-histoire*, diante do colapso das grandes narrativas.³⁸

Arthur Kaufmann acusa o final da Idade Moderna e a transição para uma outra época ainda não denominada. Após o esgotamento do evolucionismo moderno e das promessas de um futuro melhor, Kaufmann aponta a incapacidade do racionalismo para fornecer respostas às questões vitais da humanidade e diz que a busca pela magia, pelo ocultismo e por novas formas de religião e santidade é sinal de mudança paradigmática. Kaufmann fala

³⁵ Essa parece ser a posição de Zygmunt Bauman, *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, passim.

³⁶ Também Boaventura de Souza Santos, *A crítica da razão indolente*, cit., passim, em especial p. 49.

³⁷ Agnes Heller e Ferenc Fehér, *A condição política pós-moderna*. Tradução de Marcos Santarrita. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 12-18.

³⁸ Agnes Heller e Ferenc Fehér, *A condição política pós-moderna*, cit., p. 23.

em pendularidade entre racionalismo e irracionalismo, afirmando que a racionalidade formal atingiu seu ápice.³⁹

Michel Foucault (1926-1984) analisa a realidade sob a perspectiva do poder, tentando identificar os variados mecanismos de dominação. Na sua perspectiva, a Modernidade é um discurso do poder, em que a sociedade realiza apenas um iluminismo ilusionista. Da mesma forma que Kant, Foucault diz que não vivemos uma era esclarecida, mas de esclarecimento, um retorno eterno das estruturas de poder, pois a vontade de poder impede a vontade da verdade. Sendo assim, na Modernidade há uma ética esquecida pelo discurso do poder.⁴⁰

Em meio às críticas levantadas pelos pensadores da Escola de Frankfurt, assumiram importante papel as teorias que procuram explicar a realidade sob a perspectiva da linguagem ou dos jogos de linguagem com base na filosofia de Ludwig Wittgenstein (1889-1951) e Martin Heidegger (1889-1976).

Wittgenstein e Heidegger influenciaram, entre tantos outros, o pensamento do francês Jean-François Lyotard (1921-1998), para quem os *jogos de linguagem* são traço característico da era contemporânea a que se convencionou chamar Pós-Modernidade.⁴¹ Eduardo Bittar localiza na obra de Lyotard o momento exato em que se iniciaram, efetiva e sistematicamente, as reflexões sobre o fenômeno que se passou a chamar Pós-Modernidade.⁴²

Dois pontos são importantes na obra de Lyotard, em sua tentativa de identificar e decifrar a Pós-Modernidade: o primeiro é que os jogos de linguagem assumem uma função instrumental, a serviço dos usos sociais possíveis, sem o compromisso de alcançar uma teoria da linguagem, com definições conceituais precisas; o segundo é a proposta de mapear as incertezas da Pós-Modernidade com base no reconhecimento de que falharam as

³⁹ Arthur Kaufmann, *La filosofía del derecho en la posmodernidad*. Tradução de Luís Villar Borda. 2. ed. Bogotá: Temis, 1998, p. 2-11.

⁴⁰ Michel Foucault, *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhete. 35. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008, passim.

⁴¹ Jean-François Lyotard, *A condição pós-moderna*. Tradução de Ricardo Corrêa Barbosa. Posfácio de Silvano Santiago. 10. ed. Rio de Janeiro: José Olímpio, 2008, p. 15-19.

⁴² Eduardo Carlos Bianca Bittar, *O direito na pós-modernidade*, cit., p. 117: “Não se pode perder de vista que será exatamente em solo francês que se dará o primeiro grande passo em direção à constituição de um espaço consciente, dentro da literatura filosófica, no sentido da divulgação e da compreensão daquilo que começava a aventar por chamar de Pós-Modernidade. Será Jean-François Lyotard (1924-1998), com *A condição pós-moderna* (1979), que haverá de inaugurar as reflexões sobre a pós-modernidade, na medida em que baliza a problematização da discussão sobre os arquétipos modernos e a decadência do saber universal em pleno processo de descoberta das fragilizações do projeto moderno”.

promessas da Modernidade. Nesse sentido, é a sua definição concisa: “o pós-moderno é a incredulidade em relação às narrativas modernas”.⁴³

Eduardo Bittar faz menção expressa a alguns autores cujo pensamento, por algum viés, se relaciona com a discussão em torno da Pós-Modernidade: Cornelius Castoriadis (1922-1997), autor de *O mundo fragmentado: as encruzilhadas e labirintos* (1989/1993); Giles Lipovetsky, autor de *Le ère du vide: essais sur l'individualisme contemporain* (1983); Ulrich Beck, autor de *Reflexive modernization: politics, tradition and aesthetics in the modern social order* (1995); Zygmunt Bauman, autor de uma vasta bibliografia, na qual se destacam *Modernidade e holocausto* (1989), *Modernidade e ambivalência* (1991), *O mal-estar da pós-modernidade* (1992), *Globalização: consequências humanas* (1998) e *Modernidade líquida* (2000); Anthony Giddens, autor de *As consequências da modernidade* (1990); Agnes Heller, autora de *The post-modern political condition* (1987); Bruno Latour, autor de *Nous n'avon jamais été modernes* (1991); Jürgen Habermas, autor, entre várias obras, de *A crise de legitimação no capitalismo tardio*.⁴⁴

Também Boaventura de Souza Santos se insere na discussão sobre a passagem da Modernidade para a Pós-Modernidade. Para esse autor português, é muito cedo para se fazer um diagnóstico sobre a crise da Modernidade. O momento é de transição e há uma sensação de nevoeiro, onde se enxerga apenas a uma curta distância. A Modernidade, que nasceu sob as luzes do Iluminismo, mostra-se um nevoeiro. Por ora, é necessário assumir a complexidade, transitoriedade e precariedade do momento em que vivemos. Atento para a insuficiência e para as consequências do racionalismo moderno, o autor aposta na afirmação e na efetivação dos direitos humanos como forma de emancipação. Para enfrentar os problemas da globalização, parte da constatação do multiculturalismo e sugere a reinvenção do Estado e dos direitos humanos, a partir do diálogo entre as diversas culturas.⁴⁵

Em outra obra, o professor português assim se refere ao fenômeno que, à falta de outra denominação, pode-se chamar de *Pós-Modernidade*: “Há um desassossego no ar. Temos a sensação de estar na orla do tempo, entre um presente quase a terminar e um

⁴³ Jean-François Lyotard, *A condição pós-moderna*, introdução, p. xvi.

⁴⁴ Jean-François Lyotard, *A condição pós-moderna*, p. 125-136.

⁴⁵ Boaventura de Souza Santos, *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003; Boaventura de Souza Santos, *La reinvención del Estado plurinacional*. Santa Cruz de la Sierra: Cenda-Cejis-Cedib, 2007.

futuro que ainda não nasceu. (...) Vivemos, pois, numa sociedade intervalar, uma sociedade de transição paradigmática”.⁴⁶

Sérgio Paulo Rouanet parte da obra de Freud é para afirmar que o mal-estar contra a civilização está relacionado ao mal-estar individual consequente das renúncias que os indivíduos são forçados a fazer em prol da vida social. Mal-estar na Modernidade é o ressentimento contra o modelo civilizatório consequente do Iluminismo e se traduz na rejeição contra todo o projeto iluminista.⁴⁷

A Pós-Modernidade se caracteriza, sobretudo, pela incapacidade de gerar consensos. Se, no período anterior, tudo caminhava para a síntese e a simplificação, no nosso tempo tudo se encaminha para a complexidade. Resumidamente, Eduardo Bittar apresenta alguns sintomas ou evidências da Pós-Modernidade: mudanças em curso; indeterminação sobre o tempo contemporâneo; a sociedade complexa, refratária à possibilidade de sistema, não se pode pensar independentemente desse debate; pluralidade de pontos de visão e várias formas de avaliação.⁴⁸

1.1.4 A Modernidade líquida

Zygmunt Bauman é, certamente, um dos mais expressivos representantes do pensamento pós-moderno. Sua obra é vasta, podendo-se destacar *Vida líquida*, *Modernidade líquida*, *Amor líquido*, *Identidade*, *Comunidade*, *Modernidade e ambivalência*, *Globalização*, *Medo líquido* e *A arte de viver*.

Em *Modernidade líquida*, Bauman explica as relações do ser humano com a realidade em três momentos distintos: a Pré-Modernidade, a Modernidade e a Pós-Modernidade. No tempo que antecedeu à Modernidade, isto é, na Pré-Modernidade, as relações dos seres humanos com as coisas da vida eram relacionadas ao próprio corpo e suas dimensões – *wetware*. Assim, a distância entre dois lugares, por exemplo, se media em termos dias de viagem que uma pessoa levaria para transpô-la; o valor do trabalho era medido em dias de esforço físico despendido pelo homem na sua execução; uma batalha era vencida ou perdida em função da quantidade de guerreiros em combate, já que “era o *wetware* – os humanos, os bois e os cavalos – que fazia o esforço e impunha os limites”.

A Modernidade se iniciou com a conquista dos espaços, mediante a construção de veículos e máquinas mais rápidos que as pernas e braços dos homens e dos animais,

⁴⁶ Boaventura de Souza Santos, *A crítica da razão indolente*, cit., p. 41.

⁴⁷ Sérgio Paulo Rouanet, *Mal-estar na modernidade*, cit., p. 96.

⁴⁸ Eduardo Carlos Bianca Bittar, *O direito na pós-modernidade*, cit., p. 137.

capazes de atravessar maiores distâncias em tempo cada vez menor.⁴⁹ A Modernidade que se instaurou nesse primeiro momento é chamada por Bauman de *modernidade sólida* ou de *modernidade pesada*, em que o ser humano procurou se apropriar das coisas e ocupar os espaços por meio de ferramentas e maquinários cada vez maiores e mais poderosos.⁵⁰ A Modernidade que se seguiu e que vige no momento presente se caracteriza pelo desapego aos bens físicos. Na era do software, que Zygmunt Bauman denomina *modernidade líquida*, ou de *modernidade leve*, ou ainda de *modernidade fluida*, o espaço não conta mais e as distâncias foram engolidas pela instantaneidade dos sinais eletrônicos.⁵¹

Pois bem. O que caracteriza a modernidade líquida, na constatação de Bauman, é justamente a liquidificação, o desfazimento, o desmantelamento de tudo o que era sólido, pesado e permanente.⁵²

Inúmeras são as consequências dessa leveza, dessa liquidez e dessa incerteza, em todos os aspectos da existência humana, para o trabalho, a política, a ética, o amor e, principalmente, para a ciência e a filosofia. Bauman destaca, principalmente, as relações capital-trabalho, capital-consumo e capital-mercado, sustentando que hoje o poder do capital não mais se encontra na posse e propriedade de fábricas, máquinas e prédios, mas sim na capacidade de conectar-se e desconectar-se com rapidez e agilidade.⁵³

Quanto à política, cumpre observar a impotência dos poderes estatais, locais, diante da fluidez dos poderes globais que agem e se movimentam livremente de um local para outro, a um toque de teclado, conforme as conveniências de mercado.⁵⁴ Além disso, a fluidez da modernidade líquida alcançou também as relações humanas, com reflexos diretos sobre a Ética, nesta compreendidos o Direito, a Moral e os Costumes. Em razão

⁴⁹ Zygmunt Bauman, *Modernidade líquida*, cit., p. 128-130: “Quando tais meios de transporte não humanos e não animais apareceram, o tempo necessário para viajar deixou de ser característica da distância e do inflexível ‘wetware’, tornando-se atributo da técnica de viajar. O tempo se tornou problema do ‘hardware’ que os humanos podem inventar, construir, apropriar, usar e controlar; não do ‘wetware’ impossível de esticar, nem dos poderes mais caprichosos e extravagantes do vento e da água, indiferentes à manipulação humana”.

⁵⁰ Zygmunt Bauman, *Modernidade líquida*, cit., p. 132: “A aventura e a felicidade, a riqueza e o poder eram conceitos geográficos e territoriais atados a seus lugares, inamovíveis e intransferíveis”. Todavia, “riqueza e poder que dependem do tamanho e da qualidade do hardware tendem a ser lentas, resistentes e complicadas de mover”.

⁵¹ Zygmunt Bauman, *Modernidade líquida*, cit., p. 136-138: “No universo de software da viagem à velocidade da luz, o espaço pode ser atravessado, literalmente, em tempo nenhum; cancela-se a diferença entre ‘longe’ e ‘aqui’. O espaço não impõe limites à ação e seus efeitos, e conta pouco, ou nem conta”.

⁵² Zygmunt Bauman, *Modernidade líquida*, cit., p. 7-22.

⁵³ Zygmunt Bauman, *Globalização: as consequências humanas*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999, p. 16-18.

⁵⁴ Zygmunt Bauman, *Modernidade líquida*, cit., p. 111-136. Esse pensamento é retomado por Bauman em *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004, p. 161: “Não há soluções locais para problemas globais”.

disso, os relacionamentos humanos se tornaram precários, instantâneos, instáveis, fluidos: duram apenas o tempo necessário ao atendimento das necessidades mais imediatas; tal como acontece com o capital, não criam vínculos duradouros, mantendo-se sempre aberta a possibilidade de se desconectar instantaneamente ao aparecimento de outros interesses.⁵⁵

No que se refere à teoria do conhecimento, a pergunta que se impõe nesse instante é: como se podem conhecer os objetos, após a derrocada da rigidez metodológica implantada pelo racionalismo moderno e a emergência das dúvidas e incertezas da Pós-Modernidade? Certamente, não mais mediante a disjunção cartesiana entre sujeito e objeto, em que aquele, com a sua razão, apreendia a essência deste; certamente, não mais mediante a pressuposição de que o sujeito se despojaria de todo fator não racional e de que o objeto seria isolado de sua ambiência, a fim de possibilitar uma perfeita apreensão; certamente, não mais por meio de um método próprio de cada ramo científico, com exclusão de qualquer interferência das outras áreas do saber, essas também igualmente isoladas em seus redutos metodológicos.

1.2 O PENSAMENTO COMPLEXO

Um dos mais vivos sinais da Pós-Modernidade, em contraposição à Modernidade, é a emergência do pensamento complexo. Com efeito, o paradigma moderno impunha uma tendência à simplificação, à síntese, seja no que se refere ao sujeito, seja no que tange ao objeto de conhecimento. Na relação entre sujeito e objeto, o primeiro era dotado de razão e o segundo de essência. O sujeito, despojado de todo fator não-racional, isto é, munido exclusivamente de sua racionalidade, destacava o objeto da realidade para fins de análise.

Esse processo possibilitava, ao menos em tese, um conhecimento perfeito do objeto, com abstração das interferências que pudessem afetar a racionalidade do sujeito e das vicissitudes que pudessem alterar a essência do objeto. Esse procedimento encontra-se em linha com as exigências da Modernidade, isto é, com a busca pelas certezas no plano científico, pela exaustão no plano tecnológico, enfim pelo progresso da humanidade.

A Pós-Modernidade se anuncia mediante a constatação de que o ser humano é complexo, assim como é complexa a realidade, não sendo possível um conhecimento exato das coisas, mas sim um entrelaçamento entre sujeito cognocente e objeto cognoscível, do que resulta apenas uma ideia razoável da realidade em cada momento.

⁵⁵ Zygmunt Bauman, *Modernidade líquida*, cit., p. 212-215; Zygmunt Bauman, *Amor líquido*, cit., p. 111-112.

Ademais, a Pós-Modernidade revela que a Razão é insuficiente para responder a todas as questões da vida, não se podendo mais afirmar que somente o conhecimento obtido mediante experimentação racional é válido. Agora, é preciso reconhecer a validade de todas as formas de conhecimento, que se revelem a partir da intuição, da sensibilidade, isto é, da integralidade daquele que se propõe a conhecer.⁵⁶

1.2.1 Os primeiros sinais do pensamento complexo

A bordo da própria Pós-Modernidade, surge uma corrente denominada *pensamento complexo* ou simplesmente *complexidade*. Encontramos sinais desse modo de pensar já em José Ortega y Gasset (1883-1955), quando afirma que o homem é o homem e sua circunstância; que o conhecimento acontece mediante o entrelaçamento entre sujeito e objeto, de modo semelhante ao de uma conquista amorosa; ou, enfim, que os objetos possuem múltiplas faces e se apresentam parcialmente ao observador, como aquele que de um bosque vê apenas algumas árvores, mas sabe tratar-se de um bosque; que os objetos se ligam uns aos outros etc. O propósito do livro *Meditações do Quixote*, publicado em 1914, é comentar a obra de Miguel de Cervantes, mas antes o autor faz uma minuciosa explanação aos leitores sobre o seu modo de ver e de pensar a vida.

“Eu sou eu e minha circunstância” é a frase que sintetiza o pensamento do filósofo espanhol. Compreender a circunstância é conduzir generosamente as coisas à plenitude do seu significado, é ligar coisa com coisa e tudo conosco, numa viva pertinência entre nós e nossa circunstância, entre o homem e o mundo. Com essas palavras, Ortega y Gasset chama a atenção para a necessidade de nos darmos conta das coisas que nos cercam, pois a realidade circunstante forma a outra metade da pessoa, através da qual nós podemos nos integrar ao universo e ser plenamente nós mesmos.⁵⁷

⁵⁶ Nesse sentido, confira-se a interessante monografia de Balbino Gambogi, na qual procura destacar o papel das intuições para o processo de conhecimento: “Fazendo como que uma misteriosa ponte entre o empírico e o racional, elas, as intuições, permitem-nos suprir a lacuna deixada pelos métodos lógicos e construir nossas teorias científicas. Sem as intuições ser-nos-ia impossível celebrar a síntese, a evidência teórica ou empírica e, até mesmo, a conclusão de silogismo simples. Ou seja, o conhecimento tanto é produto da razão analítica, da razão lógico-teórica quanto da intuição. São elas, as intuições, notadamente as intuições emocionais (axiológicas) que nos permitem construir a conexão de sentido presente na obra humana” (Luís Carlos Balbino Gambogi, *Direito: razão e sensibilidade* (as intuições na hermenêutica jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 11).

⁵⁷ José Ortega y Gasset, *Meditaciones del Quijote*. Madrid: Revista Del Occidente en Alianza Editorial, 2005, p. 25. Confira também Wilson Santos Ribeiro, O homem e sua circunstância: introdução à filosofia de Ortega y Gasset. Revista Eletrônica Print by Funrei, *Metanoia*, São João Del Rei, n. 1, p. 61-64, jul. 1998/1999. Disponível em: <<http://www.funrei.br/revistas/filosofia>>. Acesso em: 21 out. 2006.

Além disso, o autor afirma que o ser definitivo do mundo não é matéria nem alma, não é coisa alguma determinada, mas uma perspectiva. Deus é a derradeira perspectiva e o pecado, um erro de perspectiva. Pois bem, a perspectiva se aperfeiçoa pela multiplicação dos seus termos e pela maneira como reagimos diante de cada um dos seus movimentos. Por isso, temos que trazer para nossa circunstância, tal como ela é, precisamente o que ela tem de limitação e peculiaridade, o lugar certo na imensa perspectiva do mundo. A reabsorção da circunstância é o destino concreto do homem.⁵⁸

Noutra parte, Ortega y Gasset assevera que a cada dia se interessa menos em sentenciar, em ser juiz das coisas; prefere ser seu amante. Com isso quer dizer que para um melhor conhecimento das coisas, é necessário achegar-se a elas, envolver-se, como quem se achega e se envolve com o ser amado.⁵⁹

Em outro trecho, a que denominamos *parábola do bosque*, Ortega y Gasset pergunta: com quantas árvores se faz uma selva? Com quantas casas se faz uma cidade? Tendo em torno de nós uma centena de árvores, podemos compreender que nos encontramos dentro de um bosque. Contudo, aquelas árvores não são verdadeiramente o bosque, mas apenas a sua parte visível. O bosque verdadeiro se compõe das árvores que não vemos.⁶⁰ Por isso, afirma que a dimensão de profundidade, seja espacial, temporal, visual ou auditiva, sempre se apresenta em uma superfície.⁶¹

Ortega sustenta que a profundidade de uma coisa é o seu reflexo com as demais. O seu sentido é a forma de sua coexistência com as demais: “No, no me basta con tener la materialidad de una cosa, necesito, además, conocer el ‘sentido’ que tiene, es decir, la sombra mística que sobre ella verte el resto del universo”. Na sua expressão, o conceito contém tudo aquilo que uma coisa é em relação com as demais.⁶²

Curiosamente, uma das contribuições mais importantes para a afirmação do pensamento complexo proveio da Física, que era o exemplo de ciência amoldada ao paradigma moderno, isto é, ciência com método e objeto definidos, voltada para a produção de certezas. No entanto, no início do século passado, Max Plank (1858-1947) constatou que a luz é liberada e adquirida, não de forma contínua, mas em porções ou

⁵⁸ José Ortega y Gasset, *Meditaciones del Quijote*, cit., p. 27.

⁵⁹ José Ortega y Gasset, *Meditaciones del Quijote*, cit.,

⁶⁰ José Ortega y Gasset, *Meditaciones del Quijote*, cit., p. 34-35.

⁶¹ José Ortega y Gasset, *Meditaciones del Quijote*, cit., p. 42.

⁶² José Ortega y Gasset, *Meditaciones del Quijote*, cit., p. 60.

pacotes denominados fótons; do mesmo modo que a matéria, se constitui de partículas de energia; cada fóton é um *quantum* de energia.⁶³

Na esteira dessas descobertas de Plank, Albert Einstein (1879-1955) constatou que os objetos sólidos não são compostos apenas de incontáveis partículas sólidas, visto que os átomos, uma vez divididos, se transformam em ondas de energia. Sendo assim, pode-se afirmar que os objetos sólidos não são sempre sólidos, mas podem se apresentar como ondas de energia, conforme o modo pelo qual são observados.⁶⁴

Também Sigmund Freud (1856-1939) se deu conta da complexidade do real, já na virada do século XIX para o século XX. Carlos Alberto Plastino relata as dificuldades enfrentadas pelo pai da Psicanálise ao descobrir o inconsciente, um objeto que não se enquadrava nos padrões científicos apregoados pela Modernidade. E aponta os impasses na teoria psicanalítica freudiana e a consequente virada paradigmática, em três momentos: na teoria da angústia e recalque, na teoria dos afetos e na teoria das pulsões.⁶⁵ Como consequência, Plastino identifica uma virada epistemológica na obra de Freud, a partir de 1920, momento em que ele rompe com o paradigma moderno e assume a complexidade do psiquismo.⁶⁶

Sérgio Paulo Rouanet acrescenta que Freud foi simultaneamente um moderno e um pós-moderno, pois acreditava no poder emancipatório da ciência e da Razão, mas, ao mesmo tempo, tinha consciência da insuficiência do projeto iluminista.⁶⁷

Como visto, os primeiros sinais do pensamento complexo surgiram a partir do final do século XIX e no começo do século XX, exatamente no momento em que as ciências empreendiam considerável esforço para se firmarem à luz do positivismo filosófico.

⁶³ Goffredo Telles Júnior, *Direito quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*. 8. ed. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2006, p. 39-42.

⁶⁴ Goffredo Telles Júnior, *Direito quântico*, cit., p. 28-29.

⁶⁵ Carlos Alberto Plastino, *O primado da afetividade*, cit., p. 18: “Na época de Freud, a concepção do conhecimento se pautava ainda nos pressupostos do paradigma da modernidade, sendo a ciência considerada a única forma válida de conhecimento. Assim, o reconhecimento da ‘cientificidade’ da psicanálise era, na época, requisito indispensável para sua legitimação como forma de conhecimento e como prática terapêutica”.

⁶⁶ Carlos Alberto Plastino, *O primado da afetividade*, p. 69. Voltaremos ao tema no item 2.2 abaixo, ao abordarmos a teoria psicanalítica de Freud.

⁶⁷ Sérgio Paulo Rouanet, *Mal-estar na modernidade*, cit., p. 101-102: “Freud foi um iluminista, sobretudo, em sua concepção da ciência como força a serviço do progresso da humanidade e em sua militância polêmica contra a superstição e a ilusão religiosa. Ao mesmo tempo, Freud tinha ciência clara consciência da fragilidade do projeto iluminista. Graças à psicanálise, ele sabia que nenhuma das conquistas da civilização iluminista podia ser dada como definitiva”.

1.2.2 A descrição da complexidade no pensamento contemporâneo

Os sinais do pensamento complexo permaneceram em segundo plano durante a primeira metade do século XX, período de grande desenvolvimento científico e tecnológico que fortalecia as bases do positivismo. O episódio da Segunda Guerra Mundial estremeceu as estruturas do paradigma moderno, mas foi a partir da década de 1970 que se tornaram mais evidentes as influências da complexidade sobre os vários ramos do saber científico. Na atualidade, há consenso entre os pensadores de que a realidade é complexa e de que seu conhecimento deve se realizar sob essa perspectiva.

Mas o que vem a ser a complexidade?

Devemos lembrar que o paradigma moderno se caracterizava pela cisão cartesiana entre ser humano e a natureza; aquele dotado de racionalidade, esta dotada de essencialidade. Esta cisão, que se desdobra em outras, do tipo sujeito e objeto, natureza e cultura, corpo e mente etc., repercute também no processo de conhecimento, de modo que somente são admitidas aquelas formas de conhecer que representem apreensão da realidade de maneira racionalmente organizada e reducionista. “Conhecer é quantificar, negligenciando as qualidades intrínsecas dos objetos.”⁶⁸ A linguagem científica era a da Física, a qual deveria ser adotada por todas as ciências. A Sociologia foi chamada “física social” e a própria Psicanálise, já com Freud em sua primeira fase, concebia o aparelho psíquico como uma máquina e a pulsão como pura força.

Carlos Alberto Plastino critica o paradigma moderno que condiciona o conhecimento aos pressupostos antes referidos, excluindo outros modos de conhecer e que reduz o complexo à simplicidade, deixando de fora a complexidade do ser. Em oposição à rigidez do paradigma moderno, propõe o pensamento da complexidade que se caracteriza por admitir toda e qualquer forma de conhecer e que se propõe a explorar os objetos por todos os ângulos possíveis.⁶⁹

Mas quais seriam, segundo Plastino, as premissas fundamentais do pensamento complexo? Em primeiro lugar, o autor chama a atenção para a necessidade de superar os dualismos entre ser humano e natureza, natureza e cultura, sujeito e objeto, corpo e psique, entendendo-os como partes de um todo, que se complementam; é preciso admitir a complexidade do real, assim como a complexidade do sujeito; é necessário compreender a

⁶⁸ Carlos Alberto Plastino, *O primado da afetividade*, cit., p. 26.

⁶⁹ Carlos Alberto Plastino, *O primado da afetividade*, cit., p. 25 e 28.

inserção do ser humano na configuração do real e que o conhecimento produz não apenas explicação, mas também elucidação do real.⁷⁰

Nessas condições, argumenta Plastino, os saberes e as ciências contemporâneas obrigam a pensar um *processo de conhecimento complexo*, que torna evidente as divergências, contradições, aporias e multiplicidades do ser.⁷¹

Em trabalho específico sobre o tema, Edgar Morin também descreve a complexidade, esclarecendo que não se trata de dominar o real, mas de lidar, negociar e dialogar com ele.⁷² E chama a atenção para a insuficiência do paradigma moderno, bem como para a necessidade de substituir a disjunção/redução/unidimensionalização, pela distinção/conjunção.⁷³

Edgar Morin se pergunta: O que é a complexidade? E responde: *Complexus* é o que é tecido junto, ou seja, é um tecido de partes heterogêneas, porém inseparáveis, que coloca o paradoxo do uno e do múltiplo. Portanto, complexidade é um tecido de acontecimentos, ações, interações, retroações, determinações e acasos que constituem nosso mundo fenomênico. Por isso, apresenta traços inquietantes do emaranhado, do inextrincável, da desordem, da ambiguidade, da incerteza... O conhecimento necessita ordenar os fenômenos, rechaçando a desordem e afastando as incertezas, mas tais operações correm o risco de provocar cegueira, na medida em que rejeitam outros aspectos do complexo.⁷⁴

Morin explica que a simplificação era o modo pelo qual as ciências procuravam explicar os fenômenos, decompondo os objetos em partes cada vez mais simples, eliminando as complexidades.⁷⁵ E, adiante, acrescenta que a complexidade não vai apenas do simples ao complexo, mas de complexidade em complexidade. Nesse processo, o *simples* é apenas um momento entre várias complexidades.⁷⁶

Edgar Morin assevera que a *siienza nuova* deve ser transdisciplinar.⁷⁷ Calcada no primado cartesiano das “ideias limpas e claras”, a ciência moderna procurou eliminar do objeto toda espécie de ruído, erro ou perturbação que dificultasse o conhecimento. A própria influência do sujeito foi eliminada, posto que a subjetividade se opunha à

⁷⁰ Carlos Alberto Plastino, *O primado da afetividade*, cit., p. 33-39.

⁷¹ Carlos Alberto Plastino, *O primado da afetividade*, cit., p. 30-31.

⁷² Edgar Morin, *Introdução ao pensamento complexo*. Tradução de Eliane Lisboa. Porto Alegre: Sulina, 2005, p. 6.

⁷³ Edgar Morin, *Introdução ao pensamento complexo*, cit., p. 11 e 14-15.

⁷⁴ Edgar Morin, *Introdução ao pensamento complexo*, cit., p. 13.

⁷⁵ Edgar Morin, *Introdução ao pensamento complexo*, cit., p. 15 e 19.

⁷⁶ Edgar Morin, *Introdução ao pensamento complexo*, cit., p. 36-37 e 104-105.

⁷⁷ Edgar Morin, *Introdução ao pensamento complexo*, cit., p. 50-51.

objetividade. Algumas realidades que não puderam ser simplesmente banidas foram colocadas entre parênteses e, assim, desconsideradas no processo de conhecimento.⁷⁸

O desafio da *sienza nuova* é reconhecer essas realidades banidas, não apenas em sua existência, mas em sua eficiência. O *acaso* não deve ser apenas reconhecido estatisticamente, em seu caráter de imprevisibilidade, mas sim em seu caráter de acontecimento, sob a perspectiva do ser auto-eco-organizado; a *inventividade* e a *criatividade* devem ser reconhecidas como fenômenos antropológicos de base, presentes em todas as evoluções biológicas. Porém, a *sienza nuova* não destrói as alternativas da ciência moderna, como se fosse a última verdade. Apenas lhes acrescenta as exigências da complexidade.⁷⁹

A complexidade diz respeito à incapacidade de ter certeza de tudo, de formular leis e de conceber uma ordem absoluta. Mas, por outro lado, significa reconhecer que é impossível evitar contradições. No racionalismo moderno quando surge uma contradição é sinal de erro; na visão complexa, quando se chega à contradição significa que se alcançou a camada mais profunda da realidade que, justamente por ser tão profunda, não pode ser explicada pela nossa lógica.⁸⁰

Nesse sentido, Luiz Antônio Ferraro Júnior lembra que “a complexidade se opõe ao conhecimento sistêmico, sem deixar de ser, por sua vez, sistêmica. A diferença é que reconhece que a realidade possui vários níveis de realidade em constante interação, bem como reconhece e procura solucionar os conflitos, paradoxos e antinomias que se apresentam como num labirinto”.⁸¹

Uma importante influência do pensamento complexo, no âmbito da Pedagogia, é sentida na obra de Paulo Freire. Em *Pedagogia do oprimido*, o autor defende a educação como o único caminho para se pode alcançar a liberdade. Mas não uma “*educação bancária*”, em que o educador deposita o seu conhecimento no educando, como se este fosse um recipiente; e sim uma *educação dialógica*, que se realiza num processo de troca entre o educador e o educando, no qual este é estimulado a se conscientizar do conhecimento que está recebendo.

⁷⁸ Edgar Morin, *Introdução ao pensamento complexo*, cit., p. 55.

⁷⁹ Edgar Morin, *Introdução ao pensamento complexo*, cit., p. 52-54.

⁸⁰ Edgar Morin, *Introdução ao pensamento complexo*, cit., p. 68.

⁸¹ Luiz Antônio Ferraro Júnior, Recifes, arquipélagos, faróis e portos: navegando no oceano de incertezas da educação ambiental. In: Carlos Frederico B. Loureiro, Philippe Pomier Layrargues e Ronaldo Souza de Castro (Org.). *Pensamento complexo, dialética e educação ambiental*. São Paulo: Cortez, 2006, p. 176.

Paulo Freire é autor de um método de alfabetização, chamado *dialógico*, que não se restringe à tradicional e maçante memorização de símbolos e sinais gráficos. O educador convida o educando a dizer alguma palavra que lhe venha à mente e, a partir disso, o conduz na compreensão da estrutura e do significado da palavra central e das palavras correlatas, de modo que o educando, ao tratar de assuntos do seu interesse, também participa do processo educativo.

O pensamento de Paulo Freire se alinha ao de Ortega y Gasset e de Maturana, ao dizer que amor é o fundamento do diálogo e que este é essencial para a compreensão do mundo e para a libertação dos homens. Mas o amor é também diálogo e, como tal, não pode acontecer numa relação de dominação, pois, nesta, o dominador é sádico e o dominado é masoquista. O ato de amor é sempre um ato de compromisso com os homens; é um ato de coragem de se envolver com a causa.⁸²

Em resumo, o pensamento complexo se caracteriza pelo reconhecimento, antes de tudo, pelo reconhecimento da complexidade do real, em oposição à pureza pretendida pelo paradigma moderno. Significa, outrossim, a admissão de outras realidades banidas pela ciência moderna, como o erro, o acaso, a contradição e, principalmente, a multiplicidade de formas que os objetos podem assumir.

As ciências humanas, como a Psicologia, a Psicanálise, a Pedagogia, a Antropologia e a Sociologia já avançaram muito na compreensão do ser humano a partir da perspectiva do pensamento complexo, concebendo-o em sua complexidade e, de igual modo, percebendo a complexidade do meio no qual se encontra inserido. Atualmente, todos os textos produzidos por estudiosos dessas disciplinas encontram-se impregnados pelo pensamento complexo.

1.2.3 Influências do pensamento complexo na ciência jurídica

O Direito também sofreu influência do paradigma moderno e, como todas as demais ciências, também procurou atender às exigências do positivismo filosófico, tendo seu ponto alto nas teorias de Kelsen e Bobbio. No Direito, a busca pelas certezas, característica do pensamento moderno, se manifestou sob roupagem da denominada *segurança jurídica*, materializada no caráter absoluto do direito de propriedade, no fiel cumprimento das obrigações, na força vinculante dos contratos etc.

⁸² Paulo Freire, *Pedagogia do oprimido*. 44. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005, p. 92: “Não há diálogo se não houver um profundo amor ao mundo e aos homens. Não é possível a pronúncia do mundo, que é um ato de criação e recriação, se não há amor que a infunda”.

Pouco a pouco, porém, a ciência jurídica vai cedendo espaço para a complexidade, conforme veremos a seguir.

Encontramos referência ao pensamento complexo em Miguel Reale que, depois de analisar detidamente as correntes filosóficas sobre a teoria do conhecimento, especificamente o *realismo* em contraposição ao *idealismo*, conclui que “o conhecimento é um construído de natureza ontognoseológica”, isto é, que nasce da atuação de um sujeito sobre um objeto, visto que não se pode falar em sujeito cognoscente que não seja para um objeto cognoscível nem, muito menos, em objeto cognoscível que não seja para um sujeito que o conhece.⁸³

Por seu turno, Arthur Kaufmann afirma que, mesmo nas ciências físicas, o conhecimento depende do método de observação adotado e da perspectiva em que se coloca o observador. Dependendo do tipo de abordagem, o elétron pode surgir como partícula sólida ou como onda de energia. No que se refere às ciências humanas e à filosofia, que cuidam precipuamente de objetos imateriais, isso é mais acentuado porque os objetos estão em constante mutação. Kaufmann acrescenta que o conhecimento não é apenas reprodutivo, mas produtivo e criador. No que se refere ao Direito, diz que após a interpretação a lei já não é mais a mesma, assim como o intérprete também já se modificou.⁸⁴

Dentre os doutrinadores mais atuais, destacamos a obra do professor Luiz Edson Fachin, na qual o autor promove uma crítica contundente aos postulados do Direito vigente, mormente em face do patrimonialismo e do individualismo que o caracterizam. Propõe a desconstrução dessas estruturas vigentes no Direito, a fim de que outras sejam erguidas em seu lugar, com base em premissas: a centralidade da pessoa humana, a dignidade, a solidariedade e a igualdade.

Fachin dirige sua crítica à noção de sujeito, que a seu ver é fundamental para a construção de uma teoria do Direito. Por isso, afirma que é necessário ter conhecimento sobre as transformações do sujeito no tempo e no espaço, pois as normas jurídicas que ignoram ou desprezam as condições de vida experimentadas pelas pessoas na atualidade, *in concreto*, são imprestáveis para a solução dos conflitos de interesses.⁸⁵

⁸³ Miguel Reale, *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 115-126.

⁸⁴ Arthur Kaufmann, *Filosofia do direito*. Tradução de Antônio Ulisses Cortês. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 353.

⁸⁵ Luiz Edson Fachin, *Teoria crítica do direito civil: à luz do novo Código Civil brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 15.

Outra crítica importante de Luiz Edson Fachin é que o Direito coopta os fatos da realidade que lhe interessam, operando a exclusão dos demais. Na sua visão, ao ser positivado um direito ocorre uma espécie de exclusão daqueles que remanescem fora do mundo jurídico, podendo, porém, ser positivados em outro momento.⁸⁶

Após promover a desconstrução do pensamento jurídico vigente, Luiz Edson Fachin passa a formular suas propostas para superação dos problemas por ele mesmo levantados. E propõe a “superação do sujeito abstrato, com a construção do sujeito concreto”. Abandona-se a noção de indivíduo e adota-se a de pessoa, a qual é tomada em suas relações com as outras pessoas e com a sociedade. O autor fala em um *sujeito contextualizado* no ambiente social.⁸⁷

Fachin chama a atenção para a necessidade de se compreender a instabilidade, a porosidade entre fato e direito e a transitoriedade que caracterizam o sistema jurídico, donde decorre a necessidade de atualização. O autor propõe “abandonar-se a postura segura dos conceitos...” e “...afeiçoar-se a perguntas sem respostas”.⁸⁸

Segundo Fachin, o Direito Civil encontra-se em um momento de interrogação, a que normalmente se chama de crise; momento de ruptura do novo com o velho Direito Civil. O autor anota que o sistema clássico tem por meta possibilitar o armazenamento das coisas pelos indivíduos e criar mecanismos para que elas circulem. Então, propõe a ruptura com esse sistema, no modo de pensar o direito e o sujeito, sem que isso implique o compromisso de se colocar outra coisa no lugar.⁸⁹

Outra interessante reflexão acerca da perplexidade do momento atual, no que tange à teoria do conhecimento, pode ser encontrada no texto *Sobre peixes e afetos: um devaneio acerca da ética no Direito de Família*, da professora Giselda Hironaka.⁹⁰ O ponto de partida para essa reflexão é a fábula de Rubem Alves, denominada *O que é científico*, na qual esse autor responde à reclamação de um colega porque não querem publicar seu livro sobre a criação de um sabiá, uma vez que esse trabalho não é científico. E esse colega pergunta: “Rubão, afinal o que é científico?”.

Em resposta a esse amigo, Rubem Alves descreve a situação passada numa vila de pescadores, na qual havia um rio em que nunca se pescava, até que um dia surgiu um

⁸⁶ Luiz Edson Fachin, *Teoria crítica do direito civil*, cit., p. 37.

⁸⁷ Luiz Edson Fachin, *Teoria crítica do direito civil*, cit., p. 188 e 194.

⁸⁸ Luiz Edson Fachin, *Teoria crítica do direito civil*, cit., p. 190 e 196.

⁸⁹ Luiz Edson Fachin, *Teoria crítica do direito civil*, cit., p. 230-232.

⁹⁰ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, *Sobre peixes e afetos: um devaneio acerca da ética no Direito de Família*. In: Rodrigo da Cunha Pereira, *Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 424-437.

pescador que pegou um peixe dourado. De início, foi desacreditado, mas logo passou a ser seguido pelos outros pescadores, os quais, depois de algum tempo, só pescavam e só falavam de pescaria. Isso causou o desinteresse dos pescadores por tudo o que não fosse peixe pescado por eles, tendo como resultado o surgimento de um mundo dividido entre pescadores e não pescadores. Os não pescadores não entendiam nem tinham acesso à língua dos pescadores.

Na visão da professora Giselda Hironaka, a ciência moderna assumiu essa feição de dona da verdade, já que apenas aquilo que fosse cientificamente comprovado seria considerado verdadeiro, com exclusão de qualquer outra forma de saber. A confraria de pescadores pegava peixes de todas as espécies, o que equivale às respostas simples da ciência; e também peixes dourados, que correspondem às respostas verdadeiras. Mas não havia ninguém de fora da pescaria para reconhecer o valor da pesca. Assim também acontece com a ciência moderna: só é científico aquilo que a ciência diz que é científico, em sua linguagem.

A professora Giselda Hironaka aponta a insuficiência da ciência moderna para compreender a realidade atual, em sua complexidade. No que diz respeito ao Direito de Família, o paradigma da Modernidade não dá conta de entender que as relações jurídicas são permeadas pelos afetos, cuja disciplina faz parte da Psicanálise e da Psicologia. Lembrando o conceito tradicional de Direito de Família, enquanto *campo do Direito Civil responsável pela solução dos conflitos entre os membros de um conjunto de pessoas vinculadas por parentesco consanguíneo*, a professora afirma que esse é um direito incompleto e conclama os estudiosos a se despirem dos preconceitos e estudarem o afeto, que é a atividade essencial de todo ser humano, que o define e o determina a ser o que é: “No momento em que o Direito de Família conseguir dizer o afeto dentro da sua própria doutrina, aí sim estará efetivamente contemplando a pessoa humana no lugar de sujeito de direito”.

De fato, o reconhecimento da complexidade dos objetos e da circunstancialidade dos seres humanos, cuja origem remota se encontra em José Ortega y Gasset, inundou o pensamento científico ao longo do século XX. As ciências humanas e sociais há muito se deram conta desse modo de pensar. Mas o Direito, que sob o paradigma moderno se especializou em proporcionar segurança jurídica aos indivíduos na posse e propriedade dos seus bens, encontra dificuldade em superar esse paradigma; em abandonar seu porto seguro e se lançar nas águas da incerteza que marcam os tempos atuais. Somente aos poucos vão se revelando, na ciência jurídica, os traços do pensamento complexo, a permitir uma certa flexibilidade que aproxime o Direito dos fatos da vida social.

1.3 A INTERDISCIPLINARIDADE

Um dos aspectos mais relevantes desse momento de virada paradigmática da Modernidade para a Pós-Modernidade é a necessidade de intersecção entre os mais diversos ramos do saber, em busca do conhecimento. Com efeito, o reconhecimento da complexidade do real e a necessidade de superação do positivismo filosófico e científico conduzem necessariamente ao que se convencionou chamar interdisciplinaridade, como exigência da evolução da própria teoria do conhecimento.

1.3.1 O que é interdisciplinaridade

Constatamos que a Modernidade se caracterizou pelo *racionalismo*, pelo *progressismo* e pelo *superlativismo*. No que se refere à teoria do conhecimento, a Modernidade instaurou o *positivismo*, que teve como consequência a transformação de cada ramo do conhecimento em ilhas do saber.⁹¹

Os sinais de ruína do paradigma moderno surgiram na virada do século XIX para o século XX, tendo como referência o desconstrutivismo filosófico de Friedrich Wilhelm Nietzsche. Também José Ortega y Gasset, já em 1914, se dava conta da complexidade do real e da circunstancialidade do ser humano. No plano da Física, Max Plank e Albert Einstein atribuíram novos rumos à teoria do conhecimento, com suas descobertas sobre a complexidade da luz e da matéria.

A interdisciplinaridade surge, então, na atualidade, como exigência da Pós-Modernidade e significa um esforço no sentido de romper as barreiras impostas pelo positivismo e superar o preconceito no âmbito das ciências, diante da constatação de que nenhum ramo do conhecimento se basta e de que é necessária a incursão por outras áreas no sentido – não da totalidade, mas – da ampliação do saber.⁹²

Ivani Fazenda afirma que a interdisciplinaridade se refere à reunião de várias disciplinas em torno de um objeto, mas é necessário criar uma situação-problema da qual nasça a ideia de projeto.⁹³ Por sua vez, Diamantino Trindade fala em atitudes

⁹¹ O professor Luiz Edson Fachin utiliza a expressão *nichos do saber* para caracterizar o isolamento de cada ciência em seus conhecimentos específicos (Luiz Edson Fachin, *Teoria crítica do direito civil*, cit., p. 262).

⁹² Luiz Edson Fachin fala em *mestiçagem do saber*, que possibilita a compreensão dos fenômenos por meio de saberes que dialogam: “... quem deseja apreender um determinado tema na transdisciplinaridade deve se propor a uma travessia”. (*Teoria crítica do direito civil*, cit., p. 260, com referência expressa à obra de Michel Serres, *Filosofia mestiça: lê tiers instruit*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993).

⁹³ Ivani Fazenda, Interdisciplinaridade-transdisciplinaridade: visões culturais e epistemológicas. In: Ivani Fazenda (Org.). *O que é interdisciplinaridade*. São Paulo: Cortez, 2008, p. 22.

interdisciplinares: humildade diante dos limites do saber; espera diante do já estabelecido; deslumbramento diante da possibilidade de superar outros desafios; respeito ao olhar o velho como novo e em reconhecer-se no outro; cooperação que induz as trocas, parcerias, encontros e transformações.⁹⁴

Hilton Japiassu constata a dificuldade em estabelecer uma definição de interdisciplinaridade e afirma que ela se define pela crítica às fronteiras entre as disciplinas e à sua compartimentação, o que representa uma grande esperança de renovação e de mudança no domínio da metodologia das ciências humanas.⁹⁵

A interdisciplinaridade, portanto, não é um modismo que caracteriza os tempos atuais, mas uma consequência natural da derrocada do paradigma moderno, visto que a Razão é insuficiente para resolver todos os problemas da vida. É consequência da constatação de que os vários ramos do saber necessitam dialogar em busca do alargamento das fronteiras do conhecimento.⁹⁶

1.3.2 Espécies de interdisciplinaridade

De um modo geral, quando pensamos em interdisciplinaridade, nos referimos aos *modos ou formas de interação entre as áreas do saber*. Todavia, é necessário perceber que existem vários níveis de interação, dentre os quais podemos destacar a multidisciplinaridade, a pluridisciplinaridade, a interdisciplinaridade e a transdisciplinaridade.⁹⁷

⁹⁴ Diamantino Fernandes Trindade, *Interdisciplinaridade: um novo olhar sobre as ciências*. In: Ivani Fazenda (Org.). *O que é interdisciplinaridade*. São Paulo: Cortez, 2008, p. 72-73.

⁹⁵ Hilton Japiassu, *Interdisciplinaridade e patologia do saber*. Rio de Janeiro: Imago, 1976, p. 49 e 54.

⁹⁶ A professora Lúcia Reis de Almeida Prado dedica todo um capítulo de sua obra ao conceito de razão alargada, citando expressamente os textos de Marilena Chauí e de Sérgio Paulo Rouanet (Lúcia Reis de Almeida Prado, *O juiz e a emoção*, cit., p. 32-41).

⁹⁷ Hilton Japiassu, *Interdisciplinaridade e patologia do saber*, cit., p. 71-74. Confira-se também Jairo Gonçalves Carlos, *Interdisciplinaridade no ensino médio: desafios e potencialidades*. Disponível em: <http://www.unb.br/ppgec/dissertacoes/proposicoes/proposicao_jairocarlos.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2008.

Figura 2.1 Multidisciplinaridade.

A *multidisciplinaridade* se caracteriza pela interação entre duas ou mais áreas do saber, de maneira independente, isto é, sem cooperação ou diálogo entre os saberes.

Configuração

Fonte: JAPIASSU, Hilton. *Interdisciplinaridade e patologia do saber*, cit., p. 73-74.

Figura 2.2 Pluridisciplinaridade.

Na *pluridisciplinaridade*, a interação conta com algum tipo de cooperação entre as disciplinas, mas falta uma coordenação central, de nível superior, que a oriente.

Fonte: JAPIASSU, Hilton. *Interdisciplinaridade e patologia do saber*, cit., p. 73-74.

Figura 2.3 Interdisciplinaridade.

A *interdisciplinaridade*, na opinião do professor Hilton Japiassu, é a forma autêntica de interação entre os saberes, na qual existe uma coordenação de nível superior e uma ação axiomática comum que se traduz na ideia de finalidade. Nesse caso, as disciplinas interagem coordenadas por uma ideia central e orientadas para uma finalidade.

Fonte: JAPIASSU, Hilton. *Interdisciplinaridade e patologia do saber*, cit., p. 73-74.

Figura 2.4 Transdisciplinaridade.

Por último, a *transdisciplinaridade* ou *pandisciplinaridade* seria a interdisciplinaridade levada às últimas consequências e caracteriza-se pela interação simultânea de todas as disciplinas sob coordenação de uma base axiomática geral.

Fonte: JAPIASSU, Hilton. *Interdisciplinaridade e patologia do saber*, cit., p. 73-74.

Conforme já mencionamos, a interdisciplinaridade é a forma autêntica de interação entre as disciplinas, já que a multidisciplinaridade e a pluridisciplinaridade são formas tímidas e incompletas de interação, ao passo que a pandisciplinaridade ou transdisciplinaridade, por pretender uma compreensão simultânea de todas as disciplinas, afigura-se impraticável. É importante destacar também, numa análise preliminar, meramente etimológica, que a expressão transdisciplinaridade revela um trânsito do sujeito pelas diversas disciplinas, ao passo que interdisciplinaridade sugere comunicação entre as disciplinas.

Além disso, a interdisciplinaridade, em sentido genérico, pode ser classificada como heterogênea, pseudointerdisciplinaridade, auxiliar, compósita ou unificadora. A interdisciplinaridade heterogênea, também chamada enciclopédica, se resume à soma das informações fornecidas por diversas áreas do saber sobre um mesmo tema. A pseudointerdisciplinaridade é a simples tomada de uma disciplina como modelo por outra. A interdisciplinaridade auxiliar é a simples tomada do método de uma ciência por outra. A interdisciplinaridade compósita ou unificadora é considerada a forma mais legítima de interdisciplinaridade, na qual se procede a uma coerência dos domínios de cada disciplina, mediante integração teórica e metodológica.⁹⁸

A interdisciplinaridade, portanto, se apresenta como exigência da Pós-Modernidade. De fato, o pensamento complexo supõe que a realidade é complexa e multifacetária, apresentando-se sob vários aspectos, conforme o ângulo de observação. Por isso, a compreensão mais completa de uma realidade deve considerar as várias perspectivas proporcionadas por inúmeras áreas do saber. Seria insuficiente a definição de um objeto dada apenas por uma área do saber, sem considerar as definições fornecidas por outros ramos do conhecimento. Essa é a razão pela qual complexidade e interdisciplinaridade caminham juntas na construção do conhecimento, em tempos de Pós-Modernidade.

1.4 A AFETIVIDADE NA TEORIA DO CONHECIMENTO

O que vimos nos itens anteriores é que a passagem da Modernidade para a Pós-Modernidade produziu e ainda vem produzindo alterações substanciais em todos os setores da vida. Por isso, dizemos que se trata de uma virada paradigmática.

De modo geral, a Modernidade se caracterizou pelo progressismo e pelo superlativismo. Nas ciências e na filosofia, a Modernidade se caracterizou pela busca das

⁹⁸ Hilton Japiassu, *Interdisciplinaridade e patologia do saber*, cit., p. 76-77.

certezas, produzindo aquilo que se passou a chamar *positivismo*, derivado diretamente ao pensamento de René Descartes de produção de ideias limpas e claras.

Todavia, a constatação da insuficiência desse modelo deu azo ao surgimento de um novo paradigma, ainda em desenvolvimento, a que se passou a chamar Pós-Modernidade. Em lugar das certezas prometidas pelo pensamento moderno, a Pós-Modernidade se anuncia exatamente pela perplexidade, pela dúvida e pela turbulência em todos os setores da vida, no pensamento e na ação. No que se refere à teoria do conhecimento, a Pós-Modernidade se caracteriza pela *complexidade* e pela *interdisciplinaridade*, em contraposição ao positivismo da Modernidade.

Cabe lembrar que desde a Antiguidade, duas correntes filosóficas debateram os modos pelos quais os sujeitos conhecem os objetos. De um lado, os realistas defendiam que as coisas possuem uma essência a ser captada pela mente humana: *nós conhecemos as coisas*; de outro lado, os idealistas, partindo do pressuposto de que as coisas preexistem no plano das ideias, sustentavam que conhecemos apenas *representações das coisas ideais*.

Esses modos de abordagem refletem perfeitamente os ditames do paradigma moderno, visto que são excludentes entre si. De um lado, a gnoseologia, que se refere à aptidão do sujeito para conhecer a realidade e, de outro lado, a ontologia, que se refere às estruturas ou formas dos objetos que compõem a realidade cognoscível. A superação desse impasse pode ser encontrada, por exemplo, na doutrina do professor Miguel Reale, para quem o processo de conhecimento consiste num entrelaçamento do sujeito com a realidade, por meio do qual o sujeito apreende a essência dos objetos, mas também imprime a sua pessoalidade. A isso se chama ontognoseologia.⁹⁹

Além disso, é preciso considerar que no estágio atual da teoria do conhecimento os objetos são analisados em sua complexidade e nas suas relações com os demais objetos, assim como o ser humano ingressa no processo de conhecimento com toda a sua complexidade.

Disso resulta que a apreciação da afetividade como objeto de estudo deve se orientar por esses pressupostos que caracterizam o pensamento complexo, ou seja, de que é impossível alcançar a essência do objeto; de que os conceitos são provisórios; de que os objetos se encontram inseridos em sua circunstancialidade e se apresentam por diversos modos, conforme a perspectiva de abordagem; e de que a nossa compreensão também se acha impregnada pela subjetividade que caracteriza os seres humanos.

⁹⁹ Miguel Reale, *Filosofia do direito*, cit., p. 125-127.

Por outro lado, a afetividade é objeto de estudo das ciências psicológicas e das ciências sociais, como é o caso do Direito e da Sociologia. Nessas condições, faz-se necessária uma abordagem interdisciplinar que possa resultar numa compreensão mais completa deste objeto.

1.4.1 A teoria dos objetos (que tipo de objeto é a afetividade)

Uma primeira questão que se apresenta, na tentativa de abordagem sobre a afetividade, é a determinação de sua espécie entre os objetos que compõem a realidade. De acordo com Miguel Reale, a realidade se compõe de objetos físicos, psíquicos e ideais.¹⁰⁰

Os *objetos físicos* se caracterizam pela extensão e pela situação espaço-temporal. Com efeito, diante de um objeto físico, pode-se abstrair de suas qualidades como a textura, a resistência e a cor, mas jamais da sua extensão. Além disso, tais objetos ocupam um tempo e um lugar, isto é, duram no tempo e ocupam um espaço.

Os *objetos ideais* são abstrações elaboradas exclusivamente pela mente humana, como as indagações da Lógica e da Matemática, que não ocupam tempo nem lugar. Um triângulo e um silogismo são seres puramente ideais. Tais seres não se confundem, porém, com os arquétipos platônicos.

Os *objetos psíquicos* referem-se àquilo que se passa no interior de cada pessoa, objeto de estudo da Psicologia. São as emoções, as paixões, os instintos, as inclinações, os desejos. Não ocupam lugar no espaço, mas duram no tempo.

A afetividade não é um objeto físico que possa ser mensurado e quantificado, pois não possui extensão nem ocupa lugar no espaço. Mas também não é um objeto ideal, como a justiça, a beleza e a democracia, que só possa ser concebido no plano das ideias. Então, de que tipo de objeto se trata?

A afetividade, assim como a inteligência, é algo que emana do ser humano e se revela no relacionamento com as demais pessoas. Nesse sentido, é possível afirmar que a afetividade não é substantiva, mas sim adjetiva, na medida em que só pode ser concebida como uma qualidade inerente aos seres humanos e, quiçá, aos animais superiores. Mas a afetividade é também o conjunto dos afetos presentes em cada pessoa, podendo ser estudada e organizada para dela se extrair uma funcionalidade adequada ao perfeito equilíbrio do ser humano. Sob esse aspecto, a afetividade assume formato substantivo.

¹⁰⁰ Miguel Reale, *Filosofia do direito*, cit., p. 175-182.

Em suma, a afetividade é um objeto complexo que se apresenta sob várias nuances e facetas, conforme a perspectiva de abordagem.

1.4.2 Como pode se dar o conhecimento da afetividade

Conforme se pode notar, a afetividade não pode ser enquadrada exclusivamente numa categoria de objetos, visto que apresenta nuances diversificadas, conforme o ângulo de visão do qual é apreciada. Nesse ponto, se revela a ineficácia do paradigma da Modernidade para a compreensão dessa realidade.

De acordo com esse paradigma, o sujeito possui uma inteligência, o objeto possui uma essência e o conhecimento acontece mediante a apreensão da essência do objeto pela inteligência do sujeito. Por isso, de acordo com esse critério, é importante a determinação das características do objeto para serem apreendidos pelo sujeito. No caso da afetividade, essa apreensão se torna impossível porque o objeto apresenta uma face diferente, conforme o ângulo sob o qual é observado e a depender do ânimo do sujeito. Isto é, o objeto apresenta uma tal complexidade que seu conhecimento só é possível se forem levadas em consideração essas suas inúmeras faces.

Essa é, exatamente, a nossa proposta de trabalho em torno do objeto de estudo: abordá-lo sob os seus mais diversos significados, ora como fator constitutivo da personalidade, ora como fundamento de toda conduta, ora como valor jurídico, de modo a proporcionar, o tanto quanto possível, uma razoável compreensão desse objeto.

2

EM BUSCA DE UM CONCEITO DE AFETIVIDADE NAS TEORIAS PSICOLÓGICAS

No dicionário comum encontramos a palavra *afeto* como sinônima de afeição, simpatia, amizade, amor; ou então como sentimento, paixão; no sentido psicológico, *afeto é o elemento básico da afetividade. Afetividade*, no sentido comum, é a qualidade ou caráter do que é afetivo – relativo ao afeto. No sentido psicológico, *afetividade é o conjunto de fenômenos psíquicos que se manifestam sob a forma de emoções, sentimentos e paixões.*¹⁰¹

Mas, conforme foi dito, a afetividade é um objeto complexo que apresenta inúmeras facetas, de acordo com as várias perspectivas de abordagem. A afetividade é, a um só tempo, um fenômeno psíquico e jurídico. É um fenômeno psíquico inerente a todos os seres humanos e, por essa razão, produz consequências para o mundo jurídico, constituindo um valor a ser protegido.

Ocorre que o Direito é ciência do dever-ser e, como tal, se ocupa de conhecer os objetos em suas relações de finalidade, ao passo que a Psicologia é ciência do ser, que busca fixar os conceitos em suas relações de causalidade.¹⁰² No caso da afetividade, cabe às ciências psicológicas fixar o seu conceito, restando ao Direito, a partir do conceito fornecido, realizar a valoração em termos de dever-ser. Se a Psicologia diz que a afetividade é inerente ao ser humano e que é determinante para a formação da personalidade, cabe ao Direito atribuir sentido a essa afirmação, reconhecendo o valor da afetividade e exigindo as condutas necessárias à sua proteção.

Procuraremos, nos itens a seguir, verificar como as ciências psicológicas têm se ocupado do tema afetividade para, em seguida, fazer sua ligação com a Ética e com o Direito.

¹⁰¹ Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 55.

¹⁰² Miguel Reale, *Lições preliminares de direito*. 8. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 27-31; Miguel Reale, *Filosofia do direito*, cit., p. 257-266.

2.1 A AFETIVIDADE NA FILOSOFIA DE BARUCH DE SPINOZA¹⁰³

Em plena vigência do racionalismo moderno, Baruch de Spinoza (1632-1677) abordou o problema da afetividade, deitando as raízes daquilo que viria a ser a Psicologia moderna. Spinoza sustentou que o homem é tanto racional quanto passional; tanto é capaz de ideias verdadeiras e raciocínio lógico quanto é movido por paixões e desejos. Todavia, somos principalmente passionais.¹⁰⁴

De acordo com Spinoza, somos dotados de corpo e mente. E o que se passa no corpo é fundamental para compreendermos a mente e o próprio corpo. Não há corpo que não sofra modificações, as quais são causadas pela própria movimentação interna e pelo contato com outros corpos.¹⁰⁵ A mente é ideia ou consciência das modificações ou afecções do corpo e a intensidade das ideias está relacionada à intensidade das afecções que lhes dão causa.

Os afetos não são sentimentos que percorrem a nossa alma, como querem os românticos; nem paixões que turvam a vontade, como afirmavam os estóicos. Os afetos são ideias, isto é, são processos mentais acerca das afecções do corpo. Spinoza ressalva que algumas ideias são relacionadas diretamente às afecções do corpo, enquanto outras são elaborações da mente a partir de ideias anteriores. Mas sempre retornamos ao patamar dos afetos, do qual somente nos desligamos com a morte.¹⁰⁶

Os afetos são ideias das afecções do corpo, de modo que serão mais fracas, mais fortes, mais simples ou mais complexas, conforme as afecções que lhes dão causa. A estrutura dos nossos afetos depende da estrutura e das modificações do nosso corpo. É aqui que surge a noção de potência, pois o que se passa em nosso corpo é, basicamente, aumento e diminuição de potência. Para Spinoza, a essência do corpo é o *conatus*, isto é, o esforço que faz pela preservação da própria existência, visto que estamos permanentemente em luta para continuar existindo, independentemente da nossa vontade. A nossa essência é

¹⁰³ As ideias desenvolvidas neste capítulo foram extraídas da palestra do professor Fernando Dias Andrade, proferida no *IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*, em Belo Horizonte, em outubro de 2005, cujo teor foi posteriormente publicado nos Anais do Congresso (Fernando Dias Andrade, Poder familiar e afeto numa perspectiva espinosana. In: Rodrigo da Cunha Pereira, *Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 367-393).

¹⁰⁴ Baruch de Spinoza, *Ética demonstrada à maneira dos geômetras*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 283.

¹⁰⁵ É interessante observar que a noção de ética aqui é um tanto diferente daquela adotada por Giorgio Del Vecchio: “estudo dos possíveis comportamentos dos homens perante os outros homens”. Em Spinoza, assim como em Piaget e em Maturana, a ética se manifesta por comportamentos relacionados aos demais seres humanos, mas tem o sentido de promover a *equilíbrio* (Piaget) ou a *autopoiese* (Maturana).

¹⁰⁶ Humberto Maturana retoma essa ideia de que os afetos são causados pelas alterações biológicas.

o *conatus*, a luta pela vida, de modo que o enfraquecimento, a doença, a dor e mesmo a morte não são causadas por nós; sempre têm causas externas.¹⁰⁷

Interpretando a filosofia de Baruch de Spinoza, Fernando Dias Andrade explica o processo de equilíbrio afetiva:

Viver é a todo momento estar em encontro e em confronto com outros corpos, uma situação recorrente e infundável da qual podemos sair fortalecidos ou enfraquecidos. Alguns encontros são a favor do nosso corpo e nos fortalecem; outros são contrários e nos enfraquecem. No que respeita aos maus encontros – esses que nos enfraquecem –, se forem excessivamente contrários e mais fortes do que nós a ponto de não podermos enfrentá-los, perecemos; porém, se apesar de sua violência conseguirmos estar suficientemente fortalecidos para o confronto, não apenas sobreviveremos a ele como poderemos mesmo fazer perecer a causa contrária a nós.¹⁰⁸

A potência do nosso corpo pode sofrer basicamente dois movimentos, aumento e diminuição, que correspondem às duas categorias básicas de afetos: alegria ou *laetitia*, que é a ideia de aumento da nossa potência; tristeza ou *tristitia*, que é a ideia de diminuição da nossa potência. Além disso, os afetos podem ter causas externas, caso em que recebem denominação especial. A alegria, quando relacionada a causa externa, chama-se amor; a tristeza, chama-se ódio: “amamos algo ou alguém quando concebemos que esse algo ou alguém nos fortalece; odiamos algo ou alguém quando concebemos que esse algo ou alguém nos enfraquece”.

Considerando que há várias afecções que nosso corpo pode sofrer ou causar, haverá diversos tipos de afeto. Como há afecções complexas, de causas diversas, haverá afetos igualmente complexos, que são combinações de diferentes alegrias e tristezas. Enfim, há uma infinidade de afetos que podemos experimentar, o que torna impossível identificar e denominar todos os tipos de afeto.

Ao lado da alegria e da tristeza, há um outro afeto básico que não está relacionado ao aumento ou diminuição da nossa potência: o desejo ou *desiderum*. Este afeto é a ideia da complexidade atual de tudo o que se passa no corpo. Se estar triste é conceber o enfraquecimento do corpo e estar alegre é conceber o fortalecimento, desejar é estar vivo.

A paixão se diferencia dos afetos e do desejo: é a ideia inadequada da mesma afecção no corpo, ou seja, é um afeto em que não nos concebemos como causa ou como participantes da causa. Fernando Dias Andrade resume assim:

¹⁰⁷ É importante perceber que o *conatus* de Spinoza corresponde ao impulso vital – *eros* – de Sigmund Freud, na primeira tópica. Para Freud, somos movidos pelas pulsões de vida – *Eros* – e de morte – *tanatus*. A diferença é que, para Spinoza, o impulso vital – *conatus* – tem causa interna, ao passo que o enfraquecimento, a doença, a dor e a morte têm sempre causas externas.

¹⁰⁸ O conceito de equilíbrio foi posteriormente retomado por Jean Piaget, em sua Psicologia do Desenvolvimento.

Somos seres passionais, porque sabemo-nos movidos por paixões que nos parecem só amor ou ódio; somos seres afetivos, porque sabemo-nos movidos pelos nossos afetos que não são só o amor e o ódio; somos seres desejan-tes, pois sabemo-nos preenchidos por uma multiplicidade de afetos.¹⁰⁹

Partindo da análise da estrutura afetiva, Fernando Dias Andrade destaca a importância da convivência para o desenvolvimento humano. Fortalecemo-nos no convívio com os demais, o que significa convívio com os amigos e não apenas com aqueles a quem estamos ligados por laços de sangue ou por convenção. E conclui dizendo que devemos buscar os afetos positivos, que nos fortalecem, não por necessidade moral ou religiosa, mas porque somos corpos cuja essência é o *conatus*.

O texto de Spinoza remonta ao século XVII, quando a Psicologia ainda se referia aos estudos das afecções da alma e ainda não se firmara como ciência positiva. Sua obra precede ao desenvolvimento experimentado pelas ciências psicológicas, a partir da virada do século XIX para o século XX. Mas já se consegue entrever em seus escritos um embrião daquilo que viria a ser a Psicologia na Modernidade, especialmente as noções de que somos seres passionais, afetivos e desejan-tes. E mais: que a convivência afetiva é fundamental para o desenvolvimento humano, pois fortalecemo-nos no convívio com os demais.

2.2 A AFETIVIDADE NA TEORIA PSICANALÍTICA DE SIGMUND FREUD

2.2.1 Freud e o paradigma moderno

Sigmund Freud (1856-1939) foi um médico neurologista judeu-austriaco, fundador da Psicanálise. Foi um grande cientista e escritor, responsável por uma revolução no âmbito humano: a ideia de que somos movidos pelo inconsciente. Suas primeiras obras, *A interpretação dos sonhos* e *A psicopatologia da vida cotidiana*, foram publicadas nos primeiros anos do século XX. Suas ideias logo atraíram a atenção de médicos de vários lugares e passam a compor o Movimento Psicanalítico.

Carlos Alberto Plastino relata que Freud encontrou sérias dificuldades para assentar suas descobertas em bases teóricas porque elas não se conformavam ao paradigma moderno, segundo o qual havia separação entre o ser humano e a natureza; o ser humano era dotado de racionalidade e a realidade de essência; o conhecimento do real se dava por meio da razão, com exclusão de qualquer outro modo de conhecer.

¹⁰⁹ Fernando Dias Andrade, *Poder familiar e afeto numa perspectiva espinosana*, cit., p. 385.

Atendendo à noção de máquina ditada pelo modernismo, o psiquismo explorado por Freud na primeira fase de sua obra é concebido como um bloco unitário; as reações psíquicas atendiam ao princípio do prazer, consensual entre os psicólogos da época, segundo o qual o ser humano procura afastar-se das situações que lhe causam desprazer e aproximar-se daquelas que lhe dão prazer;¹¹⁰ as pulsões seriam “representações psíquicas dos estímulos que provêm do interior do corpo e atingem o psiquismo”, ou seja, as pulsões se referem às relações entre o corpo e o psiquismo, conceito que Freud decompõe em força, objeto, meta e fonte;¹¹¹ os afetos e sentimentos seriam processos de descarga cujas exteriorizações últimas seriam percebidas como sensações;¹¹² os afetos seriam considerados em termos quantitativos e como sinônimos de energia psíquica;¹¹³ o recalque, atendendo à noção de princípio do prazer, teria a função de sufocar o desenvolvimento dos afetos.¹¹⁴

Essa concepção conduziu Freud a uma série de impasses na teoria das pulsões, na teoria do afeto e na teoria do recalque, o que o obrigou a buscar outros caminhos. A descoberta do inconsciente pôs em crise a concepção do paradigma moderno e obrigou Freud a uma completa reformulação de sua teoria, que foi se constituindo, paulatinamente, a partir dos denominados “textos da virada dos anos 20”.¹¹⁵

2.2.2 A virada paradigmática de Freud

A partir da descoberta do inconsciente, Freud abandonou a concepção maquinicista do psiquismo e passou a concebê-lo em sua complexidade:¹¹⁶

- o psiquismo, então, se constitui de uma parte consciente e outra pré-consciente/consciente; ambas participam do conhecimento do real;
- as pulsões não atendem apenas ao princípio do prazer, mas o antecedem;
- as pulsões estão presentes tanto no inconsciente como no pré-consciente/consciente, havendo pulsões egóicas, tendentes à morte e pulsões sexuais, tendentes à conservação da vida;

¹¹⁰ Carlos Alberto Plastino, *O primado da afetividade*, cit., p. 106.

¹¹¹ Carlos Alberto Plastino, *O primado da afetividade*, cit., p. 87.

¹¹² Carlos Alberto Plastino, *O primado da afetividade*, cit., p. 61-62.

¹¹³ Carlos Alberto Plastino, *O primado da afetividade*, cit., p. 110.

¹¹⁴ Carlos Alberto Plastino, *O primado da afetividade*, cit., p. 63.

¹¹⁵ Carlos Alberto Plastino, *O primado da afetividade*, cit., p. 96.

¹¹⁶ Carlos Alberto Plastino, *O primado da afetividade*, cit., p. 116-118.

- no inconsciente, o processo é primário e as pulsões são livres, não ligadas aos processos de pensamento, não obedecendo às regras da lógica, isto é, os princípios de identidade, de não contradição e de temporalidade; ao passo que no pré-consciente/consciente, o processo é secundário e as pulsões são ligadas aos processos de pensamento;
- uma das mais importantes e precoces funções do aparelho anímico é ligar as pulsões que a ele chegam, substituindo o processo primário pelo secundário.

Freud chegou à conclusão de que “se a participação do pensamento racional é sem dúvida importante para o domínio das forças pulsionais depois do estabelecimento da diferenciação das instâncias psíquicas, ela não pode ser postulada nos processos mais arcaicos, aqueles precisamente que, ao ligar a força pulsional, permitiriam a instalação do princípio do prazer. Assim, não é pela mediação de um processo lógico de pensamento que a ‘sedução materna’ desperta a ação de Eros no psiquismo do infante (alusão ao narcisismo), nem resgata as ‘crianças hospitalizadas’ (alusão ao exemplo das crianças que morrem sem causas orgânicas por falta de acolhimento amoroso)”. A ligação das pulsões deve ser atribuída a um processo afetivo, que leva em consideração não a quantidade, mas a qualidade dos afetos.¹¹⁷

A hipótese mais fundamental de Freud, presente em toda sua obra, é a existência de vida anímica. Essa hipótese veicula dois aspectos: a existência, na natureza humana, de uma força cujo trâmite constitui uma exigência necessária; a imposição de limites a essa força, que a diferencia em energia livre e ligada.¹¹⁸

A complexidade do psiquismo se tornou evidente a partir da descoberta do narcisismo e da importância do papel do *outro* na constituição da subjetividade, o que evidenciou a insuficiência do princípio do prazer para explicar a complexidade do psiquismo, pois há fatores que, embora incapazes de produzir prazer, atuam no psiquismo (compulsão de repetição). A partir disso, Freud compreendeu que há algo mais originário, que antecede ao princípio do prazer.

Freud, então, passou a elaborar sua nova e definitiva teoria sobre o psiquismo, mantida a hipótese geral, já mencionada. Descobriu que não é o pensamento que liga as pulsões, transformando-as de energia livre em ligada. Tal ligação é operada pelos afetos,

¹¹⁷ Carlos Alberto Plastino, *O primado da afetividade*, cit., p. 118.

¹¹⁸ Carlos Alberto Plastino, *O primado da afetividade*, cit., p. 109.

considerados em sua qualidade e não em sua quantidade.¹¹⁹ Esse processo afetivo, que transforma a energia pulsional livre em ligada, substituindo o processo intelectual, delineia aquilo a que Freud posteriormente chamaria de “primado da afetividade”.¹²⁰

Em consequência, Freud substituiu as duas classes opostas de pulsão – Eros e Destruição, pulsão de vida e pulsão de morte – pela polaridade entre amor e ódio, o que atende à nova concepção de que são os afetos que movimentam o psiquismo.¹²¹

A nova teoria freudiana, cujo delineamento se inicia em “Além do princípio do prazer” (1920), se desenvolve em “O ego e o isso” (1923) e na “Apresentação autobiográfica” (1926). São suas características:

- a complexidade do psiquismo;
- a existência de duas instâncias psíquicas: consciente e inconsciente;
- a existência de energia psíquica de duas modalidades: livre e ligada;
- a tramitação da energia psíquica, que se transforma de livre em ligada;
- o processo de ligação deixa de ser intelectual e desloca-se para o terreno dos afetos.

Em 1923, Freud escreveu um artigo intitulado “O ego e o isso”, no qual explicou sua nova compreensão do psiquismo. Plastino sintetiza o pensamento freudiano, após a virada paradigmática, da seguinte forma:

Sintetizando essa difícil questão, pode-se afirmar que, para Freud, existem pensamentos, sentimentos e sensações inconscientes. Os pensamentos tornam-se conscientes através da ligação com representações-palavra ou, de maneira imperfeita, através de restos mnêmicos da percepção da representação-coisa. Os sentimentos e sensações, por sua vez, podem tornar-se conscientes, diretamente, sem a mediação da representação-palavra. A percepção, por sua vez, não se limita à percepção dos sentidos, mas opera também através de uma forma de apreensão que pode ser denominada, utilizando-se a terminologia contemporânea, de percepção a-modal.

O ego se constitui, então, em estreita relação com os processos perceptivos, através dos quais o psiquismo desenvolve um setor organizado. Porém, qual é a instância que, através desses processos perceptivos, permite a emergência do ego? Para responder a essa questão, Freud postula... a existência de um psiquismo originário, inconsciente,... que pode ser denominado de *isso*, já que essa expressão gramatical alude a algo impessoal, respondendo a uma necessidade da natureza, de nosso ser.¹²²

¹¹⁹ Carlos Alberto Plastino, *O primado da afetividade*, cit., p. 118: “A hipótese mais geral de Freud – que diferencia energia livre de energia ligada – continua constituindo um potente instrumento teórico para a compreensão dos processos psíquicos, mas o eixo se desloca, passando a ser centrado na questão do sentido e dos afetos qualitativamente considerados”.

¹²⁰ Carlos Alberto Plastino, *O primado da afetividade*, cit., p. 119.

¹²¹ Carlos Alberto Plastino, *O primado da afetividade*, cit., p. 119.

¹²² Carlos Alberto Plastino, *O primado da afetividade*, cit., p. 126-127.

Portanto, o *isso* é concebido como enraizado no corpo e o *ego* é pensado apenas como a parte organizada do *isso*.

Mas, nesse mesmo trabalho, Freud sustentou que a identificação do *isso* e do *ego* é insuficiente para a compreensão do psiquismo e de seus processos, fazendo-se necessária a identificação de outra instância psíquica, inicialmente denominada *ideal de ego*, cujas funções seriam a observação de si e a consciência moral: o *superego*.

O *superego* não está em nós desde o início da vida e sua emergência deriva dos afetos originários. Além disso, a emergência do superego se sustenta na ambivalência afetiva originária e na prolongada dependência da criança. De acordo com Freud, é a identificação da criança com os progenitores que vai modelar o superego. No entanto, trata-se de uma instância dinâmica que pode ser – e certamente é – influenciada por outras pessoas que em determinados momentos se apresentem como modelos.

2.2.3 O primado da afetividade

Como visto, a partir dos “textos da virada dos anos 20”, Freud abandonou a concepção maquinicista do psiquismo e passou a concebê-lo em sua complexidade. Constatou, então, a insuficiência do *princípio do prazer* para fundamentar a sua teoria pulsional, uma vez que existem pulsões, como a de compulsão de repetição, que não são regidas por esse princípio. Os estudos sobre o narcisismo revelaram a importância do *outro* na construção da subjetividade e Freud concluiu, então, que existe algo mais originário do que o princípio do prazer e que, de fato, movimenta as pulsões: o *processo afetivo originário*.

A partir desta constatação, Freud estabeleceu que não é o processo intelectual, mas sim o processo afetivo que liga as pulsões, transformando-as de energia livre em ligada. A esse processo afetivo, que transforma a energia pulsional livre em ligada, Freud chamaria posteriormente “*Primado da afetividade*”.¹²³

Para atender à nova concepção de que são os afetos que movimentam o psiquismo, Freud substituiu as duas classes opostas de pulsão – Eros e Destruição – pela polaridade entre amor e ódio, isto é, a *ambivalência afetiva originária* que movimenta o psiquismo e orienta as pulsões.¹²⁴

Nessa nova concepção do psiquismo, cujas características foram mencionadas no item anterior, Freud privilegiou a perspectiva do sujeito que produz e sente angústia

¹²³ Carlos Alberto Plastino, *O primado da afetividade*, cit., p. 119.

¹²⁴ Carlos Alberto Plastino, *O primado da afetividade*, cit., p. 119.

relacionada aos sentimentos de perda. Inicialmente, a separação da criança com relação ao corpo materno, no nascimento, origina uma *angústia primordial*; posteriormente, a ausência da mãe é percebida pela criança como uma ameaça, experiências essas que são guardadas como sinais de perigo inerentes ao nascimento.

Os estudos sobre narcisismo foram decisivos para a transformação da teoria freudiana. Anteriormente, a pulsão sexual era pensada como relacionada a algum objeto. Em *Introdução do narcisismo*, houve distinção entre “libido de objeto” e “libido egóica”. Freud afirmara, já em 1905, que as pulsões autoeróticas são primordiais e que “algo” deve ser acrescentado a elas para que o narcisismo se constitua. Com isso, apontara para a relação do sujeito com o “outro”: “Assim, se inicialmente a libido tem como objeto o ‘ego ideal’ – isto é, o próprio sujeito constituindo seu ideal –, é preciso que parte dessa libido se oriente para um objeto externo, que Freud denominará ‘ideal de ego’”.¹²⁵

Com isso, ele quis dizer que se, por um lado, o narcisismo é necessário para construção da *subjetividade*, por outro, sua manutenção além da sua vigência regular na infância constitui uma doença. Assim, uma parte da libido deve ser desde logo direcionada para um objeto externo, em processo de identificação, com vista à socialização do sujeito. Em suma, “é preciso amar para não adoecer”.¹²⁶

A afetividade, dessa forma, se constitui no elemento propulsor do psiquismo. É natural no ser humano a aptidão para afetar e ser afetado. A ausência de afeto impede o desenvolvimento do ego, que é a consciência de si mesmo; e do superego, que é a consciência moral. Todavia, os processos de castração constituem meios para limitar a onipotência dos sujeitos, tornando-os capazes de reconhecer o outro como sujeito e experimentar o amor alteritário.

Carlos Alberto Plastino é um entusiasta do trabalho de Freud e assim resume a emergência do *primado da afetividade* em sua obra:

Assim, a concepção da segunda tópica é presidida pelo primado da afetividade. Ela postula, com efeito, um inconsciente originário, sede das pulsões orgânicas, Eros e Destruição, apreendidas na experiência clínica como ambivalência afetiva originária. Postula, ainda, a diferenciação desse psiquismo originário através de um processo de identificação cuja forma mais primária opera por via exclusivamente afetiva. Postula, por fim, uma segunda diferenciação, a do superego, desenvolvida através dos processos de identificação, eles próprios comandados pela ambivalência afetiva originária e ativados pela necessidade de amor e proteção sentida pelo desamparado infante humano.¹²⁷

¹²⁵ Carlos Alberto Plastino, *O primado da afetividade*, cit., p. 76.

¹²⁶ A expressão é utilizada por Freud no texto *Introdução ao narcisismo* (Carlos Alberto Plastino, *O primado da afetividade*, cit., p. 76).

¹²⁷ Carlos Alberto Plastino, *O primado da afetividade*, cit., p. 131.

Plastino enaltece a descoberta de Freud, ao sustentar que o *primado da afetividade é uma tese antropológica fundamental*, segundo a qual a capacidade de amar e de odiar faz parte do patrimônio antropológico que se realiza na experiência histórica de cada sujeito.¹²⁸

A primeira importante conclusão que se pode extrair do trabalho de Freud é que a afetividade é constitutiva dos seres humanos, já que a capacidade de amar faz parte do patrimônio antropológico. Plastino esclarece que se trata de uma potencialidade humana, como a capacidade de raciocinar ou de adquirir linguagem, que são inatas aos seres humanos, mas que se desenvolvem em graus diferentes em cada indivíduo.

A segunda importante conclusão é que a afetividade é reconstitutiva do seres humanos que, por alguma razão, perderam ou não desenvolveram adequadamente a capacidade de amar. Para a Psicanálise, a cura está em estabelecer ou restabelecer no paciente o fluxo da afetividade, isto é, a capacidade de amar e de trabalhar.

A terceira conclusão é que a afetividade repercute sobre a qualidade da vida social. No paradigma moderno, o sujeito é pensado como indivíduo, que se torna social num segundo momento. Na perspectiva da Psicanálise, o sujeito é pensado como constitutivamente social, não sendo possível pensá-lo à margem da sociedade e da natureza.¹²⁹

Merece destaque também, na obra de Freud, a constatação de que a linguagem tornou possível a percepção dos processos endopsíquicos, não apenas por meio de sentimentos de prazer e desprazer, de fora para dentro, mas por suas ligações aos resíduos sensoriais das apresentações verbais.¹³⁰

Enfim, na teoria psicanalítica reelaborada por Freud a partir da descoberta da complexidade do psiquismo, a afetividade desponta como fator de propulsão do psiquismo, a orientar as pulsões, tendo importância fundamental na constituição da subjetividade e da sociabilidade do ser humano.¹³¹

¹²⁸ Carlos Alberto Plastino, *O primado da afetividade*, cit., p. 137 e 139.

¹²⁹ Carlos Alberto Plastino, *O primado da afetividade*, cit., p. 167.

¹³⁰ Sigmund Freud, *Totem e tabu e outros trabalhos*. Tradução de Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1996, v. XIII, p. 77.

¹³¹ Giselle Groeninga fornece um conceito de afeto com base na doutrina de Freud: “Os afetos são o equivalente da energia psíquica, dos impulsos, dos desejos que afetam o organismo e se ligam a representações, a pessoas, objetos, significativos. Transformam-se em sentimentos e dão um sentido às relações e, ainda, influenciam nossa forma de interpretar o mundo” (Giselle Câmara Groeninga, Direito e psicanálise: um novo horizonte epistemológico. In: Rodrigo da Cunha Pereira, *Anais IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2004, p. 249-263).

2.3 A AFETIVIDADE NA PSICOLOGIA DO DESENVOLVIMENTO DE JEAN PIAGET

2.3.1 O objeto de estudo de Jean Piaget¹³²

A partir de sua experiência como psiquiatra e psicólogo experimental, Jean Piaget (1896-1980) observou que crianças da mesma faixa etária cometiam erros semelhantes nos testes e, assim, concluiu que o pensamento se desenvolve gradualmente. A doutrina de Piaget centrou-se sobre a questão do conhecimento, isto é, o relacionamento entre sujeito e objeto. Entre as duas correntes objetivista e subjetivista vigentes ao seu tempo, Piaget propôs uma terceira visão, denominada interacionista, para tentar explicar os processos de conhecimento e de desenvolvimento do ser humano.

O *objetivismo psicológico* deriva do materialismo-mecanicismo filosófico, herdado do dualismo cartesiano, que afirma a separação estanque entre o sujeito e o objeto, o corpo e a alma, o físico e o psíquico etc. Sendo assim, a apreensão da realidade pelo sujeito se opera objetivamente. O *subjetivismo psicológico*, ao contrário, deriva do idealismo-subjetivismo filosófico, procedente de Platão, que sustenta a primazia do sujeito sobre o objeto, de modo que o conhecimento é anterior à experiência: o sujeito concebe idealmente o objeto, o qual, posteriormente, apenas é reconhecido mediante a experiência.

Buscando superar essas duas posições filosóficas, Piaget sustentou que “o conhecimento não procede nem da experiência única dos objetos nem de uma programação inata pré-formatada do sujeito, mas de construções sucessivas com elaborações constantes de estruturas novas”.¹³³ Portanto, o processo de conhecimento tem uma origem biológica que é ativada pela interação do organismo com o ambiente e se realiza por um mecanismo de autorregulação ou equilibração progressiva do organismo com o meio em que o indivíduo está inserido.

Todavia, o processo de equilibração não ocorre sempre e da mesma forma, pois depende de como o indivíduo elabora e assimila as suas interações com o meio. Por isso, Piaget sustenta que os modos de relacionamento do ser humano com a realidade são divididos em quatro períodos: sensório-motor, pré-operatório, operatório concreto e operatório formal.

¹³² Márcia Regina Terra, *O desenvolvimento humano na teoria de Piaget*. Disponível em: <<http://www.unicamp.br/iel/site/alunos/publicacoes/textos/d00005.htm>>. Acesso em: 31 jul. 2006.

¹³³ Piaget, 1976, referido por Márcia Regina Terra no artigo acima citado.

2.3.2 Os estágios do desenvolvimento humano¹³⁴

Piaget observou o desenvolvimento humano e o dividiu em quatro grandes períodos, que são caracterizados “por aquilo que o indivíduo consegue fazer melhor” no decorrer das diversas faixas etárias. Cada uma dessas fases reflete as formas diferentes de organização mental do indivíduo e as diferentes maneiras de relacionar-se com a realidade. Além disso, todos os indivíduos vivenciam essas fases na mesma sequência, mas o início e o término de cada uma sofre variações, conforme as características biológicas de cada um e os estímulos proporcionados pelo meio ambiente.

Período sensório-motor (0 a 2 anos)

Nesse período, as funções mentais limitam-se ao exercício dos reflexos inatos e o universo vai sendo conquistado mediante a percepção e por movimentos como a sucção, o movimento dos olhos etc. Progressivamente, a criança vai aperfeiçoando esses movimentos reflexos e adquirindo habilidades. Ao final do período sensório-motor, já se concebe dentro de um cosmo com objetos, tempo, espaço, causalidade objetivados e solidários. Esse período representa “*a passagem do caos ao cosmo*”, uma vez que para a criança recém-nascida o universo parece caótico, habitado por objetos que aparecem e desaparecem de sua percepção, com tempo e espaço subjetivamente sentidos e causalidade reduzida, em uma forma de onipotência.

Período pré-operatório (2 a 7 anos)

A passagem do período sensório-motor para o pré-operatório se caracteriza pelo aparecimento da função simbólica ou semiótica, que consiste em representar os objetos ou os acontecimentos ausentes (significados) por meio de símbolos ou sinais (significantes). Isto é, o período sensório-motor se caracteriza pela emergência da linguagem.¹³⁵

Antes se pensava que a linguagem era fonte da inteligência, mas, a partir de Piaget, a linguagem passou a ser considerada uma condição necessária para o desenvolvimento, embora não suficiente por si só, pois existe um trabalho de reorganização da ação cognitiva que não é dado pela linguagem. Assim, o desenvolvimento da linguagem depende do desenvolvimento da inteligência e vice-versa.

¹³⁴ Márcia Regina Terra, *O desenvolvimento humano na teoria de Piaget*, cit.

¹³⁵ Georges Lerbert, *Piaget*. Tradução de Nadyr de Salles Penteadó. São Paulo: Nacional, 1976, p. 23.

É a emergência da linguagem que possibilita as interações interindividuais da criança, fornecendo-lhe a capacidade de trabalhar com representações para atribuir significados à realidade, o que acarreta modificações importantes em aspectos cognitivos, afetivos e sociais. Assim, a aceleração do alcance do pensamento, neste estágio do desenvolvimento, é atribuída, em grande parte, às possibilidades de contatos interindividuais fornecidos pela linguagem.

Não obstante, nesse período o alcance do pensamento ainda se caracteriza pelo egocentrismo intelectual e social, isto é, a incapacidade de se colocar no ponto de vista dos outros, uma vez que a criança não concebe uma realidade da qual não faça parte, devido à ausência de esquemas conceituais e da lógica, os quais serão adquiridos somente no período seguinte.

Período das operações concretas (7 a 11, 12 anos)

Esse período se caracteriza pela emergência da capacidade de estabelecer relações interindividuais, de coordenar diferentes pontos de vista próprios ou alheios e de integrá-los de modo lógico e coerente. Além disso, a criança adquire a capacidade de interiorizar as ações, ou seja, de realizar operações mentalmente e não apenas por meio de ações físicas, típicas da inteligência sensório-motora. Por fim, é nesse período que a criança adquire a capacidade de reversibilidade, consistente em pensar simultaneamente o estado inicial e o estado final de alguma transformação efetuada sobre os objetos, como, por exemplo, a ausência de conservação da quantidade quando se transvaza o conteúdo de um copo para outro de diâmetro menor.

No entanto, conquanto a criança consiga raciocinar, de forma coerente, tanto os esquemas conceituais como as ações executadas mentalmente ainda se referem a objetos ou situações passíveis de serem manipuladas ou imaginadas concretamente.

Período das operações formais (12 anos em diante)

A partir dessa fase, a criança adquire a capacidade de raciocinar sob hipóteses, de formar esquemas conceituais abstratos e de executar operações mentais dentro de princípios da lógica formal. Além disso, desenvolve a capacidade de criticar os sistemas sociais e de propor novos códigos de conduta: discute os valores morais de seus pais e constrói os seus próprios, adquirindo, portanto, autonomia.

O indivíduo, então, adquire a sua forma final de equilíbrio, isto é, o padrão intelectual que persistirá durante a idade adulta. Porém, isso não significa que as funções

cognitivas fiquem estagnadas a partir do ápice atingido na adolescência, mas sim que seu desenvolvimento posterior consistirá numa ampliação de conhecimentos tanto em extensão como em profundidade e não mais na aquisição de novos modos de funcionamento mental.

2.3.3 A afetividade conforme os estágios do desenvolvimento humano

Yves de La Taille lembra que, em Piaget, o fator social é importante para o desenvolvimento da inteligência, posto que o homem é essencialmente social, impossível de ser pensado fora do contexto da sociedade em que nasce e vive.¹³⁶ O desenvolvimento intelectual é obra do indivíduo e da sociedade, em conjunto.¹³⁷ Portanto, para que o indivíduo se desenvolva satisfatoriamente é necessária a manutenção de relacionamentos com as demais pessoas por laços de afetividade.¹³⁸

Georges Lerbert procura identificar e caracterizar o elemento afetivo no ser humano, conforme os quatro períodos de desenvolvimento enunciados por Piaget.

*A afetividade no período sensório-motor*¹³⁹

Como visto, o período sensório-motor se caracteriza pela “passagem do caos ao cosmo”, uma vez que a criança recém-nascida percebe um universo que parece caótico, com o qual se relaciona por movimentos reflexos e vai conquistando aos poucos até perceber-se dentro de um cosmo com objetos, tempo, espaço e causalidade. Georges Lerbert, com base em Piaget, divide o período sensório-motor em seis estágios, conforme citados a seguir.

No primeiro estágio, os atos reflexos de sucção, preensão e fonação vão se diferenciando da atividade global do organismo para se tornarem esquemas de assimilação reflexa e concorrerem para a adaptação do sujeito. A afetividade é quase nula e se constitui naquilo que Piaget chamou adualismo inicial.

No segundo estágio, o bebê adquire os primeiros hábitos, ainda relacionados aos atos reflexos que caracterizaram o estágio anterior. Por exemplo, ao esquema anterior da sucção, a criança assimila um objeto exterior, o polegar. A afetividade ainda é adualística, mas já se refere a uma procura por estímulos agradáveis e à rejeição dos desagradáveis.

¹³⁶ Jean Piaget, *Biologie e connaissance*. Paris, 1967, p. 314, apud por Yves de La Taille.

¹³⁷ Jean Piaget, *Études sociologiques*. Genebra-Paris: Droz, 1997, p. 242, apud por Yves de La Taille.

¹³⁸ Yves de La Taille, O lugar da interação social na concepção de Jean Piaget. In: Yves de La Taille, Marta Kohl de Oliveira e Heloísa Dantas, *Piaget, Vygotsky e Wallon: teorias psicogenéticas em discussão*. São Paulo: Summus, 1992, p. 11-12.

¹³⁹ Georges Lerbert, *Piaget*, cit., p. 13-22.

No terceiro estágio acontecem os primeiros aprendizados. O bebê, por exemplo, aprende a puxar o cordão para movimentar o chocalho, sem, no entanto, compreender o mecanismo. É um começo de intencionalidade. No plano da afetividade, ele adquire consciência de si próprio, que é manifestada pela modulação dos afetos e por suas reações diante das outras pessoas, o que seria um embrião de comunicação.

A partir do quarto estágio, os atos da criança apresentam-se mais completos e mais revestidos de inteligência prática. Então, ela começa a distinguir entre o objeto presente e o oculto, o próximo e o afastado e sua situação no tempo e no espaço, podendo estabelecer relações de dependência com as coisas que percebe, o que repercute no plano afetivo, pois a criança percebe as relações de dependência de si mesma com as demais pessoas.

Portanto, no plano afetivo, a criança parte de uma situação praticamente nula, evolui para uma procura por estímulos agradáveis e rejeição dos desagradáveis, depois adquire consciência de si mesma, manifestada por meio de suas reações diante das outras pessoas e termina por perceber as relações de dependência com o mundo que a cerca.

*A afetividade no período pré-operatório*¹⁴⁰

O período pré-operatório se caracteriza pelo desenvolvimento da linguagem, que possibilita a representação dos objetos e dos acontecimentos ausentes por meio de símbolos e sinais – função simbólica ou semiótica.

A emergência da linguagem favorece as interações da criança, o que repercute no plano afetivo, ensejando a formação dos afetos. Contudo, esse período ainda é marcado pelo egocentrismo intelectual e social, isto é, pela incapacidade de se colocar no ponto de vista dos outros, uma vez que a criança ainda não concebe uma realidade da qual não faça parte.

*A afetividade no período operatório concreto*¹⁴¹

Já vimos que no período operatório-concreto a criança adquire a capacidade de interiorizar as ações, realizando operações mentalmente, bem como desenvolve a capacidade de pensar em conjunto o estado inicial e o estado final de alguma transformação efetuada sobre os objetos – reversibilidade. Todavia, tanto os esquemas conceituais como as ações executadas mentalmente ainda se referem a objetos ou situações passíveis de serem manipuladas ou imaginadas de modo concreto.

¹⁴⁰ Georges Lerbert, *Piaget*, cit., p. 23-36.

¹⁴¹ Georges Lerbert, *Piaget*, cit., p. 37-53.

No plano socioafetivo, a criança adquire a capacidade de estabelecer relações interindividuais e de coordenar diferentes pontos de vista, próprios ou alheios, esforçando-se por observar as regras comuns, numa relação socializada com os outros e em contraposição às regras constrangedoras impostas pelos adultos.¹⁴² Nas palavras de Georges Lerbert, “A criança se submete a regras que lhe fundam os comportamentos coletivos, perde boa parte do egocentrismo e começa a ter vontade, reforçando o dever quando o desejo parece ser mais forte”.¹⁴³

*A afetividade no período operatório formal*¹⁴⁴

Nesse período, que se inicia a partir dos 12 anos de idade, a criança adquire a capacidade de raciocinar sob hipóteses, de formar esquemas conceituais abstratos e de executar operações mentais dentro de princípios da lógica formal, naquilo que seria a sua forma final de equilíbrio, que persistirá durante a idade adulta. Além disso, desenvolve a capacidade de criticar os sistemas sociais e de propor novos códigos de conduta: discute valores morais de seus pais e constrói os seus próprios, adquirindo, portanto, autonomia.

A capacidade de abstração predomina e absorve a mente do pré-adolescente, a tal ponto que o real se torna objeto de assimilação reflexiva, o que leva a uma modalidade de egocentrismo, de natureza metafísica, que dá ao pensamento um poder absoluto. Nessas condições, a vida afetiva evolui ao lado da vida intelectual. O adolescente constrói mentalmente a sua própria escala de valores e organiza os meios para atingi-los, o que conduz a um plano de reformas. Porém, sua realização depende da participação social e força o adolescente a buscar, no confronto com os outros, uma nova acomodação ao real. A superação do formalismo é manifestação da equilibração progressiva para alcançar a objetividade adaptada do adulto.¹⁴⁵

2.3.4 A Ética na doutrina piagetiana

Para Piaget, o fator social é importante para o desenvolvimento da inteligência, pois o homem é essencialmente social, impossível de ser pensado fora do contexto da sociedade. O desenvolvimento intelectual é obra do indivíduo e da sociedade, simultaneamente. Mas, como vimos, o aspecto social do ser humano não é o mesmo na

¹⁴² Georges Lerbert, *Piaget*, cit., p. 37.

¹⁴³ Georges Lerbert, *Piaget*, cit., p. 52.

¹⁴⁴ Georges Lerbert, *Piaget*, cit., p. 54-60.

¹⁴⁵ Georges Lerbert, *Piaget*, cit., p. 59-60.

primeira infância e na juventude, de modo que a sua sociabilidade se altera conforme cada faixa etária, na medida em que se alteram os aspectos da sua individualidade. As maneiras de *ser social* de um adolescente e de uma criança são diferentes, porque aquele já consegue participar de relações sociais que expressem um equilíbrio das trocas intelectuais, ao passo que esta ainda não adquiriu tal capacidade.¹⁴⁶

- No estágio sensório-motor, essencialmente individual e sem trocas sociais, não se pode falar em socialização da inteligência;
- a partir da fase pré-operatória, com a aquisição da linguagem, inicia-se uma socialização da inteligência, mas ainda limitada e sem trocas intelectuais equilibradas, pois a criança ainda tem o que Piaget chamou de *pensamento egocêntrico*, que se caracteriza pela dificuldade em fixar os sentidos das palavras e em seguir regras comuns; por afirmar uma ideia e, em seguida, afirmar outra contrária; pela dificuldade de assumir o ponto de vista do outro;
- a partir do estágio operatório concreto, a criança adquire a capacidade de assumir o ponto de vista do outro, bem como de figurar vários pontos de vista de si mesma, mas ainda com vista à realização concreta das ações;
- a partir do estágio operatório, a criança adquire *personalidade*, com trocas intelectuais equilibradas.

Em Piaget, a afetividade desponta como fator necessário, indispensável ao pleno desenvolvimento humano, com vista à constituição da personalidade. Em suas palavras, “a personalidade não é o eu enquanto diferente dos outros *eus* e refratário à socialização, mas o indivíduo se submetendo voluntariamente às normas de reciprocidade e de universalidade. Longe de estar à margem da sociedade, a personalidade constitui o produto mais refinado da socialização. Com efeito, é na medida em que o *eu* renuncia a si mesmo para inserir seu ponto de vista próprio entre os outros e se curvar assim às regras da reciprocidade que o indivíduo torna-se personalidade”.¹⁴⁷

Ao último estágio do desenvolvimento intelectual, o período operatório formal, corresponde o mais alto grau de sociabilidade do ser humano, o qual só se torna possível

¹⁴⁶ Yves de La Taille, O lugar da interação social na concepção de Jean Piaget, cit., p. 11.

¹⁴⁷ Jean Piaget, *Études sociologiques*. Genebra-Paris: Droz, 1997, p. 242, apud por Yves de La Taille, *Piaget*, cit., p. 16. Veja-se uma bela exposição da teoria de Jean Piaget em Ronaldo Souza de Castro e Renato José de Oliveira, *Cognição, dialética e educação ambiental*. In: Carlos Frederico B. Loureiro, Philippe Pomier Layrargues e Ronaldo Souza de Castro (Org.). *Pensamento complexo, dialética e educação ambiental*. São Paulo: Cortez, 2006, p. 187-210.

por meio das trocas afetivas, o que teria levado Piaget a sustentar que “o ser social do mais alto nível é aquele que consegue relacionar-se com seus semelhantes de maneira equilibrada”.¹⁴⁸

Nesse passo, surge o problema da moral que, para Piaget, consiste num sistema de regras, devendo a essência de toda moralidade ser procurada no respeito que o indivíduo adquire por essas regras.¹⁴⁹

Márcia Regina Terra afirma que, em Piaget, o desenvolvimento da moral ocorre por etapas, de acordo com os estágios do desenvolvimento humano:

- *anomia* (crianças até 5 anos), em que a moral não se coloca, pois as regras são seguidas pelo sentido de hábito, de dever, sem que o indivíduo esteja mobilizado pelas relações entre o bem e o mal;
- *heteronomia* (crianças até 9, 10 anos de idade), em que a moral é equivalente a autoridade, pois as regras não correspondem a um acordo mútuo firmado entre os jogadores, mas são impostas pela tradição e, portanto, são imutáveis;
- *autonomia*, em que há legitimação das regras e a criança pensa a moral pela reciprocidade e concebe a si mesma como possível “legislador” em regime de cooperação entre todos os membros do grupo.¹⁵⁰

Para Piaget, a própria moral pressupõe inteligência, haja vista que as relações entre moral e inteligência têm a mesma lógica atribuída às relações inteligência e linguagem. Quer dizer, a inteligência é uma condição necessária, embora não suficiente ao desenvolvimento da moral.

Portanto, no modelo piagetiano, o papel das relações interindividuais no processo evolutivo do homem é focalizado sob a perspectiva da ética, de modo que “o desenvolvimento cognitivo é condição necessária ao pleno exercício da cooperação, mas não condição suficiente, pois uma postura ética deverá completar o quadro”.¹⁵¹

¹⁴⁸ Yves de La Taille, O lugar da interação social na concepção de Jean Piaget, cit., p. 14.

¹⁴⁹ Márcia Regina Terra, *O desenvolvimento humano na teoria de Piaget*, cit.

¹⁵⁰ Márcia Regina Terra, *O desenvolvimento humano na teoria de Piaget*, cit.; ver também Yves de La Taille, Desenvolvimento do juízo moral e afetividade na teoria de Jean Piaget. In: Yves de La Taille, Marta Kohl de Oliveira e Heloísa Dantas. *Piaget, Vygotsky e Wallon: teorias psicogenéticas em discussão*, cit., p. 49-50.

¹⁵¹ Yves de La Taille, O lugar da interação social na concepção de Jean Piaget, cit., p. 21.

2.4 A AFETIVIDADE NA PSICOLOGIA DE PIERRE DEBRAY-RITZEN E BADRIG MELEKIAN

2.4.1 Um conceito enxuto de afetividade

Pierre Debray-Ritzen (1922-1993) estudou as causas psicológicas de certas doenças infantis, utilizando-se do método experimental. *Perturbações do comportamento da criança* é o resultado do seu trabalho em colaboração com Badrig Melekian, de quem se tem pouquíssimas informações.

É evidente, na obra de Debray-Ritzen e Melekian, o intuito de uma compreensão mecanicista do psiquismo, bem ao gosto do modernismo. Isso se explica porque a Psicologia Comportamental foi justamente o movimento desenvolvido pela ciência psicológica para atender às exigências do positivismo filosófico. A Psicologia teve que eleger um objeto palpável e um método confiável de estudo para se afirmar como ciência. O objeto foi o comportamento e o método foi o experimental.

No entanto, os estudos realizados por esses autores merecem referência por representarem o pensamento de toda uma linha de investigação no campo da Psicologia e por fornecerem conceitos abalizados de afetividade e de comportamento, o que também demonstra a importância do positivismo para a construção do conhecimento.

Partindo da definição encontrada no *Dictionnaire de la Psychologie, Larrouse*, Pierre Debray-Ritzen e Badrig Melekian oferecem um conceito enxuto de afetividade: “Afetividade é o conjunto dos estados afetivos, isto é, dos sentimentos, das emoções e das paixões do indivíduo”.¹⁵²

Os autores preferem a denominação esfera instintivo-afetiva, na qual estariam também compreendidas as pulsões relativas às forças instintivas e a tímica que se refere ao humor. A atividade psíquica, então, se decompõe em duas esferas: intelectual e instintivo-afetiva. A esfera intelectual se refere às atividades de inteligência; a esfera instintivo-afetiva ou afetividade é o que movimenta, colore e insinua o conteúdo do pensamento, abrangendo as emoções, os sentimentos e as paixões.

Emoções são estados afetivos intensos, porém instantâneos e relativamente passageiros, como o medo, a cólera, a ansiedade, a angústia; *sentimentos*, como a simpatia, a antipatia, o amor, o ódio, o ciúme e a inveja, são estados afetivos menos intensos, porém complexos e mais organizados, ao mesmo tempo em que são relativamente estáveis e

¹⁵² Pierre Debray-Ritzen e Badrig Melekian, *Perturbações do comportamento da criança*. Tradução de Berenice Fialho Moreira. São Paulo: Círculo do Livro, sob licença da Ed. Nova Fronteira, s.d., p. 19-21.

duradouros; *paixões* são estados afetivos extremos, estáveis e duradouros, orientados para um objetivo exclusivo e suscetíveis de conduzir o apaixonado numa perspectiva mais ou menos cega da realidade.

Das lições de Debray-Ritzen e Melekian podemos extrair que a afetividade compreende os estados afetivos, que podem ser agrupados em emoções, sentimentos e paixões e que correspondem a processos interiores da atividade psíquica. Não obstante a compreensão mecanicista do psiquismo, esse é um conceito que contribui para a compreensão do que é a afetividade.

2.4.2 O que é comportamento

Debray-Ritzen e Melekian lembram a teoria behaviorista,¹⁵³ que põe o comportamento como objeto único de investigação psicológica: *reações do indivíduo num meio e numa unidade de tempo dados*. E anotam ainda que o comportamento é a manifestação exterior, objetivamente observável, que tanto pode se referir a algum daqueles estados afetivos como não.¹⁵⁴

Assim, na visão desses autores, comportamento é o conjunto dos movimentos reacionais de um indivíduo, assinalando que se trata de um domínio imenso e multiforme, cujas perturbações são difíceis de delimitar, visto que são diferentes entre si e diferem de pessoa para pessoa.¹⁵⁵

2.4.3 Distinção entre afetos e comportamentos

Pierre Debray-Ritzen e Badrig Melekian se propõem a estudar as perturbações do comportamento, mas isso os leva necessariamente ao estudo da afetividade, uma vez que é esta que movimenta os organismos e que produz os comportamentos.

Para fins de compreensão da atividade psíquica, os autores a decompõem em duas esferas: intelectual e instintivo-afetiva, sem descuidarem de que seus conteúdos são funcionalmente interpenetrados. A esfera intelectual contém os dados do campo perceptivo e a corrente de ideias e conceitos que se encadeiam de acordo com as faculdades da inteligência; a esfera instintivo-afetiva é o que movimenta, insinua e colore o pensamento.

¹⁵³ *Behavior* = comportamento.

¹⁵⁴ Pierre Debray-Ritzen e Badrig Melekian, *Perturbações do comportamento da criança*, cit., p. 21.

¹⁵⁵ É importante ressaltar que, apesar da compreensão mecanicista já mencionada e de sua declarada oposição à psicanálise freudiana, os autores não conseguem escapar à complexidade do psiquismo e acabam por admiti-la com essa afirmação.

Citando Dostoiévski e Freud, os autores afirmam que a esfera instintivo-afetiva é como um motor que dirige as nossas tendências, impulsos e atos, bem mais do que a esfera intelectual. Para Dostoiévski, a razão expressa somente uma vigésima parte do homem; o restante seria movido pela afetividade. Em Freud, esse motor corresponde ao Id e seria o conjunto que tende à satisfação das nossas necessidades primárias, como a fome, a sede, a sexualidade, a agressividade e as pulsões: “o homem é vivido pelo id”.

Os autores ressaltam que na esfera instintivo-afetiva há um terceiro elemento, o humor ou tímica, que tinge mais ou menos os estados mentais: agradável-desagradável, prazer-dor.

Somadas, as atividades intelectual e instintivo-afetiva compõem os *processos interiores da atividade psíquica*, que se passa no interior dos organismos e que os move, produzindo os mais variados estados afetivos. Ao reagirem aos estímulos recebidos do meio e de si mesmos, os organismos expressam-se sob as mais variadas formas, produzindo aquilo que se chama de comportamento.

Em resumo, isso quer dizer que os afetos pertencem aos processos interiores da atividade psíquica, ao passo que os comportamentos são manifestações exteriores daqueles processos.

Entretanto, os comportamentos não correspondem necessariamente a algum estado afetivo. Com frequência, um comportamento é exteriorização de uma emoção, de um sentimento ou de uma paixão, mas isso não é uma relação de necessidade, no sentido kantiano, ou seja, não acontece sempre e da mesma forma. Muitas vezes, por alguma razão, uma pessoa hostiliza outra, por quem sente amor; ou então, por algum motivo, uma pessoa é cordial com outra, embora intimamente a odeie.

O que se pode entrever nessas afirmações é que, em regra, os comportamentos implicam uma possibilidade de avaliação prévia por parte do agente; não se trata, pois, de uma reação que escapa ao controle da razão. Na maioria das vezes, os comportamentos correspondem a algum estado afetivo do agente, mas isso não é uma relação de necessidade e, mais ainda, o comportamento pode até mesmo contrariar o estado afetivo e, apesar disso, ser exibido por deliberação racional do agente.

2.4.4 O comportamento afetivo

Do que foi dito se extrai que os comportamentos são manifestações da atividade psíquica, a qual se compõe de duas esferas: intelectual e afetiva. Um comportamento pode corresponder exatamente a algum estado afetivo, mas pode perfeitamente não obedecer a

essa correspondência, atendendo mais ao aspecto intelectual. Pode-se dizer, então, que comportamento afetivo é aquele que corresponde exatamente ao estado afetivo do organismo no momento de sua manifestação: sinto ódio, manifesto ódio; sinto amor, manifesto amor etc.

Mas podemos dizer também que as pessoas podem se comportar de modo contrário ao seu estado afetivo, isto é, ao sentimento, à paixão ou à emoção vivenciada naquele instante, porém guiadas pelo intelecto, com o intuito de alcançar alguma finalidade. Diremos mais, que as pessoas fazem isso com bastante frequência, já que a vida em sociedade exige que nos comportemos de modo adequado à preservação dos nossos interesses e aos interesses das demais pessoas.¹⁵⁶ Estamos, então, no campo da Ética, que se parte em Direito, Moral e Costumes, ao qual retornaremos mais adiante para saber da exigibilidade de comportamentos, mesmo que contrários aos nossos sentimentos, às nossas paixões e às nossas emoções.

2.5 Resenha do capítulo: a compreensão da afetividade

Neste capítulo, procuramos entender a afetividade sob a perspectiva das ciências psicológicas, em algumas das suas inúmeras vertentes: na Psicologia Comportamental de Pierre Debray-Ritzen e Badrig Melekian, na Psicologia do Desenvolvimento de Jean Piaget e na Psicanálise de Sigmund Freud. Vimos também como a afetividade é abordada na filosofia, especificamente por Baruch de Spinoza.

De Spinoza, extraímos que somos essencialmente passionais, afetivos, desejantes e que nos realizamos na convivência com os demais. Em Freud, percebemos a descoberta de uma *tese antropológica fundamental*, segundo a qual é a oposição entre amor e ódio, denominada *ambivalência afetiva originária*, que movimenta o psiquismo e orienta as pulsões. Na expressão de Piaget, a afetividade se apresenta de modos variados, conforme os estágios de evolução do ser humano, saindo da apatia, passando pelo o egocentrismo até alcançar a socialidade, que é o estágio mais evoluído da personalidade. Por último, Pierre Debray-Ritzen e Badrig Melekian dizem que a afetividade e a intelectualidade somadas compõem os processos interiores da atividade psíquica que se passa no interior dos organismos e que os move, produzindo aquilo que se chama de comportamento.

Esses estudos nos põem em condições de entender, com elevado grau de abrangência, o que vem a ser a afetividade. Podemos, por um ângulo, dizer que se refere

¹⁵⁶ Essa afirmação está em linha com o pensamento de Freud, segundo o qual o superego é a instância responsável pela observação de si e pela consciência moral (item 2.2.1, supra).

aos processos interiores que se passam nos seres vivos e que, nos seres humanos, se alia à intelectualidade para produzir reações aos estímulos externos e do próprio corpo. É o conjunto dos afetos – emoções, sentimentos e paixões – que compõe a esfera afetiva do psiquismo. Por outro ângulo, a afetividade se desenvolve ao longo da vida, formatando a personalidade e projetando os seres humanos para a vida em sociedade. Por último, a estrutura afetiva é constitutiva dos seres humanos e pode sofrer má formação ou degeneração, tendo como resultado as doenças do psiquismo. Sobretudo, a afetividade é um objeto complexo que se apresenta sob variados aspectos, conforme o ângulo de observação.

Podemos acrescentar, aqui, que a afetividade é mais elementar, mais fundamental do que a inteligência, posto que aquela é inerente a todos os seres vivos, ao passo que a intelectualidade diz respeito apenas aos seres humanos e a alguns animais superiores. À luz do racionalismo kantiano, a expressão “o homem é um animal racional” é um juízo sintético *a priori*, haja vista que a noção de racionalidade é inerente ao próprio conceito de homem. Do mesmo modo, dizer que *o homem é um ser afetivo* é, na doutrina de Immanuel Kant, um juízo analítico *a priori*, posto que não se pode supor o homem destituído de afetividade.

Enfim, de posse de uma noção do que é a afetividade, passemos agora à apreciação dos modos pelos quais esse elemento da personalidade se manifesta e se projeta sobre o meio em que vivemos.

3

A AFETIVIDADE COMO FUNDAMENTO DA ATIVIDADE ÉTICA

Todas as doutrinas analisadas dão conta de que a afetividade é inerente aos seres humanos, visto que todos possuímos a capacidade para afetar e para sermos afetados.

Na Psicanálise freudiana, após a virada paradigmática, as duas classes opostas de pulsão – Eros e Destruição – são substituídas pela polaridade entre amor e ódio, sendo essa a *ambivalência afetiva originária* que movimenta o psiquismo e orienta as pulsões. Essa ambivalência afetiva originária é constitutiva dos seres humanos, já que a capacidade de amar faz parte do patrimônio antropológico. Trata-se de uma potencialidade, como a capacidade de raciocinar ou de adquirir linguagem, que são inatas aos seres humanos, mas que se desenvolvem em graus diferentes em cada indivíduo.

Na Psicologia do Desenvolvimento de Jean Piaget, a afetividade se desenvolve nos indivíduos, ao lado da atividade intelectual, de acordo com as fases do desenvolvimento humano, de modo que a criança parte de uma situação afetiva quase nula, passa por uma situação de egocentrismo e segue uma fase de identificação, até alcançar a sociabilidade.

Na Psicologia Comportamental de Pierre Debray-Ritzen e Badrig Melekian, a atividade psíquica se decompõe em duas esferas: intelectual e instintivo-afetiva. A esfera intelectual se refere às atividades de inteligência; a esfera instintivo-afetiva ou afetividade é o que movimenta, colore e insinua o conteúdo do pensamento, abrangendo as emoções, os sentimentos e as paixões.

Portanto, à luz de todas as doutrinas analisadas, conclui-se que a afetividade, do mesmo modo que a racionalidade, é inerente aos seres humanos. Trata-se de um atributo presente em todos os indivíduos. Em termos de qualidade, é invariável, podendo variar de pessoa para pessoa em graus de intensidade. Na feliz expressão de Carlos Alberto Plastino, a afetividade faz parte do nosso patrimônio antropológico e, portanto, é indissociável da nossa condição de seres humanos, na nossa trajetória sobre o Planeta Terra.¹⁵⁷

Ocorre que a afetividade não existe de maneira estanque nos seres humanos. Ao contrário, ela se desenvolve ao longo do tempo de acordo com os estágios de

¹⁵⁷ Carlos Alberto Plastino, *O primado da afetividade*, cit., p. 137 e 139.

desenvolvimento humano; aperfeiçoa-se ou se degenera de acordo com a experiência de vida de cada um; e projeta-se para o exterior, por meio de comportamentos, interferindo diretamente nas relações entre as pessoas e dando qualidade aos relacionamentos.

Convém lembrar, preambularmente, que as palavras ética, direito e moral comportam várias acepções e, por isso, é necessário esclarecer desde logo em qual sentido estas expressões são utilizadas. De acordo com Giorgio Del Vecchio, a Ética é o “estudo dos comportamentos possíveis dos seres humanos diante dos outros”, e se biparte em Direito e Moral. Na Moral, é o sujeito quem se põe como instância valorativa da própria conduta, ao passo que no Direito a valoração é feita objetivamente, por meio da intersubjetividade.¹⁵⁸ Miguel Reale acompanha em parte a conceituação de Del Vecchio, ao dizer que a “ética é a teoria normativa da conduta”, mas percebe que a ética se realiza como uma atividade em concreto, da qual resulta uma *regula* – ou régua – que serve de medida para os comportamentos humanos.¹⁵⁹

Com base nas definições desses renomados mestres, podemos entender a Ética como o estudo dos comportamentos possíveis dos homens perante os outros homens, do qual resulta uma régua de condutas. A Ética se biparte em Direito e Moral, mas as condutas jurídicas se diferenciam das morais por seu aspecto coercitivo.

Veremos, então, nos itens a seguir, em que medida e por quais modos a afetividade se manifesta e interfere na atividade ética.

3.1 AFETIVIDADE E INTELIGÊNCIA – RAZÃO E EMOÇÃO

“O coração tem razões que a própria razão desconhece.” O aforismo de Pascal¹⁶⁰ encerra um problema conceitual, pois as razões do coração, isto é, as emoções, são algo bastante diverso da razão sinônima de intelecto, mas revela desde cedo a oposição entre razão e emoção, entre inteligência e afetividade. Efetivamente, as teorias psicológicas já mencionadas apontam para o entrelaçamento entre a afetividade e a inteligência, entre a razão e a emoção, na expressão da personalidade por meio de comportamentos.

Em Kaufmann, encontramos referência direta e expressa a uma nova racionalidade que supera o racionalismo puro. Para esse autor, a racionalidade envolve o entendimento e a razão. *Entendimento* ou *ratio* é a razão em sentido estrito; é a atividade analítica,

¹⁵⁸ Giorgio Del Vecchio, *Lezioni de filosofia del diritto*, apud Miguel Reale, *Filosofia do direito*, cit., p. 344. Vide item 4.1.1, infra.

¹⁵⁹ Miguel Reale, *Lições preliminares de direito*, cit., p. 29; *Filosofia do direito*, cit., p. 385.

¹⁶⁰ Marilena Chauí, *Pascal: vida e obra*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

discursiva, limitada ao inteligível, decorrente do racionalismo de ilustração; é o entendimento confiável, cartesiano, que permite apreender tudo clara e distintamente. *Razão* ou *intellectus* se refere à capacidade das ideias, à compreensão dialética da totalidade, que compreende não apenas a razão em sentido estrito, mas também a não racional, parcial, razoável, superracional, como um princípio regulador.¹⁶¹

De acordo com Kaufmann, a ciência racionalista ignorou a irracionalidade que existe no mundo, do que resulta a impossibilidade de uma verdadeira filosofia. A Modernidade reduziu o Direito a um processo de subsunção dos fatos às normas jurídicas e as teorias que buscavam descobrir os verdadeiros processos de criação do Direito eram qualificadas de irracionais e acientíficas. Para Kaufmann, o alcance máximo da racionalidade somente ocorre se reconhecermos os seus limites e abrirmos espaço para outras forças, como as emoções, as paixões e os instintos. Assim, as teorias formais, analíticas, são imprescindíveis, pois criam a base conceitual do conhecimento, mas para realizar a totalidade do conhecimento jurídico é necessário recorrer à hermenêutica, que perquire sobre o sentido e o significado do Direito.¹⁶²

Também Humberto Maturana afirma que, por vivermos numa cultura que privilegia a razão em detrimento da emoção, não percebemos o entrelaçamento entre esses dois fatores que constituem o ser humano. Esse autor lembra que muitas vezes evitamos abordar certos assuntos com determinada pessoa temendo a sua reação emocional, pois é o estado emocional dessa pessoa que dita o tipo de reação que ela vai ter. Isso prova que todo o sistema racional se constitui no operar com premissas previamente aceitas a partir de certa emoção, ou seja, o sistema racional tem fundamento emocional.¹⁶³

Maturana esclarece que não brigamos por causa de um desacordo racional, pois este se refere à aplicação de coerências operacionais derivadas de premissas fundamentais. Mas nos enfurecemos quando o desacordo é ideológico porque, nesse caso, um nega ao outro os fundamentos do seu pensar e a coerência racional de sua existência. As escolhas relativas à

¹⁶¹ Arthur Kaufmann, *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, cit., p. 23.

¹⁶² Arthur Kaufmann, *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, cit., p. 29: “Precisamente la racionalidad dispone que lo racional y razonable también vayan con lo irracional. Se debe aun decir, que solo puede alcanzar um maximum de racionalidad el que logre reconocer autorreflexivamente dónde están los limites de la racionalidad e la sensatez y dónde outras fuerzas –emociones, pasiones instintos– tomam el comando. Un hombre que crea poder pensar y juzgar todo racionalmente (deducir sus decisiones dolo de la ley), tiene con seguridad una racionalidad subdesarrollada”.

¹⁶³ Humberto Maturana, *Emoções e linguagem na educação e na política*. Tradução de José Fernando Campos Fortes. 4ª reimp. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2005, p. 15-16 e 51-52.

aplicação das coerências operacionais são racionais, ao passo que as premissas fundamentais do pensar são aceitas ou rejeitadas *a priori*, a partir da emoção.¹⁶⁴

Maturana reafirma que o humano se constitui do entrelaçamento entre o emocional e o racional. Este se constitui nas coerências operacionais dos sistemas *argumentativos* e tem fundamento último no emocional. Assim, o emocional não é uma limitação ao racional, mas sua condição de possibilidade.¹⁶⁵ Por isso, o viver humano acontece num contínuo entrelaçamento de emoções e linguagem, entendida esta como um fluir de coordenações consensuais de ações e emoções, a que Maturana chama de *conversar*.¹⁶⁶

Ainda sobre razão e emoção, Maturana lembra que somos animais e, como tais, vivemos em emoção. Assim, as emoções são constitutivas da nossa biologia, de modo que se quisermos entender as ações humanas não devemos prestar atenção aos movimentos nem aos gestos, mas às emoções que os possibilita.¹⁶⁷

Pierre Debray-Ritzen e Badrig Melekian decompõem a atividade psíquica em duas esferas: intelectual e instintivo-afetiva, sem descuidarem de que seus conteúdos são funcionalmente interpenetrados. A esfera intelectual contém os dados do campo perceptivo e a corrente de ideias e conceitos que se encadeiam de acordo com as faculdades da inteligência; a esfera instintivo-afetiva é o que movimenta, insinua e colore o pensamento. Os autores afirmam, com base em Dostoiévski e Freud, que a esfera instintivo-afetiva é como um motor que dirige as nossas tendências, impulsos e atos, bem mais do que a esfera intelectual. Para Dostoiévski, a razão expressa somente uma vigésima parte do homem; o restante seria movido pela afetividade.¹⁶⁸

Em vista disso, é possível dizer que a afetividade é mais elementar, mais fundamental do que a inteligência, haja vista que aquela é inerente a todos os seres vivos, enquanto a racionalidade diz respeito apenas aos seres humanos e, quiçá, a alguns animais superiores. Do mesmo modo que a racionalidade, também a afetividade é qualidade inerente a todos os seres humanos, podendo variar entre os indivíduos apenas em termos de quantidade.

Yves de La Taille enfrenta o problema da polaridade entre inteligência e afetividade na doutrina de Jean Piaget para afirmar que “a moralidade humana é o palco por excelência onde afetividade e razão se encontram, via de regra, sob a forma de confronto”. Conforme

¹⁶⁴ Humberto Maturana, *Emoções e linguagem na educação e na política*, cit., p. 17.

¹⁶⁵ Humberto Maturana, *Emoções e linguagem na educação e na política*, cit., p. 18.

¹⁶⁶ Humberto Maturana, *Emoções e linguagem na educação e na política*, cit., p. 92.

¹⁶⁷ Humberto Maturana, *Emoções e linguagem na educação e na política*, cit., p. 92.

¹⁶⁸ Humberto Maturana, *Emoções e linguagem na educação e na política*, cit., p. 19-21.

mencionamos no item 2.3.4, supra, a Ética em Piaget acompanha as fases do desenvolvimento humano, partindo da *anomia*, passando pela *heteronomia* até alcançar a *autonomia*. Para La Taille, a afetividade funciona como mola propulsora das ações morais e a razão é posta a seu serviço. Entrementes, o autor destaca que o embate entre razão e emoção quase sempre se transforma em dilema no ambiente moral, na medida em que somos forçados pela razão a agir contra os nossos interesses.¹⁶⁹

Edgar Morin toma a repartição fornecida por Mac Lean,¹⁷⁰ segundo a qual o cérebro se constitui de *paleocéfalo*, fonte da agressividade, do cio e das pulsões; *mesocéfalo*, ligado ao desenvolvimento da afetividade e da memória; *córtex*, sede das aptidões analíticas, lógicas e estratégicas. E estabelece que as relações entre essas três instâncias são complementares, mas também antagônicas e conflituosas, não havendo hierarquia entre razão, afetividade e pulsão: “A racionalidade não dispõe de primazia; é uma instância concorrente e antagônica às demais, podendo ser dominada, submersa ou mesmo escravizada pela afetividade ou pela pulsão”.¹⁷¹

De acordo com Edgar Morin, o ser humano é a um só tempo uno e diverso. Há no ser humano a unidade e a diversidade. Na esfera individual, ele traz em si a unidade-diversidade genética, pois, ao mesmo tempo em que é um indivíduo carrega geneticamente a espécie humana, é portador também da unidade/diversidade cerebral, mental, psicológica, afetiva, intelectual e afetiva, visto que esses caracteres são ao mesmo tempo singulares a cada indivíduo e comuns a todos os indivíduos. Na esfera social, essa unidade-diversidade que se encontra nos indivíduos se potencializa na unidade-diversidade das línguas, das organizações sociais e das culturas. Sendo assim, o homem não deve ser definido pelo viés único de sua racionalidade, mas sim pela sua complexidade: o ser humano é complexo e traz em si caracteres antagônicos: sábio e louco, trabalhador e lúdico, empírico e

¹⁶⁹ Yves de La Taille, Desenvolvimento do juízo moral e afetividade na teoria de Jean Piaget, cit., p. 65.

¹⁷⁰ P. D. Mac Lean, *The triune brain*, in Smith (F. Q.) ed. The neurosciences, second study program, Rockefeller University Press, Nova Iorque, 1970, citado por Edgar Morin.

¹⁷¹ Edgar Morin, *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. Tradução de Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya, rev. técnica de Edgar de Assis Carvalho. 10. ed. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: Unesco, 2005, p. 53. Em outra passagem da mesma obra, Edgar Morin deixa assentado que: “Poder-se-ia crer na possibilidade de eliminar o risco de erro, recalçando toda afetividade. De fato, o sentimento, a raiva, o amor e a amizade podem nos cegar. Mas é preciso dizer que já no mundo mamífero e, sobretudo no mundo humano, o desenvolvimento da inteligência é inseparável do mundo da afetividade, isto é, da curiosidade, da paixão, que, por sua vez, são a mola da pesquisa filosófica ou científica. A afetividade pode asfixiar o conhecimento, mas pode também fortalecê-lo. (...) Portanto, não há estágio superior da razão dominante da emoção, mas um eixo *intelecto* <-> *afeto* e, de certa maneira, a capacidade de emoções é indispensável ao estabelecimento dos comportamentos racionais” (*Os sete saberes necessários à educação do futuro*, cit., p. 20).

imaginário, econômico e consumista, prosaico e poético. Enfim, “o homem da racionalidade é também o da afetividade”.¹⁷²

Desse modo, a dialógica *sapiens-demens* sempre esteve presente no ser humano como força criadora e, ao mesmo tempo, destruidora. A racionalidade sempre foi irrigada pela afetividade, pois o pensamento, a ciência e as artes são influenciados por sonhos, angústias, desejos, medos e esperanças: “Nas criações humanas sempre há uma dupla pilotagem *sapiens-demens*”.¹⁷³

Disso resulta que a afetividade, isto é, a capacidade para amar e ser amado, para afetar e ser afetado, ou ainda o conjunto dos estados afetivos, ou, enfim, a energia que movimenta o organismo e promove os comportamentos, é inerente aos seres humanos e colabora, ao lado da racionalidade, para a expressão da personalidade. Não há, na expressão categórica de Edgar Morin, nenhuma ação e nenhum comportamento que possa acontecer sem a influência da afetividade.

É corrente nos dias atuais a afirmação de que “o homem é um animal racional”. A frase é atribuída a Aristóteles, embora não se encontre expressamente em nenhum dos seus textos.¹⁷⁴ É certo que o Estagirita prestigiava a razão, enquanto capacidade intelectual, conforme se extrai de várias passagens da *Ética Nicomaqueia*¹⁷⁵ e também da *Política*.¹⁷⁶ Mas é certo também que a razão do homem grego era bastante diversa da razão moderna, a começar pela diferença de dois milênios que medeiam as duas épocas. A razão dos gregos equivalia ao que hoje chamamos de razoável, isto é, a aplicação da prudência e do bom senso, em busca do equilíbrio entre dois extremos.

Feitas essas ressalvas, cabe considerar que o homem é, antes de tudo, um animal; é também racional, posto que a racionalidade lhe é inerente e o diferencia dos outros

¹⁷² Edgar Morin, *Os sete saberes necessários à educação do futuro*, cit., p. 58.

¹⁷³ Edgar Morin, *Os sete saberes necessários à educação do futuro*, cit., p. 60.

¹⁷⁴ O que se encontra em Aristóteles é que “O homem é, por natureza, um animal político” (Aristóteles, *A política*. Tradução de Baby Abrão. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 146; (Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, cit., p. 13:1097b-10).

¹⁷⁵ Aristóteles diz que a vida é comum às plantas e a todos os animais, mas o homem tem uma função que lhe é própria e peculiar: a atividade do elemento racional (13:1097b-25); a alma é constituída por uma parte racional e outra destituída de razão (13:1102a-25); o elemento irracional também participa da razão (13:1102b-10); no homem continente, o elemento irracional obedece ao princípio racional (13:1102b-25) (Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, cit., 2003). Confirma-se também Eduardo Carlos Bianca Bittar, *A justiça em Aristóteles*, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 94: “Aquilo que é próprio do homem e que o distingue dos demais seres é o que há de representar o que de mais alto ele possui: a racionalidade. Uma vida de acordo com a razão é a verdadeira vida humana, única responsável pela capacitação humana de alcance da felicidade que corresponde a natureza própria do ser pensante”.

¹⁷⁶ “As paixões humanas são como bestas selvagens e sentimentos poderosos levam à perdição os governantes e os melhores homens. Na lei tem-se o intelecto sem paixões” (Aristóteles, *Política*, III, 16. ed. Tradução de Baby Abrão. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 247).

animais. Portanto, a frase “o homem é um animal racional” estaria absolutamente correta, se não parasse nesse ponto e acrescentasse que o homem é também afetivo, lúdico, poético e até bestial. Em suma, o homem é um animal racional e muito mais: o homem é complexo!

Dentre esses aspectos que caracterizam os seres humanos, há lugar de destaque para a afetividade que, ao lado da racionalidade, os integra e constitui. Assim como não se pode conceber o homem destituído de racionalidade, não se pode imaginá-lo sem afetividade. E mais: é a afetividade que se enlaça à racionalidade para determinar as condutas, não havendo nenhuma ação ou comportamento que não sejam resultantes desse entrelaçamento. Ora o homem é mais afetivo ora é mais racional, mas, em todo caso, esses dois fatores concorrem para o seu agir.

Compreendido que a Ética é a teoria da conduta, pois trata dos comportamentos possíveis dos seres humanos diante dos demais, ou seja, que se refere aos relacionamentos humanos na vida em sociedade, bem como que a afetividade, do mesmo modo que a racionalidade, é inerente a todos os seres humanos, é lícito dizer que a afetividade também se encontra na base de toda conduta e, portanto, na base da ética.

3.2 A AFETIVIDADE COMO EXPRESSÃO DO SER

O filme *Em busca da terra do nunca*, dirigido por Marc Forster e estrelado por Johnny Depp, Kate Winslet e Ian Hart, descreve o processo de criação da história de *Peter Pan*. Johnny Depp interpreta James Matthew Barrie, um conceituado autor de peças teatrais que vem enfrentando problemas em razão do fracasso de seu último trabalho. Em busca de inspiração, Barrie acaba se envolvendo com a família Davies, encabeçada por Sylvia (Kate Winslet), cujo marido faleceu e a deixou com quatro filhos pequenos. Barrie se relaciona com as crianças, ensinando-lhes truques e criando histórias fantásticas sobre castelos, reis, piratas etc. Com isso, conquista a amizade de todos, à exceção do caçula, Peter Llewelyn Davies, que se mantém arreado. Nesse processo, J. M. Barrie acaba encontrando a inspiração de que necessita para criar sua obra mais célebre: *Peter Pan*.

O filme é ótimo, mas uma cena em particular chama a atenção: Barrie se encontra mais uma vez com as crianças no parque e interrompe seus escritos para conversar com elas. Procura demonstrar como a imaginação é capaz de dar significado especial a qualquer coisa. Em determinado momento, levanta o seu enorme cão Porthos pelas patas dianteiras e o faz ficar em pé, dizendo que se trata de um enorme urso branco. Peter Davies, que como de costume está amuado à distância, reage:

– *Isso é absurdo! Todos estamos vendo que é só um cão!*

Ao que Mr. Berrie retruca imediatamente:

– *Só um cão? Só?*

E, fingindo consolar o cão:

– *Porthos, não lighes para o que ele diz.*

Novamente, voltando-se para o menino:

– *Porthos sonha ser um urso e tu queres esmagar os seus sonhos ao dizeres que ele é só um cão? Que palavra horrível mais desanimadora! É como dizeres que ele não pode escalar aquela montanha porque é só um homem. Ou, diamante... não! É só uma pedra. Só...*

Essa cena diz respeito à imaginação, mediante a qual tudo se torna possível. Mas, por outro lado, alude à potência que reside dentro de cada um de nós e que nos projeta para a vida em busca da realização dos nossos ideais. Nenhum de nós é só um homem, só uma mulher ou só uma criança. Todos somos, de alguma forma, uma potencialidade: um homem, uma mulher ou uma criança em processo de autoconstrução, consoante os nossos sonhos, anseios, desejos e expectativas.

Encontramos semelhante raciocínio em Baruch de Spinoza, que relaciona os afetos à potência existente no corpo e que pode sofrer movimentos de aumento ou de diminuição, a que denomina de *laetitia* e *tristitia*, respectivamente (vide o item 2.1, supra). Mas é José Ortega y Gasset quem dá melhor sentido a essa ideia, ao afirmar que cada coisa traz em si uma potencialidade para ser muito mais, a qual se liberta e se expande quando se relaciona com outras coisas. As coisas aspiram se casar, formar sociedades, organismos, edifícios e mundos.¹⁷⁷

É certo que a afetividade é inerente aos seres humanos, que se encontra na base do psiquismo e que orienta as pulsões. Mas é certo também que a afetividade não se encerra em cada pessoa, isolando-a em sua individualidade. Ao contrário, manifesta-se em cada ser humano, constituindo sua subjetividade e se exterioriza por meio dos comportamentos, repercutindo nas esferas de subjetividade dos outros seres humanos.

¹⁷⁷ José Ortega y Gasset, *Meditaciones del Quijote*, cit., p. 58-59.

Sendo assim, a afetividade pode também ser compreendida como *expressão do ser*, isto é, como resultado de processos que se desenvolvem no interior dos seres vivos e se exteriorizam em forma de comportamentos. Dessa afirmação se extraem duas consequências imediatas: que a afetividade é constitutiva dos seres humanos e que reflete na qualidade das suas relações com o meio.

Na visão de Piaget, a afetividade não é sempre a mesma no ser humano em todos os momentos da sua vida, mas acompanha o seu desenvolvimento conforme as fases já mencionadas, até alcançar o mais alto grau de sociabilidade. Freud, da mesma forma, destaca que a ambivalência afetiva só se desenvolve em cada indivíduo em suas interações com os demais. Na expressão de Giselle Groeninga, “é na intersubjetividade que se constrói a objetividade”.¹⁷⁸

Disso resulta que a afetividade é uma potencialidade existente em todos os seres humanos, mas que se desenvolve na medida em que se desenvolvem os relacionamentos, ou seja, a afetividade é ao mesmo tempo a capacidade de afetar e de ser afetado; de agir e de reagir; de atuar sobre os outros e de receber atuações sobre si mesmo; é a capacidade de dar e de receber afetos; estabelecer trocas afetivas. Em Psicanálise, a perda e a deterioração dessa capacidade são sinônimas de doenças do psiquismo, cuja cura se alcança com o restabelecimento dos canais de trocas afetivas.¹⁷⁹

Giselle Groeninga explica resumidamente que os afetos são sinônimos de energia psíquica que provém de nós mesmos ou do mundo exterior. Mas os afetos não irrompem descontroladamente de dentro para fora. Ao contrário, eles se ligam a representações, que são as interpretações que temos do mundo e que funcionam como filtros. Nesse instante, os afetos podem sofrer censura e retornar para o inconsciente, podendo emergir posteriormente sob a forma de atos falhos, sintomas, sonhos e psicanálise; não havendo censura (repressão), os afetos ganham sentido e se dirigem a pessoas, coisas, relações etc.¹⁸⁰

¹⁷⁸ Giselle Câmara Groeninga, *Família: um caleidoscópio de relações*. In: Rodrigo da Cunha Pereira e Giselle Câmara Groeninga (coord.). *Direito e psicanálise*. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

¹⁷⁹ Carlos Alberto Plastino se refere à expressão de Freud, contida no texto *Introdução ao psiquismo*: “É preciso amar para não adoecer” (*O primado da afetividade*, cit., p. 76).

¹⁸⁰ Conforme mensagem eletrônica encaminhada ao autor no dia 13 de abril de 2006: “Hiperssimplificando: afeto = energia psíquica, o que nos afeta. Parte vem de dentro, das pulsões (o que está na fronteira entre o somático e o psíquico, alguns chamam de impulso), parte vem dos estímulos do mundo externo que ‘digerimos’ e passam a fazer parte da nossa interpretação do mundo. Os afetos se ligam a representações e quando há repressão (censura) o afeto se desliga da representação, esta vai para o inconsciente e fica lá até emergir (atos falhos, sintomas, sonhos, psicanálise). O afeto não é reprimido, ele se liga a outros representantes (ah! então é por isto que achava que odiava fulana além da conta, mas depois que fiz psicanálise vi que na verdade era representava minha mãe!!! rrsrs). Ou seja, os afetos se deslocam. Outro porém – só temos acesso aos afetos quando os descarregamos (isto para Freud). Os afetos funcionam, no início, na base do prazer/desprazer. Ligam-se a representações e ganham um sentido =

O próprio Freud constatou que a projeção dos processos internos para o exterior é um mecanismo primitivo que determina a configuração do mundo externo, com destaque para o papel da linguagem na evolução desse processo de projeção do ser e na conformação do mundo exterior.¹⁸¹

Nessas condições, o indivíduo se constitui e se expressa e a afetividade participa da sua constituição e da sua expressão. Considerando que o humano é um ser em permanente construção, sua afetividade o constitui e se expressa; e se expressa na medida em que o constitui. Em suma, a afetividade, assim como a inteligência, é *expressão do ser*.

Por mais este viés, a afetividade se liga à atividade ética, uma vez que, ao se expressar, os seres humanos interagem, contribuindo para a formulação das *regulas* de conduta que vão reger a vida social.

3.3 A AFETIVIDADE COMO PROJEÇÃO DO SER HUMANO PARA A VIDA EM SOCIEDADE

Não é por outra razão que os autores contemporâneos, relendo os mestres da Psicologia e da Psicanálise, são unânimes em afirmar que a afetividade não se encerra no indivíduo, mas, ao contrário, transborda da individualidade para dar conteúdo aos relacionamentos na família, na sociedade e no meio ambiente. Ao interagir com os outros, o ser humano se realiza como tal, construindo a própria subjetividade, mas também é afetado pela subjetividade daqueles com quem se relaciona, provocando novas afecções.

Carlos Alberto Plastino lembra que Freud, ao reelaborar sua teoria psicanalítica e estabelecer o *primado da afetividade*, afirmou que para a constituição da subjetividade o importante não é a quantidade, mas a qualidade dos afetos envolvidos nas trocas.¹⁸² Isso quer dizer que é a qualidade dos afetos – e não a quantidade – que vai determinar a constituição do psiquismo, mas também que é a qualidade ou a saúde do psiquismo que vai determinar a qualidade dos afetos emanados nas trocas afetivas, com repercussão na qualidade da vida social.

sentimento, dirigem-se a pessoas, relações, coisas, etc.. Com o desenvolvimento vamos nos sofisticando e passamos a ter uma ampla gama de sentimentos”.

¹⁸¹ Sigmund Freud, *Totem e tabu e outros trabalhos*, cit., p. 77: “A projeção de percepções internas para fora é um mecanismo primitivo, ao qual, por exemplo, estão sujeitas nossas percepções sensoriais, e que, assim, normalmente desempenha um papel muito grande na determinação da forma que toma nosso mundo exterior. Sob condições cuja natureza ainda não foi suficientemente estabelecida, as percepções internas de processos emocionais e de pensamento podem ser projetadas para o exterior da mesma maneira que as percepções sensoriais. São assim empregadas para construir o mundo externo, embora devam, por direito, permanecer sendo parte do mundo interno”.

¹⁸² Carlos Alberto Plastino, *O primado da afetividade*, cit., p. 118.

A afetividade, então, desponta como um fator central, fundamental, de extrema importância, não apenas para a constituição do psiquismo, mas para a sua projeção ao exterior, com vista à constituição da vida em família e em sociedade. Vale dizer que, do mesmo modo que a qualidade intelectual dos indivíduos repercute na qualidade da vida em família e em sociedade, assim também a qualidade da estrutura afetiva das pessoas determina a qualidade dos seus relacionamentos e orienta a vida familiar e social.

Em Freud, interpretado por Plastino, o *primado da afetividade* é uma tese antropológica fundamental, da qual se extrai não somente que a capacidade de amar e de odiar é constitutiva dos seres humanos e se realiza na experiência histórica de cada um, mas também que a afetividade transborda para fora da subjetividade de cada pessoa, com repercussão sobre a qualidade da vida social.¹⁸³

Yves de La Taille afirma que, em Piaget, o ser humano ideal é aquele que adquire a capacidade de se relacionar com seus semelhantes de maneira equilibrada, num processo que se desenvolve desde a infância até a adolescência e se atualiza ao longo da vida. Também Márcia Regina Terra, relendo Piaget, lembra que no plano da moral o processo evolutivo parte de uma situação de *anomia*, passa pela *heteronomia* até alcançar a *autonomia*. Esse último estágio se caracteriza pela aquisição da capacidade de se relacionar em alto nível, em termos de reciprocidade, tanto no que se refere ao respeito às regras de convivência como na compreensão de que é capaz de contribuir para a formação dessas mesmas regras.¹⁸⁴

É oportuno relembrar o conceito de *equilíbrio*, presente na doutrina de Jean Piaget, que se refere às trocas que os seres vivos realizam como meio, num processo permanente que se desenvolve desde o nascimento até o final da vida. É por meio dessas trocas que os seres vivos se estruturam e se ambientalizam. É só assim, relacionando-nos plenamente com os demais seres humanos, que alcançamos o mais alto estágio da nossa existência e também nos constituímos como seres humanos.¹⁸⁵

Arthur Kaufmann vai além, para dizer que é somente nas relações que nos constituímos como pessoas: “Pero, entiéndase bien: persona no es substancia, persona es relación, más exactamente: la unidad estructural de *relatio* y *relata*. En ese sentido es persona el *cómo* y el *qué*, *sujeto* y *objeto* del discurso normativo en uno, tanto dentro como

¹⁸³ Carlos Alberto Plastino, *O primado da afetividade*, cit., p. 167.

¹⁸⁴ Sobre a ética na doutrina piagetiana, reportamo-nos ao que foi dito no item 2.3.2, supra.

¹⁸⁵ Idem.

fuera de ese proceso discursivo, lo dado y lo perdido, pero ella no es estática y intemporal, en su figura dinámico-histórica, ni tampoco discrecionalmente disponible”.¹⁸⁶

Portanto, por todos os viéses possíveis, temos que a afetividade é constitutiva dos seres humanos, mas que não se encerra no interior de cada um. Ao contrário, situa-se na base das condutas humanas e nos projeta para a vida em sociedade, determinando, enfim, os contornos do social.

3.4 A ÉTICA RELACIONAL OU A ÉTICA DO AMOR

Humberto Maturana é biólogo e, por isso, concebe os afetos como manifestações próprias dos organismos vivos, que estão na base das ações e projetam os indivíduos, com repercussões na vida social e política. Ao contrário daqueles que situam as emoções no campo psicológico, para ele “as emoções são disposições corporais que determinam e especificam as ações; são fenômenos próprios do reino animal que todos nós, os animais, as temos.”¹⁸⁷

De acordo com Maturana, toda ação humana tem como fundamento uma emoção que a torna possível, já que não é a razão que nos leva à ação, mas a emoção. Mas há uma emoção específica que constitui o domínio das ações que fazem do outro um legítimo outro na convivência: o amor. Somos animais dependentes do amor, que é a emoção central na história evolutiva humana, história essa voltada para a conservação do nosso modo de vida. O amor, entendido como *a aceitação do outro como legítimo outro na convivência*, é a condição necessária para o desenvolvimento físico, psíquico, comportamental, social e espiritual da criança e para a conservação da saúde física, psíquica, comportamental, social e espiritual do adulto.¹⁸⁸

Essa, por sinal, é uma noção de fundamental importância no pensamento de Maturana: *a aceitação do outro como legítimo outro na convivência*. Amor é diferente de tolerância, pois enquanto a palavra *amor* é normalmente utilizada para nos referirmos à aceitação do outro como legítimo outro na convivência, *tolerância* significa tão somente que a negação do outro se encontra suspensa temporariamente.¹⁸⁹

Ao tratar especificamente da ética, Maturana assevera que não se trata de um fenômeno racional, mas sim emocional, visto que se refere à *capacidade de admitir o outro*

¹⁸⁶ Arthur Kaufmann, *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, cit., p. 68.

¹⁸⁷ Humberto Maturana, *Emoções e linguagem na educação e na política*, cit., p. 16.

¹⁸⁸ Humberto Maturana, *Emoções e linguagem na educação e na política*, cit., p. 23-25 e 33.

¹⁸⁹ Humberto Maturana, *Emoções e linguagem na educação e na política*, cit., p. 93.

como *legítimo outro na convivência*. Todavia, a ética é também um fenômeno social que se refere às preocupações que devemos ter com as consequências das nossas condutas. Nesse ponto, surge a tarefa da democracia, qual seja, a de criar um domínio de convivência em que não haja pretensão de um acesso privilegiado à realidade.¹⁹⁰

Como visto, Humberto Maturana parte da Biologia, onde situa a origem das emoções como uma das características inerentes a todos os seres vivos. Em seguida, identifica nos humanos uma emoção específica, o amor, capaz de possibilitar a convivência; não uma convivência que apenas tolera o outro, mas que o aceita como legítimo. Sendo assim, é na convivência que nos constituímos e que constituímos o social, influenciando e sendo influenciados, afetando e sendo afetados incessantemente.

Relembrando que a *Ética é o estudo dos comportamentos possíveis dos seres humanos diante dos outros*, dos quais resulta uma *regula* – ou régua – de comportamentos; lembrando também que a afetividade, assim como a racionalidade, é constitutiva dos seres humanos e, portanto, inerente a toda e qualquer conduta, a conclusão que se extrai é que a afetividade encontra-se no âmago da *Ética*. Toda conduta ética está impregnada pelo elemento afetivo, do mesmo modo – porém, não na mesma proporção – que se orienta pela racionalidade.

3.5 ANTROPOÉTICA: A ÉTICA DO HUMANO

A partícula *anthropos* se refere ao animal humano, de modo que Antropologia é a ciência que indaga sobre o animal humano naquilo que ele tem de mais elementar, naquilo que o caracteriza como ser.¹⁹¹ Por seu turno, a *Ética* diz respeito aos relacionamentos entre os seres humanos e pode se entendida como *a teoria normativa da conduta*, pois além de referir-se a uma tomada de posição diante do outro, estabelece também a medida – *regula, régua, regra* – da conduta.¹⁹²

Nessas condições, a expressão *antropoética* passa a fazer sentido, uma vez que se trata de formular regras de conduta e realizar as tomadas de posição diante do outro (ética), tendo como perspectiva as características intrínsecas aos seres humanos (*anthropos*). Antropoética, portanto, é a ética fundada naquilo que o homem tem de mais essencial. É a tomada de posição diante dos outros seres humanos, com base nas características intrínsecas aos próprios seres humanos.

¹⁹⁰ Humberto Maturana, *Emoções e linguagem na educação e na política*, cit., p. 73-75.

¹⁹¹ Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *Novo dicionário da língua portuguesa*, cit., p. 134.

¹⁹² Miguel Reale, *Lições preliminares de direito*, cit., p. 29.

Encontramos a expressão *antropoética* normalmente ligada aos estudos sobre os modos pelos quais as pessoas se constituem e se projetam sobre o ambiente, afetando e sendo afetadas, interferindo sobre a conformação da vida familiar e da vida em sociedade. Esses estudos chamam a atenção para os problemas do *estar no mundo* e para as consequências das nossas ações sobre o destino da humanidade e do planeta.

A antropoética está presente no texto de Edgar Morin, *Os sete saberes necessários para uma educação do futuro*, de forte influência sobre os psicólogos e pedagogos na atualidade. O autor explica que para uma educação do futuro é necessário: 1) Afastar a ilusão e o erro; 2) Promover o conhecimento voltado para a apreensão dos objetos em seu contexto, seu conjunto e sua complexidade; 3) Ensinar a condição humana, no plano físico, biológico, psíquico, cultural, social e histórico; 4) Aprender a *estar aqui*, o que significa ter consciência antropológica, consciência ecológica, consciência cívica terrena e consciência espiritual da condição humana; 5) Substituir a lógica determinística pela lógica da incerteza; 6) Aprender a compreensão, isto é, a *educação para a paz* e, finalmente, 7) aprender a ética do gênero humano.

Um desses saberes descritos por Edgar Morin, o de número 3, refere-se ao conhecimento da *condição humana*, nos planos físico, biológico, psíquico, cultural, social e histórico. Essa condição se realiza em três esferas, eixos ou circuitos: cérebro-mente-cultura, razão-afeto-pulsão e indivíduo-sociedade-espécie.¹⁹³

O autor explica a nossa *condição cósmica*, porque o Universo não é, como se afirmava, uma ordem perfeita e eterna, mas sim um *devenir* nascido da irradiação e nós “nos encontramos no gigantesco cosmos em expansão”, onde atuam ao mesmo tempo a ordem e a desordem, o caos e a organização; sobre a nossa *condição física*, o autor ressalta que participamos da constituição do Universo, no plano físico, pois “a vida é solar: todos os seus elementos foram forjados em um sol e nós, os seres vivos, somos um elemento da diáspora cósmica, algumas migalhas da existência solar, um diminuto broto da existência terrena”. Acerca da nossa *condição terrestre*, Morin lembra que, como seres vivos deste planeta, dependemos vitalmente da biosfera terrestre, pois “o nosso planeta erra no cosmo e, portanto, devemos assumir as consequências da nossa situação marginal e periférica”.¹⁹⁴

A *condição humana* se constitui da animalidade e da humanidade. A *hominização* é uma aventura de milhões de anos, pela qual o homínídeo humaniza-se e o conceito de

¹⁹³ Edgar Morin, *Os sete saberes necessários à educação do futuro*, cit., p. 47-62.

¹⁹⁴ Edgar Morin, *Os sete saberes necessários à educação do futuro*, cit., p. 49-50.

homem passa a ter um sentido biofísico e um sentido sócio-psíquico-cultural, um remetendo ao outro. Cada ser humano traz consigo toda a humanidade, toda a vida e também todo o cosmos, cujo mistério certamente jaz no fundo da natureza humana. Em *O humano do humano*, Edgar Morin chama a atenção para o papel da cultura na constituição da humanidade e assegura que o ser humano é ao mesmo tempo biológico e cultural. Porém, “se não dispusesse da cultura o homem seria um primata de baixo nível”.¹⁹⁵

Nessa perspectiva, a *hominização* se realiza em três esferas ou circuitos: *círculo cérebro-mente-cultura*, pois se o homem somente se realiza na cultura, é certo também que não existe cultura sem mente (*mind*), isto é, capacidade de consciência e de pensamento, a qual, por sua vez, se efetiva fisicamente no cérebro; *círculo razão-afeto-pulsão*, pois, segundo a repartição fornecida por Mac Lean, o cérebro se constitui de três instâncias complementares, mas também antagônicas e conflituosas, não havendo hierarquia entre razão, afetividade e pulsão;¹⁹⁶ *círculo indivíduo-sociedade-espécie*, visto que as interações entre indivíduos produzem a sociedade, a qual testemunha o surgimento da cultura e retroage sobre os indivíduos pela cultura, de modo que o desenvolvimento humano acontece a partir das autonomias individuais, das participações comunitárias e do sentimento de pertencer à espécie.¹⁹⁷

Edgar Morin chama a atenção para o aspecto da unidade-diversidade presente no ser humano. Na esfera individual, o ser humano traz em si a unidade-diversidade genética, posto que cada indivíduo carrega geneticamente a espécie humana, bem como a unidade-diversidade cerebral, mental, psicológica, intelectual e afetiva, caracteres esses que são ao mesmo tempo singulares a cada indivíduo e comuns a todos. Na esfera social, essa mesma unidade-diversidade que se encontra nos indivíduos se potencializa na unidade-diversidade das línguas, das organizações sociais e das culturas.¹⁹⁸

O homem não deve ser definido pelo viés único de sua racionalidade, mas sim pela sua complexidade: o ser humano é complexo e traz em si caracteres antagônicos: sábio e louco, trabalhador e lúdico, empírico e imaginário, econômico e consumista, prosaico e poético. A dialógica *sapiens-demens* sempre esteve presente no ser humano como força criadora e, ao

¹⁹⁵ Edgar Morin, *Os sete saberes necessários à educação do futuro*, cit., p. 51-52.

¹⁹⁶ O cérebro se constitui de três instâncias: o *paleocéfalo*, fonte da agressividade, do cio e das pulsões; *mesocéfalo*, ligado ao desenvolvimento da afetividade e da memória; e *córtex*, sede das aptidões analíticas, lógicas e estratégicas. Essas instâncias são complementares e conflituosas, não havendo prevalência de uma sobre a outra (P. D. Mac Lean, *The triune brain*, in Smith (F. Q.) ed. *The Neurosciences*, Second Study Program, Rockefeller University Press, Nova Iorque, 1970, apud por Edgar Morin, *Os sete saberes necessários à educação do futuro*, cit., p. 53).

¹⁹⁷ Edgar Morin, *Os sete saberes necessários à educação do futuro*, cit., p. 54-55.

¹⁹⁸ Edgar Morin, *Os sete saberes necessários à educação do futuro*, cit., p. 55-56.

mesmo tempo, destruidora. A racionalidade sempre foi irrigada pela afetividade, pois o pensamento, a ciência e as artes são influenciados por sonhos, angústias, desejos, medos e esperanças. “Nas criações humanas sempre há uma dupla pilotagem *sapiens-demens*”. Enfim, “o homem da racionalidade é também o da afetividade”.¹⁹⁹

O último dos saberes descritos por Morin é a *ética do gênero humano*, no Capítulo VII, que se assenta sobre a *condição humana*, descrita no Capítulo III, e se desenvolve especificamente no circuito indivíduo-sociedade-espécie. É neste último tópico que surge a expressão *antropoética*, à qual a educação deve nos conduzir.²⁰⁰

A antropoética, na expressão do próprio autor, supõe a decisão consciente de “assumir a condição humana indivíduo-sociedade-espécie na complexidade do nosso ser; alcançar a humanidade em nós mesmos em nossa consciência pessoal e assumir o destino humano em suas antinomias e plenitude”. Assim, a antropoética pressupõe “trabalhar para a humanização da humanidade; efetuar a dupla pilotagem do planeta: obedecer à vida, guiar a vida; alcançar a unidade planetária na diversidade; respeitar no outro, ao mesmo tempo, a diferença e a identidade quanto a si mesmo; desenvolver a ética da solidariedade; desenvolver a ética da compreensão; ensinar a ética do gênero humano”.²⁰¹

Já foi dito e repetido que a Ética se refere à medida da conduta humana. Em outros tempos, essa medida era dada pela virtude, depois pela fé cristã e, mais recentemente, pelos imperativos categóricos ditados pela Razão. A reflexão trazida por Edgar Morin é, na verdade, um convite à tomada de consciência acerca da nossa condição humana: de ser terrestre, de ser social e de ser planetário, visto que cada ser humano traz consigo toda a humanidade, toda a vida e também todo o cosmos.

A Ética, então, nessa perspectiva, deve ser orientada pela consciência da nossa própria condição humana, com toda a sua significação. A afetividade, assim como a racionalidade, é considerada inerente à condição humana e se projeta para o exterior, por meio das condutas. Por isso, a Ética é imantada também pela afetividade.

3.6 A AFETIVIDADE E FINALIDADE: EM BUSCA DA FELICIDADE

Há ainda um sentido muito peculiar e especial, sob o qual a afetividade pode também ser entendida. Trata-se de situar os afetos, aqui tomados como o conjunto das emoções,

¹⁹⁹ Edgar Morin, *Os sete saberes necessários à educação do futuro*, cit., p. 58.

²⁰⁰ Edgar Morin, *Os sete saberes necessários à educação do futuro*, cit., p. 105-106. Antes, no prólogo da obra, Edgar Morin afirma que: “A educação deve nos conduzir à antropoética, levando em conta o caráter ternário da condição humana, que é ser ao mesmo tempo indivíduo, sociedade e espécie” (p. 17).

²⁰¹ Edgar Morin, *Os sete saberes necessários à educação do futuro*, cit., p. 106.

sentimentos e paixões, como finalidades da existência humana, perseguidas incessantemente desde o nascimento até o fim da vida. Também sob esse aspecto, a afetividade se prende à atividade ética, visto que esta se compõe de condutas, as quais, por definição, visam sempre alguma finalidade.

O que se pode observar é que os afetos – emoções, sentimentos e paixões – são os bens mais importantes da nossa existência, aqueles que efetivamente perseguimos cotidianamente durante toda a vida. Tudo o que fazemos, todo o esforço que empreendemos, toda a nossa energia vital é direcionada apenas para alcançar o sabor das emoções, dos sentimentos ou das paixões.

Um exemplo da atualidade pode reforçar a ideia que se pretende demonstrar: o esforço e a dedicação, a técnica e o raciocínio empenhados por César Cielo Filho, com o único e exclusivo objetivo de saber a emoção especial de receber uma medalha olímpica. O que importa numa conquista tão grandiosa, na verdade, não é o dinheiro envolvido nem é a medalha em si, mas a emoção de se alcançar aquela posição especial na vida; a sensação de dever cumprido; o sentimento de realização.

Uma importante observação a ser feita é que, verdadeiramente, não há possibilidade de os seres humanos alcançarem os bens materiais. Quando se ganha uma medalha olímpica, o que se alcança na verdade é a emoção e o sentimento da conquista, pois, enquanto a medalha e o dinheiro são objetos físicos exteriores ao atleta, a emoção integra propriamente o seu ser. É a emoção que se conquista verdadeiramente; é o sentimento que penetra o ser humano e passa a fazer parte da sua existência.²⁰²

Esse mesmo movimento é feito por todas as pessoas, a todo instante, nas suas vidas “normais”. Todas lutam diariamente para atingir algum objetivo – pequenos objetivos ou grandes objetivos – apenas e tão somente para saberem aquela emoção especial, aquele sentimento de conquista. A vida em família, a realização profissional, a obtenção de um título acadêmico valem pela emoção, pelo sentimento e pela paixão que desencadeiam.

Aristóteles, na *Ética a Nicômaco*, já denunciava a prática da virtude como modo para se alcançar a felicidade. Mas o que era a felicidade na ótica de Aristóteles? Era, única e exclusivamente, o sentir-se bem consigo mesmo; ter aquele sentimento especial de haver

²⁰² É Nietzsche quem afirma: “Suposto que nada está dado como real, a não ser o nosso mundo dos apetites e paixões, que não podemos descer ou subir a nenhuma realidade, a não ser precisamente à realidade dos nossos impulsos – pois pensar é apenas uma proporção desses impulsos entre si – não é permitido fazer o ensaio e perguntar a pergunta, se esse dado não basta para, a partir de seu semelhante, entender também o assim chamado mundo mecânico ou material?” (Friedrich Wilhelm Nietzsche, *Para além do bem e do mal*: prelúdio de uma filosofia do porvir. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 310, cap. II – O espírito livre).

agido bem para com os outros e para consigo próprio; de haver alcançado aquele estágio de realização pessoal.²⁰³

Kant afirmou que todos têm *inclinação* para a felicidade e, ao mesmo tempo, têm o *dever* de buscá-la. Mas buscar a felicidade por dever – não por inclinação – é a única conduta que tem verdadeiro valor moral. Kant se referiu a um *amor prático*, fundado na vontade e não na tendência à sensibilidade. Esse é o único amor que pode ser ordenado pela razão.²⁰⁴ Todavia, reconheceu que a razão é insuficiente e inadequada quando orientada para a busca pela felicidade, pois esta é mais facilmente alcançada por aqueles que se deixam conduzir pelos instintos e não permitem que a razão ordene suas ações.²⁰⁵

Mais recentemente, os adeptos da ética utilitarista, representados por Jeremy Bentham (1748-1832), James Mill (1773-1836) e John Stuart Mill (1806-1873), procuraram identificar felicidade com utilidade, partindo do pressuposto de que o bem significa prazer e o mal constitui dor; de que as pessoas procuram se aproximar das situações que proporcionam prazer e se afastar daquelas que causam dor.²⁰⁶ Nessa mesma linha, John Rawls assegura que a felicidade está relacionada à execução completa de um plano racional e à confiança no sucesso desse plano.²⁰⁷

Na atualidade, é Bauman, entre outros, quem denuncia a hiperinflação da busca pela felicidade, revelada pelo consumismo e pela fragilização dos vínculos afetivos. Trata-se, ao que parece, de uma distorção da ideia de felicidade que tem como resultado a angústia e a renovação frenética da busca, numa corrida interminável.²⁰⁸ Em seu texto mais recente, Bauman constata a impossibilidade de se alcançar efetivamente um estado pleno de felicidade e anuncia que o prazer se reduz à busca. O ser humano se dá conta da

²⁰³ Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, cit., passim: “Em palavras, quase todos estão de acordo, pois tanto o vulgo como os homens de cultura superior dizem que esse bem supremo é a felicidade e consideram que o bem viver e o bem agir equivalem a [20] ser feliz” (1095a, 4;15-20); “Outra crença que se harmoniza com a nossa concepção é a de que o homem feliz vive bem e age bem, visto que definimos a felicidade como uma espécie de boa vida e boa ação” (1098b, 7:20). Confira-se também Eduardo Carlos Bianca Bittar, *A justiça em Aristóteles*, cit., p. 93-98.

²⁰⁴ Immanuel Kant, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, cit., p. 26-27.

²⁰⁵ Immanuel Kant, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, cit., p. 23: “Observamos de fato que, quanto mais uma razão cultivada se consagra ao gozo da vida e da felicidade, tanto mais o homem se afasta da verdadeira satisfação: resulta daí que em muitas pessoas, sobretudo nas mais experimentadas no uso da razão, se elas quiserem ter a sinceridade de o confessar, surja um certo grau de misologia, quer dizer, de ódio à razão. E isso porque, uma vez feito o balanço de todas as vantagens extraídas, (...) descobrem, contudo, que mais se sobrecarregaram de fadigas do que ganharam em felicidade e que, por isso, mais invejam do que desprezam os homens de condição inferior que estão mais próximos do puro instinto natural e não permitem à razão grande influência sobre o que fazem ou deixam de fazer”.

²⁰⁶ Bertrand Russell, *História do pensamento ocidental*, cit., p. 424 e 428.

²⁰⁷ John Rawls, *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rimoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 610-617.

²⁰⁸ Zygmunt Bauman, *Modernidade líquida, Amor líquido e Globalização*, obras citadas.

precariedade da sua condição e se ilude em busca de um estado de felicidade que efetivamente não existe.²⁰⁹

Também Eduardo Gianetti teve a iniciativa de relatar os diálogos de um grupo de amigos, ex-colegas de faculdade, em torno do tema da felicidade. O que se pode extrair desse texto é que o termo *felicidade* é vago e indefinido, não se podendo dizer com segurança o que é felicidade nem tampouco quais ações conduzem objetivamente a esse estado; que a felicidade pertence ao campo da afetividade, razão pela qual a ciência tem dificuldade em compreendê-la; a felicidade pode consistir em *ser feliz* ou em *estar feliz*, conforme se refira a um fato momentâneo que cause sentimento de felicidade ou à avaliação global de uma vida plena de realizações.²¹⁰

Os seres humanos, em todos os tempos, praticam essa busca pela felicidade. Na Grécia pensavam poder alcançá-la por meio da virtude; na Idade Média, por meio de uma vida cristã; na Idade Moderna pensavam alcançar a felicidade pelo progresso. Na atualidade, essa busca persiste até de forma exagerada e acelerada. É pouco provável, ou até mesmo impossível, que todos os seres humanos venham algum dia a alcançar a felicidade, mas é certo que todos têm o impulso de procurá-la, seja em feitos grandiosos, seja em pequenas realizações.

Em todo o caso, o que é a felicidade senão um sentimento, uma emoção ou uma paixão especial que se sabe em determinados momentos, diante de algum fato ou de alguma realização? De fato, o que buscamos incessantemente, desde os nossos primeiros movimentos e por toda a vida, é saber os afetos; é sentir as emoções, os sentimentos e as paixões especiais que eclodem a todo instante diante dos fatos da vida e dos nossos próprios feitos.²¹¹

Sob esse ângulo de observação, a afetividade, aqui considerada como o conjunto dos afetos que compõe a esfera interior do psiquismo, coloca-se como a finalidade última dos seres humanos, perseguida incessantemente por toda a vida. A felicidade nada mais é do

²⁰⁹ “Numa sociedade de compradores e numa vida de compras, estamos felizes enquanto não perdemos a esperança de sermos felizes.” “A felicidade genuína, adequada e total sempre parece residir em algum lugar à frente: tal como o horizonte, que recua quando se tenta chegar mais perto dele.” “Se a felicidade pode ser um estado, só pode ser um estado de excitação estimulado pela incompletude.” (Zygmunt Bauman, *A arte da vida*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008, p. 24-25, 32 e 43).

²¹⁰ Eduardo Gianetti, *Felicidade: diálogos sobre o bem-estar na civilização*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 31-37.

²¹¹ Também nos diálogos de Eduardo Gianetti consta que a felicidade pertence ao plano afetivo, isto é, aos *estados internos da pessoa*. Por isso, a ciência tem dificuldade em compreendê-la, já que lida com a objetividade, isto é, com aquilo que está na superfície e que é objetivamente observável (*Felicidade*, cit., p. 33).

que os sentimentos, as emoções ou as paixões que os seres humanos perseguem e da qual efetivamente desfrutam em alguns momentos de suas vidas. Felicidade é o sabor da vida, mas um sabor que se sabe no plano dos afetos e não na esfera intelectual.

Também sob esse aspecto, a afetividade se liga à atividade ética, visto que a busca pela felicidade passa necessariamente pelo relacionamento entre as pessoas.²¹² Ademais, como dito no intróito deste item, a atividade ética é finalística, posto que é composta por condutas que, por definição, se revestem sempre de alguma finalidade.²¹³ A finalidade última da conduta, o valor derradeiro a ser alcançado pelos seres humanos em seu agir, é na verdade um estado afetivo: uma emoção ou um sentimento.

²¹² Na expressão do poeta, “é impossível ser feliz sozinho” (Antônio Carlos Jobim, *Wave*, 1967).

²¹³ Miguel Reale sustenta que a conduta pressupõe uma tomada de posição e um sentido de direção e que a ação, que surge como decorrência da capacidade de se conduzir, pressupõe sempre uma finalidade eleita pelo sujeito, isto é, a escolha de um alvo ou objetivo que pretende atingir. A finalidade da conduta ética é sempre a realização de um valor (*Filosofia do direito*, cit., p. 378-379).

4

DIREITO E AFETIVIDADE: APROXIMAÇÃO DOS CONCEITOS

Nos capítulos anteriores, tivemos uma noção do que vem a ser a afetividade sob vários pontos de vista e concluímos que se trata de um fator inerente aos seres vivos, em particular aos seres humanos; que se realiza nos relacionamentos; que constitui e projeta a personalidade com repercussão sobre a vida social e política. De posse de uma noção mais ou menos completa do que é a afetividade, cumpre agora estabelecer as suas relações com o mundo jurídico.

Em primeiro lugar, sabemos que a afetividade é inerente aos seres humanos e, portanto, encontra-se na base de toda conduta. No entanto, o Direito moderno cuidou de expulsar do seu ambiente toda e qualquer interferência dos aspectos afetivos da personalidade. Recentemente, porém, a doutrina passou a conceber o Direito como produto do engenho humano, para o qual concorrem os elementos afetivos e intelectuais.

Por outro lado, a virada paradigmática da Modernidade para a Pós-Modernidade produziu e ainda vem produzindo profundas alterações na vida em sociedade, tendo como consequência, no plano jurídico, a necessidade de tutelar não somente o patrimônio material das pessoas, mas também os bens e interesses de natureza imaterial relacionados com os direitos da personalidade. Nesse contexto, a afetividade surge como valor a ser protegido pelo ordenamento jurídico.

Por fim, a afetividade se relaciona com o Direito, sob o ponto de vista da coercitividade, indagando-se então sobre a possibilidade de se exigir juridicamente a prestação dos afetos.

Em suma, são pelo menos três maneiras pelas quais a afetividade pode ser relacionada ao Direito, como veremos a seguir.

4.1 A AFETIVIDADE COMO FUNDAMENTO DA CONDUTA JURÍDICA

O Direito moderno, fundado a partir da Revolução Francesa, se reveste das características da primeira Modernidade. É dogmático, codificado, insular e excludente. O Direito é aquele positivado nas leis e nos códigos, os vínculos jurídicos são rígidos e indissolúveis, o sujeito é dotado de uma vontade com a qual pode adquirir direitos e

contrair obrigações que o vinculam de maneira absoluta. O juiz é imparcial, *bouche de loi*, tendo a função precípua de interpretar a vontade do legislador. Nesse ambiente, não há espaço para a subjetividade dos sujeitos do Direito, nem muito menos do aplicador ou intérprete.

O que se observa, na contemporaneidade, é uma flexibilização do Direito para compreender mais adequadamente a realidade social. O Direito se abre para a complexidade e para a interdisciplinaridade, a fim de compreender as relações humanas em sua inteireza e para permitir a contribuição de outros saberes na construção das soluções jurídicas.

Trataremos, neste item, do reconhecimento da afetividade como fundamento da conduta jurídica, na doutrina moderna e nos doutrinadores da atualidade. Veremos que o racionalismo moderno desprezou a afetividade enquanto fundamento da conduta jurídica e que o positivismo foi além, para expulsá-la completamente da esfera do Direito. Na atualidade, a doutrina rejeita a rigidez do positivismo moderno, mas ainda contemporiza em conceber um Direito que seja fundado tanto na racionalidade quanto na afetividade.

4.1.1 Direito e afetividade na dogmática jurídica moderna

A bem da verdade, os doutrinadores da primeira modernidade fundaram o Direito na *vontade* ou no *querer* humano. Todavia, a vontade moderna era puramente racional, destituída de todo e qualquer outro elemento. Na atualidade, há reconhecimento expresso por parte da doutrina, no sentido de que o Direito se organiza não apenas com base na racionalidade humana, mas também na afetividade.

René Descartes inaugurou a Modernidade com o seu *Discurso do método*, mas foi Immanuel Kant quem descreveu os mecanismos da Razão moderna, a qual serviu de fundamento para todo o positivismo, o progressismo e o superlativismo que se seguiram. Kant supôs que o ser humano, de posse de sua racionalidade, é capaz de criar estruturas lógicas ideais, aptas a resolver os problemas que surgem na vida em concreto.

Na *Fundamentação da metafísica dos costumes*, Kant deu um passo além, ao indagar se a Razão poderia criar estruturas lógicas ideais, apriorísticas, capazes de condicionar a vida em sociedade. Os *imperativos categóricos* seriam essas normativas universais, vazias de conteúdo, engendradas pelo engenho humano, com base na capacidade de autodeterminação, que serviriam para determinar a qualidade das condutas em concreto. O

principal enunciado dos imperativos categóricos se exprime da seguinte forma: “Age de tal maneira que o motivo que te levou a agir possa ser convertido em lei universal”.²¹⁴

Essa orientação influenciou o pensamento jurídico moderno, do qual são representantes Rudolf Stammler (1856-1938) e Giorgio Del Vecchio (1878-1970). Para esses pensadores neokantistas, o Direito é concebido como estrutura ideal, vazia de conteúdo, capaz de condicionar os fatos da realidade. O Direito tem como substrato o *querer (wollen)* ou a *vontade* humana, mas não se trata de um querer ou vontade psicológica e, sim, de um querer racional teleológico.²¹⁵

Na esteira do racionalismo kantiano, Hans Kelsen (1881-1973) realizou a mais notável tentativa de atender aos pressupostos do positivismo filosófico, ao isolar uma área da juridicidade que é de interesse exclusivo da Ciência Jurídica: o Direito positivo.²¹⁶ Nessa perspectiva, o Direito deve se abster de indagar sobre as razões, os motivos e as finalidades que orientam essa ou aquela conduta. Desde que tenha sido positivada e tenha significado jurídico, é norma jurídica e constitui objeto de estudo do Direito.²¹⁷

Kelsen não nega os elementos afetivos que influenciam o Direito, mas os despreza enquanto objetos de estudo de uma ciência jurídica pura. Curiosamente, um dos aspectos mais importantes da sua teoria é a noção de hierarquias das normas, tendo como último baluarte a *norma fundamental*, que, na definição do próprio Kelsen, “é a razão que determina o cumprimento das normas jurídicas”.²¹⁸ Ou seja, a norma fundamental é uma norma afetiva. Para superar esse problema, Kelsen afirma que a norma fundamental está fora do ordenamento jurídico e, por conseguinte, não é objeto de estudo de uma teoria pura do Direito.²¹⁹

²¹⁴ Immanuel Kant, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, cit., p. 51.

²¹⁵ As doutrinas de Del Vecchio e Stammler são expostas por Miguel Reale, na obra *Filosofia do direito*, cit., p. 332-340 e 341-348.

²¹⁶ “A Teoria Pura do Direito é uma teoria do direito positivo – do direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É a teoria geral do Direito, não a interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria de interpretação. Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como ele deve ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito” (Hans Kelsen, *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 1).

²¹⁷ Hans Kelsen, *Teoria pura do direito*, cit., p. 79.

²¹⁸ “Somente quando pressuponhamos esta norma fundamental referida a uma Constituição inteiramente válida, quer dizer, somente quando pressuponhamos que devemos nos conduzir de acordo com esta Constituição concretamente determinada, é que podemos interpretar o sentido subjetivo do ato constituinte e dos atos constitucionalmente postos como sendo o seu sentido” (Hans Kelsen, *Teoria pura do direito*, cit., p. 225).

²¹⁹ Uma interessante descrição de norma fundamental pode ser encontrada em Freud, em seu texto denominado *Totem e tabu*, em que exemplifica mais uma vez a proximidade existente entre Direito e Psicanálise. Nesse trabalho, Freud supõe uma comunidade primitiva, comandada por um líder rigoroso que determina as regras de convivência entre os seus comandados. Dentre essas regras se insere a

Seguindo as pegadas de Kelsen, o italiano Norberto Bobbio (1909-2004) também concebe a norma como o ato posto no mundo jurídico, sendo irrelevantes as razões que a determinaram e os fins a que se destina. Ordenamento jurídico é o conjunto das normas positivas e o termo *direito* expressa o direito objetivo, que se confunde com sistema normativo.²²⁰

Norberto Bobbio afirma que a norma fundamental é o que dá a razão de unidade e de validade à ordem jurídica; e adverte que esse problema se situa fora da teoria do direito positivo.²²¹ Em outra obra, após analisar os modos pelos quais se podem fundar os valores, Bobbio conclui que esse fundamento seria o *consenso geral*, a que os jusnaturalistas teriam chamado de *consensus omnium gentium* ou *humani generis*. Um valor é tanto mais fundado quanto mais é aceito.²²²

Conquanto essas doutrinas se esforcem em retirar do âmbito da juridicidade toda a referência psicológica, sociológica ou axiológica, a verdade é que elas se fundam nas ações praticadas pelos seres humanos, isto é, na conduta. Stammler e Del Vecchio assumem isso expressamente, embora argumentem que a *vontade* ou o *querer*, nesse caso, é racional e não psicológico. Kelsen e de Bobbio vão além, ao pretenderem estudar tão somente o direito positivo, rejeitando as razões e as finalidades que determinam as condutas.

Mas, o que vem antes da positivação? É a vontade! E o que vem junto com a positivação? É a finalidade! Não devemos esquecer que o positivismo jurídico é uma decorrência do racionalismo kantiano, para o qual o Direito é expressão da vontade humana. Sendo assim, mesmo um direito forjado exclusivamente no racionalismo moderno não se desvincula, em sua matriz, da vontade humana para a qual concorrem simultaneamente, como já dissemos, não somente os aspectos intelectuais, mas também os aspectos afetivos da personalidade.

proibição de incesto e de atentar contra o pai – são os *tabus*. Em determinado momento, o líder morre e não há mais ninguém para ditar as regras. No entanto, os membros da comunidade escolhem um símbolo, que pode ser uma pedra, uma árvore ou um pedaço de madeira para representar o líder desaparecido – é o *totem*. E continuam obedecendo àquelas regras que foram ditadas pelo líder morto e todas as outras que lhe são correlatas. Enfim, o que determina a obediência às normas de um modo geral é algo que efetivamente se encontra fora do ordenamento jurídico. É uma regra de consciência (Sigmund Freud, *Totem e tabu e outros trabalhos*, cit., p. 21-35. Para uma descrição detalhada da correlação entre a norma fundamental de Kelsen e a lei originária de Freud, confira-se Rodrigo da Cunha Pereira, *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte, Del Rey, 2003, p. 16-19 e 22-24).

²²⁰ Norberto Bobbio, *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos; Revisor Técnico Cláudio de Cicco. Apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. 10. ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1999, p. 23-31.

²²¹ Norberto Bobbio, *Teoria do ordenamento jurídico*, cit., p. 49.

²²² Norberto Bobbio, *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 46-48.

Em resumo, os juristas da primeira modernidade fundavam o Direito na vontade humana, mas essa vontade era considerada em seus aspectos exteriores, como manifestação da autodeterminação racional. O positivismo jurídico expulsou definitivamente do mundo jurídico os aspectos subjetivos da personalidade, considerando-os como fatores externos que não merecem atenção da ciência jurídica.

4.1.2 O Direito e a afetividade na dogmática contemporânea

A compreensão do Direito à luz do paradigma moderno exigia realmente sua purificação, uma espécie de assepsia, tanto no objeto quanto no sujeito do conhecimento. O objeto deveria ser isolado em relação aos objetos de estudo das outras ciências e o sujeito deveria se despir, o quanto possível, da sua subjetividade para possibilitar o conhecimento somente por meio da racionalidade.

Miguel Reale (1910-2006) foi um dos primeiros juristas a se dar conta da complexidade do real e, por consequência, da necessidade de diálogo entre Direito e as demais ciências para compreensão da realidade jurídica. Reale critica o apriorismo de Stammler e Del Vecchio, ao dizer que o conceito de Direito não se apresenta como categoria lógica pura, mas surge ontogeneticamente da correlação sujeito-objeto. Por essa razão, Miguel Reale toma outro caminho em busca do conceito de Direito, concebendo-o como realidade cultural.²²³

Em suas *Lições preliminares de direito*, o professor Miguel Reale explica que o mundo físico (dado) é objeto das ciências físicas e o mundo cultural (construído) é estudado pelas ciências culturais. Para explicar essas realidades, o homem produz leis físicas e leis culturais. As leis físicas são sempre causais e descritivas. As leis culturais podem ser causais e descritivas, mas podem também ser normativas. São descritivas as leis sociológicas e econômicas. São normativas as leis éticas, que envolvem uma tomada de posição perante a realidade, implicando o reconhecimento da obrigatoriedade de um comportamento. Por isso, Miguel Reale define a Ética como a “ciência normativa dos comportamentos humanos”, que estabelece sempre uma regra – *régula* – que é a medida da conduta humana.²²⁴

Como visto, o pensamento de Miguel Reale é discrepante de Rudolf Stammler e de Giorgio Del Vecchio. Enquanto estes autores neokantistas concebem o Direito como uma

²²³ Norberto Bobbio, *A era dos direitos*, cit., p. 353-358.

²²⁴ Miguel Reale, *Lições preliminares de direito*, cit., p. 23-29.

estrutura lógica, ideal, vazia de conteúdo, Reale o identifica como uma realidade concreta, isto é, um produto da cultura inerente à vida em sociedade.

Em verdade, Miguel Reale rompe com o paradigma moderno, já no que diz respeito à teoria do conhecimento, ao dizer que o mesmo se dá mediante um entrelaçamento entre sujeito e objeto, num processo ontognoseológico.²²⁵ O autor reconhece expressamente a complexidade do ser humano e sustenta a junção entre afetividade e intelectualidade para a formação do conhecimento e da conduta. E conclui: “O que, portanto, ocorre na Filosofia contemporânea é uma revalorização dos processos intuitivos, no sentido de mostrar que o homem não é apenas portador de razão, nem tampouco um ser que só pela razão logra atingir o conhecimento. Há certas coisas que só se conhecem plenamente através dos elementos que a *afetividade*, a vontade ou a intelecção pura nos fornecem”. Em consequência, constata que o Direito ainda se encontra atrelado ao paradigma moderno e reclama a necessidade de superação do modelo segundo o qual o juiz deve ser puramente racional.²²⁶

Na mesma linha de compreensão, Luis Ricaséns Siches defende que o Direito não pertence à natureza física, nem tampouco à matéria orgânica; também não se reduz à realidade mental, não é ideia pura, nem tampouco puro valor. O Direito se localiza na vida humana e pode ser encontrado na análise da vida ou da existência humana. Enfim, conclui o professor mexicano, o Direito é um produto cultural resultante do agir humano em seu livre arbítrio.²²⁷

Goffredo Telles Júnior (1915-2009) orienta os seus estudos a partir dos desenvolvimentos da Astronomia e da Física, em especial sobre a formação do universo e da matéria, para afirmar que o universo se contrai e se expande constantemente: o universo pulsa.²²⁸ A energia que pulsa no universo é a mesma que se encontra em cada partícula da matéria e a faz pulsar igualmente. A pulsação do universo e da matéria se faz presente também nos seres vivos, inclusive nos humanos.

Goffredo Telles Júnior sustenta que no mundo da Física o apetite está na raiz de todo o movimento, ou seja, o apetite é a tendência ou aptidão para ser, o que conduz à noção de

²²⁵ Miguel Reale, *Filosofia do direito*, cit., p. 115-126. Confira-se o que foi dito no item 1.2.3.

²²⁶ Miguel Reale, *Filosofia do direito*, cit., p. 136-136 e 140.

²²⁷ “El Derecho, en tanto que normas preconstituidas – por ejemplo, leyes, reglamentos, contratos, sentencias judiciales, etc. – se localiza en el Universo dentro de la región de las objetivaciones de la vida humana, o reino de la cultura (...) Las normas jurídicas depositadas en la Constitución, las leyes, los reglamentos, las sentencias judiciales, etc., son pedazos de vida humana objetivada, son objetivaciones de la vida humana, son objetos culturales” (Luis Ricaséns Siches, *Introducción al estudio del derecho*. México: Porrúa, 1977, p. 26-27).

²²⁸ Goffredo Telles Júnior, *Direito quântico*, cit., p. 17.

potência. Sendo assim, “a *potência* é a chave do mistério que envolve o movimento. Entre o ser (o ser que está aqui e é isto) e o ser que ele vai ser (o ser que estará ali e será aquilo) há o poder-ser ou a potência. E o ser que vai ser sai, não de um ser que já é, nem do nada, mas do poder-ser, da potência, que existe num ser que já é”.²²⁹

Em seguida, Goffredo Telles Júnior procura aplicar esses princípios da Física e da Astronomia aos seres vivos nas suas relações com o ambiente. E afirma que os seres vivos reagem diante de algum estímulo por causa de uma onda ou corrente que se forma no nervo, a que se chama *impulso nervoso*. Essa onda ou corrente que percorre os nervos é *energia* em que se transformam as cores, os cheiros, os sons e os sabores.²³⁰ O autor explica que na medida em que subimos na escala de complexidade dos organismos vivos, a atividade do sistema nervoso se torna mais especializada. Nos animais superiores, há uma intervenção do cérebro entre a ação reflexa pura e a atividade intencional. O cérebro é o órgão da *escolha*.²³¹

O ser humano encontra-se no topo da cadeia animal, por ser aquele organismo que desenvolveu melhores aptidões, especialmente a de realizar escolhas e a de eleger os fins e alocar os meios necessários para alcançá-los. A preservação da vida e da espécie leva os animais a adotarem comportamentos eficientes. A maneira pela qual cada espécie se comporta determina o seu destino: a sobrevivência ou extermínio. Os que se comportam bem sobrevivem; os que se comportam mal se extinguem. A discriminação entre bons e maus comportamentos seria a origem primitiva dos códigos morais.²³²

A essas considerações, o autor acrescenta o papel da consciência, da linguagem e da cultura. Com efeito, o ser humano tem consciência dos seus atos, da sua interferência sobre o meio e da sua historicidade. Ademais, estar em sociedade é estar em comunicação, donde avulta a importância da linguagem para a vida social. Por fim, o ser humano é o único capaz de transmitir suas experiências, de geração para geração.²³³

Pois bem. A Ética, dentro da qual se insere o Direito, resulta da evolução dos seres, cujo estágio primitivo é o *estado químico*, o intermediário é o *estado fisiológico* e o final é o *estado ético* ou *estado cultural*.²³⁴

²²⁹ Goffredo Telles Júnior, *Direito quântico*, cit., p. 61.

²³⁰ Goffredo Telles Júnior, *Direito quântico*, cit., p. 155.

²³¹ Goffredo Telles Júnior, *Direito quântico*, cit., p. 177.

²³² Goffredo Telles Júnior, *Direito quântico*, cit., p. 272.

²³³ Goffredo Telles Júnior, *Direito quântico*, cit., p. 272-280.

²³⁴ Goffredo Telles Júnior, *Direito quântico*, cit., p. 286.

Sendo assim: “a ordenação jurídica da convivência emerge, afinal, e sobressai, como elaboração mais requintada do mais evoluído dos seres”.²³⁵

O Direito, portanto, resulta da energia que pulsa no Universo, assim no macrocosmo e nas micropartículas que integram a matéria. O Direito resulta da potência que promove o movimento. O Direito resulta, então, da evolução mais evoluída da matéria que compõe o universo. Ora, de acordo com as teorias psicológicas analisadas no item 2, supra, a energia que pulsa no interior dos seres humanos e que deles emerge em forma de comportamentos é a energia psíquica, produto do psiquismo que se decompõe em intelectualidade e afetividade. Portanto, também na visão de Goffredo Telles Júnior, a afetividade se encontra na base de toda conduta e, por conseguinte, na base da conduta jurídica.

Em meio a esses estudos merece destaque o papel da linguagem na construção do Direito, o que não deixa de fazer sentido se considerarmos que os relacionamentos se estabelecem e se desenvolvem de acordo com a linguagem estabelecida pelos interlocutores. Com efeito, é possível sustentar, com Miguel Reale, que as regras de conduta surgem da convivência entre as pessoas e não, como supunham os racionalistas idealistas, que as normas precedem a experiência.²³⁶ Sendo assim, ao estabelecerem contato convivencial, as pessoas se põem em condições de definir quais serão as normas que irão reger as relações intersubjetivas. Nesse momento, é de fundamental importância a escolha da linguagem, mediante a qual se estabelecerá a comunicação e o diálogo, com vista à definição dos papéis a serem desempenhados na convivência e, por conseguinte, à definição das normas de conduta.

Todavia, a linguagem se estabelece com base naquilo que cada um traz em si, de acordo com a constituição física e psíquica de cada pessoa (Piaget). A linguagem possibilita a percepção dos processos endopsíquicos, não apenas por meio de sentimentos de prazer e desprazer, de fora para dentro, mas por suas ligações a resíduos sensoriais de apresentações verbais (Freud). É a linguagem que possibilita a interação e, portanto, a convivência entre os humanos (Maturana). É a linguagem que viabiliza a constituição das normas de conduta (Habermas). O Direito surge, assim, como um produto da convivência na linguagem, posto que sem a linguagem não se pode falar em convivência e, sem convivência, não se pode supor o Direito.

²³⁵ Goffredo Telles Júnior, *Direito quântico*, cit., p. 359.

²³⁶ Miguel Reale, *Filosofia do direito*, cit., p. 351-360 e 699-713; *Lições preliminares*, cit., p. 60-61.

Jürgen Habermas é considerado herdeiro dos fundadores da Escola de Frankfurt, mas procura superar o pessimismo daqueles pensadores e resgatar o potencial emancipatório da Razão por meio da *razão comunicativa* e da *ação comunicativa*.

Em linhas muito gerais, Habermas defende que “o Direito é uma categoria da mediação social entre a faticidade e a validade” e propõe uma *teoria do agir comunicativo* como forma de assimilar a tensão que existe entre faticidade e validade. Na própria definição do autor, a *teoria do agir comunicativo* está apoiada no princípio do discurso, em que os membros de uma determinada comunidade têm que supor que falantes e ouvintes podem compreender uma expressão gramatical de modo idêntico. Nessas condições, a *razão comunicativa* se realiza na intersubjetividade mediada pela linguagem.²³⁷

É certo que Habermas, concebendo o ser humano como um ser na linguagem, não se ocupou dos aspectos subjetivos que compõem cada indivíduo e que são trazidos por estes para o discurso. Não se pode deixar de ver, porém, que a ação pressupõe uma deliberação com vista a alcançar alguma finalidade, o que remete aos processos que se passam no interior dos seres humanos. Por outro lado, a *ação comunicativa* pressupõe uma mensagem, cujo conteúdo carrega toda a subjetividade do agente.

Sérgio Paulo Rouanet baseia sua *ética discursiva* na teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas, mas dá um passo além. Do mesmo modo que Habermas, o autor afirma que a ética discursiva concebe o homem inserido na sociedade e dotado de linguagem, obrigado a satisfazer suas necessidades por meio da ação instrumental e estratégica, mas também pela ação comunicativa que visa o entendimento e o consenso. Todavia, este importante autor acrescenta que, ao ingressar no discurso, o ser humano traz consigo os atributos racionais e não racionais inerentes à sua natureza.²³⁸ Sendo assim, é de concluir-se que mesmo um direito fundado na razão comunicativa encontra seu fundamento último na personalidade, que tem como substratos a intelectualidade e a afetividade.

Por último, cabe mencionar a doutrina do *sentimento jurídico*, cuja origem remota se encontra em Rudolf von Ihering (1818-1892). Nas primeiras linhas do seu *Luta pelo*

²³⁷ Jürgen Habermas, *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, 2. ed. Tradução de Flávio Bueno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, p. 25, 29 e 31: “O mundo como síntese de possíveis fatos só se constitui para uma comunidade de interpretação, cujos membros se entendem entre si sobre algo no mundo, no interior de um mundo de vida compartilhado intersubjetivamente”.

²³⁸ Sérgio Paulo Rouanet, *Mal-estar na modernidade*, cit., p. 243: “O homem é certamente um ser racional, mas não se trata de uma razão monológica, e sim de uma racionalidade dialógica que se traduz na necessidade de justificar com argumentos as pretensões de validade invocadas. É um ser finito, carente, com impulsos, desejos e interesses, isto é, com necessidades socialmente interpretadas, suscetíveis de serem satisfeitas consensualmente, por um processo argumentativo capaz de levar em conta todos os interesses”.

direito, editado em 1888, Ihering proclama que “O Direito não é uma pura teoria, mas uma força viva”.²³⁹ A frase dá bem uma notícia do que agora se pretende demonstrar: que o Direito não existe de maneira estática, mas sim que emerge da energia vital que habita em todos os seres humanos.

Ihering era um jurista além do seu tempo, pois seu texto destoa completamente do pensamento vigente àquela época, quando a ciência e a filosofia eram orientadas pelo positivismo de Augusto Comte e o Direito sequer iniciara os primeiros movimentos daquilo que conduziria ao positivismo de Kelsen e Bobbio. Não obstante, Von Ihering se dava conta de que o Direito era movido por uma força interior, inerente a todos os seres humanos, a que denominou *sentimento jurídico*. O autor sustenta que a força do Direito não reside na razão, mas sim no sentimento: “Consciência do direito, convicção jurídica, são abstrações da ciência que o povo não compreende; a força do direito reside no sentimento, exatamente como a do amor; a razão e a inteligência não podem substituir o sentimento quando este falta”.²⁴⁰

É evidente que as lições de Ihering foram soterradas pelo positivismo jurídico do século XX, no qual, como já vimos, não há lugar para os aspectos interiores da personalidade. Seu pensamento, no entanto, ressurgiu e brilha novamente nas páginas da obra de Pablo Verdù, intitulada *O sentimento constitucional*. Neste trabalho, o autor esclarece, de saída, que o Direito não se esgota nas construções jurídicas que versam sobre a conduta humana: “se o Direito está construído por causa do homem, há de tomar-se este como razão e paixão, como ser que pensa e sente, como racionalidade fundada sobre o sentimento”.²⁴¹

Na expressão de Verdù, o sentimento jurídico se reveste simultaneamente de aspectos emocionais e intelectivos: “é o afeto pelo justo e equitativo”.²⁴² E acrescenta: o *Rechtsgefühl* “não pode circunscrever-se tão somente ao campo axiológico: enquanto impulso vital, há de ter também em conta as energias da vida, da paixão, mais ou menos cega, da luta pela existência etc. (...) O sentimento jurídico que brota da vida enquanto impulso vivente cobra sentido quando pondera valorativamente o Direito vigente como ordenação racional de/e para a convivência. Então, o Direito não só é mera e/ou mais ou

²³⁹ Rudolf von Ihering, *Luta pelo direito*. Tradução de João Vasconcelos. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 1.

²⁴⁰ Rudolf von Ihering, *Luta pelo direito*, cit., p. 34.

²⁴¹ Pablo Lucas Verdù, *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução e prefácio de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 5.

²⁴² Pablo Lucas Verdù, *O sentimento constitucional*, cit., p. 53 e 69.

menos artificiosa interpretação e aplicação normativas. É também luta pelo Direito (Ihering) e, definitivamente, interiorização emocional do Direito próprio e alheio na própria consciência”.²⁴³

A obra de Pablo Verdù resgata e atualiza o pensamento Rudolf von Ihering. E consagra o entendimento que vimos defendendo desde o início deste trabalho, de que a afetividade encontra-se na base de toda conduta e, por isso, também na base da conduta jurídica. Enquanto os doutrinadores neokantistas situam a vontade ou o querer como fundamento da conduta jurídica, com ressalva de que se trata de um querer teleológico; enquanto os positivistas exacerbam o racionalismo, com exclusão de toda e qualquer interferência não racional, autores mais recentes assumem abertamente a influência dos aspectos interiores da personalidade na formação e na aplicação do Direito.

Então, há segurança em afirmar que a afetividade é um dos fundamentos da conduta jurídica; está na base da juridicidade. O Direito não se constrói apenas a partir da intelectualidade, mas sobretudo com base na afetividade.

4.2 A AFETIVIDADE COMO VALOR JURÍDICO

No item anterior, verificamos como o Direito moderno, obediente ao positivismo jurídico, desconsiderava os aspectos afetivos que constituem a conduta. Mais recentemente, a doutrina passou a compreender o ser humano em sua complexidade, de sorte que os aspectos afetivos da personalidade também participam dos comportamentos e das condutas. Por conseguinte, a afetividade encontra-se na base de toda conduta jurídica.

Mas não é somente por este modo que a afetividade se relaciona com o Direito. Conforme foi explanado no primeiro capítulo deste trabalho, a virada paradigmática da Modernidade para a Pós-Modernidade promoveu uma verdadeira revolução nos valores vigentes na sociedade. E o Direito, que antes se destinava exclusivamente à proteção do patrimônio material, passou a tutelar também outros aspectos importantes da existência humana.

A afetividade, então, desponta como um valor necessário à constituição e ao desenvolvimento da pessoa, a merecer proteção do ordenamento jurídico.

²⁴³ Pablo Lucas Verdù, *O sentimento constitucional*, cit., p. 59.

4.2.1 Exigência da Pós-Modernidade/Complexidade

A Pós-Modernidade é um estado de perplexidade diante da constatação de que a racionalidade é insuficiente para enfrentar e dar respostas adequadas aos principais problemas da vida. No que se refere à teoria do conhecimento, significa o rompimento com o paradigma cartesiano, o qual apregoava a disjunção entre sujeito e objeto, que buscava a síntese e a simplificação e que perseguia a pureza dos conceitos e a certeza das conclusões (item 1.2, supra). Em vez disso, surge na contemporaneidade a noção de que o conhecimento acontece mediante um entrelaçamento entre sujeito e objeto, bem como de que o sujeito é complexo, assim como é complexa a realidade que pretende conhecer. Isso é ainda mais acentuado quando o objeto de conhecimento é o próprio ser humano em suas múltiplas possibilidades (item 1.3, supra).

À vista da complexidade do real e, particularmente, dos seres humanos, o conhecimento não deve mais se limitar a uma perspectiva única, mediante a eleição de um objeto e a escolha de um método. Outrossim, a compreensão da realidade deve ser buscada pelos mais diversos ângulos de apreciação, a partir das mais variadas disciplinas, com vista não apenas à afirmação de certezas, mas sim à revelação das inúmeras possibilidades do ser (item 1.4, supra).

O Direito, que antes se preocupava apenas com a prestação das condutas adequadas ao convívio social, deve cuidar atualmente da proteção da própria pessoa, em especial por meio da tutela dos direitos da personalidade. Todavia, a personalidade é complexa, visto como se constitui de um físico e de um psiquismo. É nessas condições que surge a afetividade, também em sua complexidade, como conjunto dos afetos que constituem o psiquismo; como estrutura que possibilita a realização da personalidade; como conjunto de relacionamentos que viabiliza a vida em sociedade; enfim, como valor intrínseco aos seres humanos que merece ser preservado pela ordem jurídica.

Portanto, o reconhecimento da afetividade como valor jurídico representa um avanço da ciência jurídica, que com isso reconhece a complexidade dos seres humanos e se põe em linha com o pensamento complexo que é uma das marcas da Pós-Modernidade.

Mas não é só. A Pós-Modernidade pode ainda ser considerada sob o prisma das consequências que produziu sobre as relações humanas. De acordo com a constatação de Zygmunt Bauman, o que se tem na contemporaneidade é que essas relações se tornaram

cada vez mais rápidas, leves, fluidas e superficiais.²⁴⁴ Não sem razão, o psicanalista Yusaku Soussumi afirma que o homem contemporâneo padece de problemas relacionados aos afetos, às emoções e aos sentimentos, em razão das condições traumáticas externas e internas, de modo que a problemática psíquica da contemporaneidade é a afetividade.²⁴⁵

Assim, ao mesmo tempo em que o Direito teve que aprender a se ocupar da afetividade, teve logo que aprender a lidar com novas formas de relacionamentos afetivos instáveis, heterogêneos, complexos também por sua vez. Este é um desafio da mais alta relevância, qual seja o de tentar dirimir os conflitos que surgem de relacionamentos leves, rápidos, fluidos e superficiais, mediante a aplicação de leis e julgamentos dirigidos à regulamentação de relacionamentos estáveis, duradouros e rígidos. Somente aos poucos o Direito vai se dando conta da precariedade dos seus recursos; somente aos poucos a legislação vai sofrendo modificações e a jurisprudência vai se sensibilizando aos apelos da realidade social.

Ainda temos, por exemplo, uma lei que exige dois anos de separação de fato para obtenção do divórcio, quando na realidade as pessoas põem fim aos seus relacionamentos de maneiras mais simples e diretas, diante da constatação de que o amor terminou. Como consequência, no plano dos fatos, proliferam por toda parte as uniões estáveis, que são modalidades de família fundadas exclusivamente na vontade de conviver, em razão da afetividade. Este tipo de união é muito mais conforme às exigências da vida pós-moderna, uma vez que mantém viva e perenemente a possibilidade de rompimento do laço sem maiores complicações.²⁴⁶

Nesse sentido, é pertinente a crítica de Fachin ao sistema codificado, que engessa o Direito em cláusulas das quais não se pode escapar sem ofensa à legalidade.²⁴⁷ Em tempos de Pós-Modernidade que, na descrição de Baumann, se caracterizam pelas relações humanas fluidas, precárias e superficiais, também as relações jurídicas ganharam essas peculiaridades, a demandar respostas rápidas e eficientes do ordenamento jurídico. O que

²⁴⁴ Zygmunt Bauman, *Amor líquido*, cit., p. 111-112: “Se você sabe que seu parceiro pode preferir abandonar o barco a qualquer momento, investir seus sentimentos no relacionamento atual é sempre um passo arriscado”.

²⁴⁵ Yusaku Soussumi, *Afetos, sobrevivência e desenvolvimento na neuropsicanálise*. Disponível em: <<http://www.abp.org.br/artigos>>. Acesso em: 19 abr. 2006.

²⁴⁶ Sensível a essa realidade, Maria Berenice Dias sustenta, com muita propriedade, que todas as causas de divórcio ou de separação se resumem a um único fato: o fim do afeto (Maria Berenice Dias, *Conversão de separação de corpos em divórcio: salutar novidade*. In: Lucas Abreu Barroso (org.). *Introdução crítica ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 449-461).

²⁴⁷ Luiz Edson Fachin, *Teoria crítica do direito civil*, cit., p. 69.

fazemos, em termos de Direito codificado, é tentar dar respostas aos problemas da Pós-Modernidade com ferramentas forjadas na Modernidade.²⁴⁸

Como exemplo de evolução e adequação do Direito aos novos tempos, lembremos que até há pouquíssimo tempo a união livre entre homem e mulher era desprezada pelo Direito, que reconhecia tão somente as uniões formais, fundadas no casamento. A atribuição de efeitos jurídicos às uniões estáveis é demonstração de maturidade do Direito enquanto ciência compreensiva da realidade social.

Outros desafios ainda persistem, como é o caso da guarda compartilhada em casos de separação e divórcio. Muitos operadores do Direito ainda insistem na necessidade de fixação da guarda em favor de um dos genitores, com a regulamentação de visitas em benefício do outro. Trata-se de um dos vários clichês que se criaram nas varas de família por todo o país, que, na verdade, engessam a vida civil e impedem as pessoas de escolherem aquilo que entendem ser mais adequado para si e para os seus filhos. É o Direito, enquanto estrutura racional, procurando condicionar os fatos da vida.²⁴⁹

Portanto, esses são alguns dos desafios que se apresentam para a ciência jurídica nesses tempos de Pós-Modernidade. Trazer a afetividade para a esfera pública e colocá-la na pauta de discussões já foi um avanço. Dar conta de regulamentar adequadamente os fluidos relacionamentos humanos na contemporaneidade é um desafio que ainda se encontra em aberto para o Direito.

4.2.2 Produto do feminismo

A emergência da afetividade como valor jurídico está diretamente relacionada com o movimento feminista desencadeado a partir da década de 1960. Agnes Heller e Ferenc Fehér apontam o feminismo como o mais importante movimento individual de autodeterminação. Citando Simone de Beauvoir, os autores assinalam que tradicionalmente o lugar da mulher era determinado tendo como referência o homem, ao passo que as mulheres de hoje lutam por aumentar suas próprias possibilidades de autodeterminação.²⁵⁰

²⁴⁸ Eduardo Bittar escreve que “na pós-modernidade, o sistema jurídico carece de sentido, até mesmo de rumo, e sobretudo de eficácia (social e técnica), tendo em vista ter-se estruturado sobre paradigmas modernos inteiramente caducos para assumirem a responsabilidade pela litigiosidade contemporânea” (Eduardo Carlos Bianca Bittar, *O direito na pós-modernidade*, cit., p. 87).

²⁴⁹ A recém-promulgada Lei n. 11.698, de 11 de junho de 2008, alterou os arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil para possibilitar que a guarda dos filhos de pais separados seja compartilhada entre o pai e a mãe. Vide item 6.4.3, *infra*.

²⁵⁰ Agnes Heller e Ferenc Fehér, *A condição política pós-moderna*, cit., p. 57-58.

Para esses autores, o movimento feminista é a maior e mais decisiva revolução social da modernidade. Não é apenas um fenômeno novo da cultura ocidental, mas um divisor de águas em todas as culturas até agora existentes; não é apenas uma contribuição para o processo de mudança, mas é ela mesma – a revolução feminina – a própria mudança social. A revolução feminista é consequência do processo evolutivo da sociedade humana, visto que “as instituições democráticas, os valores-ideias de liberdade, igualdade e direitos tiveram de estar presentes na ‘instituição de significado imaginário’ global para que os movimentos feministas, realizadores da revolução, ocorressem”.²⁵¹

Hannah Arendt aborda a questão sob a perspectiva da correlação entre os espaços públicos e privados, que está relacionada com a existência de uma vida familiar e de uma vida política. É no plano familiar que se desenvolvem as atividades relacionadas com a manutenção dos indivíduos e com a preservação da espécie. Historicamente, o sustento material era tarefa do homem e a procriação era incumbência da mulher.²⁵²

Arendt acrescenta que o público pode ser visto e ouvido por todos e, por isso, constitui a realidade, ao passo que a intimidade deve ser ocultada e, por isso, possui uma existência incerta e obscura. O que é público é digno de ser exibido; o que é privado deve ser mantido na intimidade, a menos que seja desprivatizado e se torne adequado para aparição pública.²⁵³ Stuart Walton afirma que cada espaço é mais adequado ao tratamento de certas questões, conforme a cultura. Assim, o critério da relevância não parece ser o mais adequado, pois isso significaria reconhecer que os assuntos privados são irrelevantes e, por isso, não alcançam a esfera pública.²⁵⁴

Mas o que se tem afirmado na contemporaneidade é uma espécie de superação da fronteira entre o público e o privado, de modo que cada assunto possa permanecer na esfera privada, enquanto isso for conveniente para a pessoa ou organização, mas possa também receber atenção da esfera pública sempre que se fizer necessário.²⁵⁵

No plano individual, a personalidade pode ser vista sob o prisma da esfera privada, que se refere à intimidade e à privacidade; ou sob o prisma da esfera pública, que é a *persona* que se projeta para os relacionamentos. No plano da família, há toda uma

²⁵¹ Agnes Heller e Ferenc Fehér, *A condição política pós-moderna*, cit., p. 207.

²⁵² Hannah Arendt, *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. Posfácio de Celso Lafer. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 37-40.

²⁵³ Hannah Arendt, *A condição humana*, cit., p. 59-60 e 82.

²⁵⁴ Stuart Walton, *Uma história das emoções*. Tradução de Ryta Vinagre. Rio de Janeiro: Record, 2007, p. 14.

²⁵⁵ Flávia Piovesan e Daniela Ikawa, A violência doméstica contra a mulher e a proteção dos direitos humanos. In: SÃO PAULO (ESTADO). Grupo de Trabalho de Direitos Humanos da PGE, *Direitos humanos no cotidiano jurídico*. São Paulo: Centro de Estudos da PGE/SP, 2004.

realidade privada que se passa intramuros e uma outra realidade pública que se apresenta para os amigos, vizinhos e parentes.

Até meados do século passado, família se caracterizava pela patrimonialidade, a matrimonialidade, a hierarquia, o paternalismo. Isso quer dizer que a família era constituída única e exclusivamente pelo casamento, que o marido era o chefe supremo da sociedade conjugal, que havia uma ordem hierárquica e que as relações eram ditadas pela dependência econômica. Nessas condições, havia uma divisão estanque das funções a serem desempenhadas por cada um dos cônjuges no âmbito da família: ao homem cabia o papel de sustentar a mulher e os filhos, à mulher cabia cuidar da casa e dos filhos; ao marido cabia cuidar dos negócios, à mulher cabia zelar pela paz e harmonia dentro do lar.²⁵⁶

Isso quer dizer que os assuntos da esfera pública da família eram da competência exclusiva do marido, não podendo a mulher se imiscuir nos negócios e nos relacionamentos sociais. Entretanto, o marido não se ocupava dos assuntos *interna corporis*, ou seja, da esfera privada da família. Esses assuntos eram mais afeitos à mulher. Sendo assim, todos os sentimentos, todas as emoções e todas as paixões que afetavam os membros da família, por serem assuntos correlatos à intimidade familiar, ficavam adstritos à esfera privada. Era sempre a mulher quem acolhia, amparava, consolava e remediava as situações relacionadas com esses assuntos íntimos da família.

De outra parte, a mulher não se envolvia com os assuntos externos e, muito menos, com a atividade política, de modo que suas preocupações, seu modo de sentir e de pensar eram inteiramente estranhos àqueles que exerciam influência e poder, enfim, que ditavam as regras de convivência. Os assuntos da esfera privada da família eram simplesmente ignorados pela sociedade dominada pelos homens.

Foi a partir dos anos 60 do século passado que explodiu em toda parte um movimento das mulheres, primeiro em busca de mais liberdade e, finalmente, em busca da igualdade de direitos em relação aos homens. O movimento feminista logo ganhou espaço e teve como resultado, senão a igualdade integral, pelo menos uma igualdade formal entre homens e mulheres.

²⁵⁶ Sobre a evolução do modelo de família desde a Antiguidade até os nossos dias, consulte-se Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Responsabilidade civil na relação paterno-filial. *Novos Estudos Jurídicos* – Revista Semestral do Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Univali, ano VII, n. 14, abr. 2002, p. 69-101. Confira-se também Julie Cristine Delinsk, *O novo direito da filiação*. São Paulo: Dialética, 1997, passim; Paulo Luiz Netto Lobo, Princípio jurídico da afetividade na filiação. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 41. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>>. Acesso em: 6 nov. 2004.

Como consequência, as relações entre homem e mulher, no seio da família, tornaram-se mais igualitárias, com divisão mais equânime das tarefas e com igual obrigação de sustento do lar; desapareceu a hierarquia entre o homem e a mulher dentro da família; a mulher participa das relações sociais de igual modo que o homem etc. Ao mesmo tempo, as preocupações com os filhos, que antes se resumiam em fornecer-lhes o sustento e custear-lhes os estudos, logo passaram a incluir a formação da estrutura psíquica, da integridade emocional, da personalidade. Além disso, na atualidade, a família se constitui pelos mais diversos modos: casamento, união estável, família monoparental, união homoafetiva etc.

O fato é que a participação das mulheres nas esferas públicas da vida trouxe para esses ambientes os valores que elas sempre preservaram, mas que remanesceram recônditos no interior dos lares. Enquanto os postos de trabalho eram ocupados apenas por empregados homens, não havia a preocupação com os sentimentos dos operários. Mas, uma vez que as mulheres ocuparam esse espaço, sua linguagem se inseriu no ambiente de trabalho porque para elas esse é um valor que deve ser preservado. Essa mesma linguagem se fez sentir em todos os espaços públicos: nos transportes coletivos, nas casas de espetáculos, nos restaurantes, o “como eu me sinto” passou a ser uma questão importante para a vida social.²⁵⁷

Tratando da positivação dos direitos das mulheres, Flávia Piovesan e Daniela Ikawa destacam o problema da visibilidade para o Direito: “A dicotomia entre o público e o privado consiste na separação entre uma arena pública, na qual se impõe o Direito, e uma privada, na qual não se admite a interferência jurídica. (...) A invisibilidade para o direito, na esfera familiar, implica, no mais das vezes, uma desigualdade de base patriarcal, aceita como decorrência de uma ‘naturalização’ de um determinado modelo familiar, que aponta funções diversas ao homem e à mulher, tendentes à inferiorização dessa, tanto no âmbito do trabalho, quanto nos âmbitos sexual e reprodutivo”.²⁵⁸

De acordo com essas autoras, a Convenção pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher e a Convenção de Belém do Pará quebraram essa dicotomia entre o público e o privado, rompendo a naturalização da invisibilidade, ao

²⁵⁷ Agnes Heller e Ferenc Fehér se dão conta do processo de visibilidade da cultura feminina, ao dizerem que: “A cultura feminina, até então marginalizada e não reconhecida, está bem encaminhada para articular uma declaração de princípios final em seu próprio nome, reclamar sua metade da cultura tradicional da humanidade” (*A condição política pós-moderna*, cit., p. 207).

²⁵⁸ Flávia Piovesan e Daniela Ikawa, *A violência doméstica contra a mulher e a proteção dos direitos humanos*, cit.

consolidar um *dever-ser* específico: o da igualdade de consideração e respeito. Permitiram que o Direito penetrasse no ambiente doméstico, aplicando-se aos casos de violência ocorridos nesse ambiente e apontaram para a necessidade de alteração dos papéis estanques, ressaltando a responsabilidade comum a ambos os cônjuges pela educação dos filhos, pela administração da propriedade, enfim pela administração do casamento, bem como a igualdade de direitos pessoais, no que se refere à escolha do nome, da profissão etc.

O fato é que jamais se teria falado de afeto ou de afetividade se as mulheres não houvessem deixado seus lares e vindo ocupar a esfera pública da vida em sociedade para mostrar que carinho, cuidado, dedicação e tudo o mais que se praticava no interior das famílias tem imensa importância para a formação da personalidade e, portanto, constitui um valor a ser preservado.

4.2.3 O valor fundamental da pessoa humana

Uma das mais importantes modificações operadas no Direito, nestes tempos de Pós-Modernidade, foi a inscrição da dignidade da pessoa humana como valor fundamental em relação ao ordenamento jurídico. Como consequência, temos que todos os atos e negócios jurídicos, todos os atos administrativos, todas as leis e todas as decisões judiciais devem ser orientadas para a realização desse valor fundamental.

Como se sabe, o Direito moderno, fundado a partir da Revolução Francesa, visava à proteção do patrimônio material, como forma de defender o indivíduo em relação ao poder estatal. O Direito atual protege a pessoa humana, a quem são atribuídos bens e direitos como forma de promover a sua dignidade. Há, verdadeiramente, uma guinada axiológica: a pessoa humana e não mais o patrimônio material ocupa o vértice axiológico do ordenamento jurídico, de modo que todo o Direito é orientado, inclusive por força de disposição constitucional, para a proteção da pessoa e da sua dignidade.

Mas, como vimos na primeira parte deste estudo, especialmente no Capítulo 3, a noção de pessoa é bem mais ampla do que a de indivíduo e a de ser humano, pois envolve sua subjetividade, seus atributos pessoais, sua personalidade. Não é o simples animal humano que age em sociedade, nem tampouco é o animal meramente racional. Pessoa é o ser humano considerado em sua complexidade e em sua contextualidade. É o ser dotado de racionalidade, mas também de afetividade, de religiosidade, de historicidade. É também o ser humano considerado em suas relações com as outras pessoas, com as coisas e com o meio ambiente. É ainda um ser transitório, em permanente processo de reconstrução.

Se o Direito moderno contentava-se com a racionalidade humana e protegia apenas tão somente o acervo de bens materiais que se prendia ao indivíduo, o Direito atual contempla a pessoa, isto é, o ser humano complexo; e protege não apenas os bens materiais, mas todo um complexo de bens e interesses de natureza imaterial necessários à constituição, ao desenvolvimento e à manutenção da personalidade.

Não será demais lembrar, com esteio nas doutrinas psicológicas e antropológicas anteriormente analisadas, que a pessoa constitui a individualidade na convivência com as demais e que a qualidade dos relacionamentos repercute na qualidade da vida social e na composição do próprio Estado. Estamos, então, ainda no campo da Ética, mas na fronteira entre o Direito e a Política; e a afetividade, enquanto fator inerente aos seres humanos, atravessa essa fronteira e vai com eles dar qualidade ao Estado. Por isso, a preservação da estrutura psíquica das pessoas, que envolve aspectos intelectuais e afetivos, é de extremo interesse para o Estado, cujo desenvolvimento está diretamente relacionado à qualidade dos seus constituintes.²⁵⁹

Nesse contexto, a afetividade, vale dizer, os aspectos afetivos da personalidade, desponta como um valor a ser preservado pelo Direito, seja porque a estrutura afetiva constitui a personalidade, seja porque os laços de afeto se revelam valiosos para cada um, seja ainda porque a adequada constituição e o adequado desenvolvimento da personalidade refletem na qualidade da vida em sociedade e na estrutura do próprio Estado.

4.2.4 A afetividade como uma necessidade humana

A conduta, por definição, é sempre finalística, posto que visa alcançar uma finalidade. De acordo com Miguel Reale, a conduta ética e, por conseguinte, a jurídica, sempre visa realizar algum valor tido como importante para a vida em sociedade.²⁶⁰ Por isso, para determinar se a afetividade é um valor jurídico, deve-se indagar se a mesma é considerada um bem necessário à realização da pessoa humana. E a resposta para essa indagação pode ser extraída com simplicidade de todo o estudo que realizamos até este momento.

Com efeito, o que mais se afirmou até agora é que a afetividade é o conjunto dos afetos, isto é, das emoções, das paixões e dos sentimentos que compõem a esfera

²⁵⁹ Neste sentido, confira-se Giselle Groeninga, O direito à integridade psíquica e o livre desenvolvimento da personalidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.

²⁶⁰ Miguel Reale, *Filosofia do direito*, cit., p. 378-379.

instintivo-afetiva do psiquismo; que é constitutiva dos seres humanos; e que é característica essencial de todos os humanos.

Mas a afetividade não é estática dentro de nós. Ela surge com os relacionamentos que estabelecemos durante a vida, desde a primeira infância até a idade adulta; portanto, ela se desenvolve dentro de nós. Além disso, a afetividade pode ser mal formada ou, então, sofrer deformação depois de formada, o que resulta em alterações do psiquismo, produz alterações de comportamento e de conduta e, enfim, altera o nosso padrão de relacionamentos, prejudicando a convivência. Por fim, a má formação e a deformação da nossa estrutura afetiva produzem alterações não apenas na nossa própria personalidade, mas também na qualidade da vida social e, adiante, na estrutura do Estado.

Disso resulta, com clareza, que a boa formação da estrutura afetiva é uma necessidade vital de todo o ser humano, sem a qual não é possível constituir adequadamente a personalidade, ou seja, não se pode constituir como pessoa. Desse modo, a preservação da estrutura afetiva emerge como uma necessidade, uma vez que sua deterioração resulta em desestruturação da própria pessoa. É o que nos ensina, mais uma vez, a psicóloga e psicanalista Giselle Groeninga:

E o que é a personalidade? É a condição ou maneira de ser da pessoa. É a organização, mais ou menos estável, que a pessoa imprime à multiplicidade de relações que a constituem. O aspecto físico e os psíquicos, como a vontade, a emoção, a inteligência são aspectos da personalidade.

(...)

A personalidade, para o seu desenvolvimento, necessita do afeto do amor, caso contrário, efetivamente não sobrevivemos (...) Se não tivermos que nos cuide, e com amor, faleceremos ou ainda, não nos humanizamos.²⁶¹

Cabe lembrar, neste passo, que há diferença entre existir e viver. *Existir* como animal humano é simplesmente ocupar um lugar, no tempo e no espaço, sem significação; uma pedra existe. Já o *viver* consiste em atribuir sentido à existência, em realizar-se enquanto ser. No caso dos humanos, viver é constituir a personalidade, é tornar-se pessoa.²⁶² É Heidegger quem afirma que o homem constrói o mundo diante de si e, ao construí-lo, constrói a si mesmo.²⁶³ Por sua vez, Maturana sustenta que viver é estar num contínuo entrelaçamento de emoções e linguagem, a que ele chama de *conversar*.²⁶⁴ Para Spinoza, na interpretação de Fernando Dias Andrade, viver é estar em encontro e em confronto com

²⁶¹ Miguel Reale, *Filosofia do direito*, cit., p. 378-379.

²⁶² Arthur Kaufmann, *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, cit, p. 67-68.

²⁶³ Marilena Chauí, *Heidegger: vida e obra*. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 9.

²⁶⁴ Humberto Maturana, *Emoções e linguagem na educação e na política*, cit., p. 92.

outros corpos, uma situação recorrente e infundável da qual se pode sair fortalecido ou enfraquecido.²⁶⁵

Ao viver, o animal humano vivencia a realidade e constrói a sua personalidade em meio a essa experiência. O seu modo de ser e de se relacionar com o mundo se define a partir dessa experiência de vida. Na experiência, o ser humano constitui sua estrutura psíquica, que é parte do seu próprio ser;²⁶⁶ e projeta para o exterior uma espécie de versão da sua personalidade, uma *persona* que entende adequada à manutenção dos relacionamentos.²⁶⁷

Em certo sentido, podemos afirmar que somos três pessoas ao mesmo tempo: a que realmente somos, a que pensamos ser e a que os outros veem; e esses três seres geralmente não se correspondem. O que efetivamente somos é uma incógnita, pois envolve aspectos inconscientes, que desconhecemos; o que pensamos ser é o como nos sentimos em relação a nós mesmos; o que os outros veem é a *persona*, isto é, o modo pelo qual nos apresentamos para a vida, a projeção da nossa personalidade.

Como visto, não é o simples animal humano que age na vida em sociedade. É a pessoa, isto é, aquele corpo físico constituído por uma personalidade e revestido por uma *persona*.

A estrutura afetiva é constitutiva dos seres humanos e, em conjunto com a intelectualidade, possibilita a construção da personalidade que se forma no interior de cada um e se projeta para o exterior. O déficit de afetividade resulta em má formação da personalidade, em desvio de rota, com prejuízo para o próprio indivíduo e para a qualidade dos relacionamentos que manterá na vida em sociedade.

Não seria demasiado afirmar, com Giselle Groeninga, que toda pessoa tem direito à integridade psíquica; com apoio em Piaget, que todos temos direito a uma vida plena de relacionamentos em alto nível; com estribo em Freud, que temos direito de manter a saúde do psiquismo. Por isso, o desenvolvimento e a manutenção da estrutura afetiva é uma necessidade vital, sem a qual os seres humanos não se constituem, não constroem a própria personalidade e não interagem adequadamente com os outros humanos e com o meio ambiente.

²⁶⁵ Fernando Dias Andrade, Poder familiar e afeto numa perspectiva espinosana, cit., p. 367-393.

²⁶⁶ A outra parte é a estrutura física.

²⁶⁷ Na doutrina psicanalítica de Carl Jung, *persona* é a máscara ou fachada que permite ao indivíduo compor uma personagem, ostentada publicamente com a intenção de provocar uma impressão que lhe seja favorável. É a *persona* que nos torna capazes de conviver com as pessoas, inclusive com aquelas que nos desagradam. Em regra, as pessoas usam mais de uma máscara: uma em casa, outra no trabalho, outra na escola etc. (Calvin S. Hall e Vernon J. Nordby, *Introdução à psicologia junguiana*. Tradução de Heloysa de Lima Dantas. São Paulo: Cultrix, s/d., p. 36; Lídia Reis de Almeida Prado, *O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial*. 4. ed. Campinas: Millennium, 2008, p. 37).

4.3 A AFETIVIDADE COMO OBRIGAÇÃO JURÍDICA

Estamos estudando, neste capítulo, os modos pelos quais a afetividade, em suas variadas formas de manifestação, se relaciona com o Direito. Vimos, no primeiro item, que a afetividade, por ser constitutiva dos seres humanos, integra toda e qualquer conduta e, por conseguinte, está na base da conduta jurídica. No item anterior, verificamos que o Direito atual tutela a pessoa com todos os seus atributos, de sorte que a afetividade emerge, na dogmática jurídica contemporânea, como um valor a ser preservado pela ordem jurídica. Neste item, enfrentaremos o problema da prestação dos afetos como obrigação jurídica.

Em primeiro lugar, considerando que o conceito de afetividade apresenta-se sob vários aspectos, é necessário saber em que sentido está-se tomando essa expressão, quando se cuida de exigí-la como obrigação jurídica. Com efeito, a afetividade pode ser entendida como parte da energia psíquica que pulsa no interior de cada um de nós; a outra parte é a racionalidade (Freud). A afetividade significa também um fator inerente ao desenvolvimento humano, capaz de projetá-lo para a vida em sociedade (Piaget e Maturana). Pode também ser compreendida como o conjunto dos afetos, isto é, as emoções, as paixões e os sentimentos que compõem a esfera instintivo-afetiva (Debray-Ritzen e Badrig Melekian).

Quando indagamos sobre a possibilidade de exigir a afetividade como obrigação jurídica, normalmente estamos nos referindo ao dever de prestar afeto, de nutrir determinados sentimentos em relação às outras pessoas.

4.3.1 Impasse entre o direito ao afeto e o não dever de prestar afeto

A questão que apresenta neste item é das mais intrigantes para a ciência jurídica. É, verdadeiramente, uma encruzilhada teórica, um nó que precisa ser desfeito por aqueles que se dedicam ao estudo do Direito. A questão é saber se a afetividade pode ser exigida como obrigação jurídica.

O problema é que os afetos são compreendidos pelas ciências psicológicas como processos interiores da personalidade, cuja manifestação independe da vontade, ao passo que o Direito lida com a conduta, isto é, com os comportamentos qualificados pela vontade. Desse modo, podemos concluir sem pestanejar que os afetos não podem ser exigidos como obrigação jurídica.

Essa verdade se torna mais evidente na medida em que descemos às especificações da afetividade. De acordo com Pierre Debray-Ritzen e Badrig Melekian, a afetividade se decompõe em emoções, sentimentos e paixões. São exemplos de emoções o medo, a

cólera, a ansiedade, a angústia; são exemplos de sentimentos a simpatia, a antipatia, o amor, o ódio, o ciúme e a inveja; das paixões não são fornecidos exemplos.²⁶⁸ Em todos os casos, identificamos uma constante, qual seja a de que os afetos independem da vontade. Ao contrário, o ser humano, em se tratando de afetividade, está mais para paciente do que para agente.

Diante disso, o Direito, definitivamente, não pode exigir a prestação de afetos.

A afirmação feita no tópico anterior é da mais alta gravidade porque nos coloca diante de um impasse. Com efeito, a afetividade é o conjunto dos afetos, mas é também concebida como fator estruturante da personalidade, cujo desenvolvimento se apresenta como uma necessidade humana. Por conseguinte, cabe ao Direito a tarefa de preservá-la como um valor jurídico. Por outro lado, não é possível exigir a prestação de afetos como obrigação jurídica, visto que estes independem da vontade.

Considerando ainda que o Direito tem a função de realizar os valores perseguidos pelo homem na vida em sociedade, não é possível deixar de agir para alcançar essa finalidade no que tange à afetividade. Como visto, estamos diante de um impasse.

O problema da prestação de afetos como obrigação jurídica é típico dos tempos atuais e sua solução, ao que parece, deve ser encontrada com as ferramentas da Pós-Modernidade: complexidade e interdisciplinaridade.

De fato, o Direito anterior não se ocupava da proteção da pessoa nem dos atributos da personalidade, contentando-se apenas em proteger o patrimônio material dos indivíduos. O “*como eu me sinto*” pertencia à esfera privada e era assunto da Psicologia. Na Pós-Modernidade, os sentimentos ingressaram na arena pública e passaram a ser objeto de proteção pelo Direito. Vimos no item 4.2, retro, que a consagração da afetividade como valor jurídico é consequência da virada paradigmática da Modernidade para a Pós-Modernidade, das transformações sociais e dos estudos desenvolvidos pelas ciências psicológicas, que detectaram a importância desses aspectos para o desenvolvimento adequado das pessoas, com reflexos sobre a qualidade vida social.

Todavia, esses desenvolvimentos trouxeram em seu bojo o impasse entre a necessidade de se proteger o desenvolvimento e a manutenção da estrutura afetiva e a impossibilidade de se exigir a prestação de afeto como obrigação jurídica. Como dito, a solução para esse impasse deve ser encontrada na complexidade e na interdisciplinaridade, a que nos referimos nos itens 1.2 e 1.3, supra.

²⁶⁸ Pierre Debray-Ritzen e Badrig Melekian, *Perturbações do comportamento da criança*, cit., p 19.

No que se refere à complexidade, Edgar Morin esclarece que o pensamento complexo não evita a contradição, mas a reconhece como um ponto além do qual não se pode avançar. No racionalismo moderno quando surge uma contradição é sinal de erro; na visão complexa, quando se chega à contradição significa que se alcançou a camada mais profunda da realidade. Para Edgar Morin, a complexidade encontra-se onde não se pode superar a contradição.²⁶⁹

A contradição, no caso, resulta justamente da abordagem interdisciplinar do problema, já que a afetividade é, a um só tempo, objeto de estudo do Direito e das ciências psicológicas. Estas dizem que a afetividade é um fator necessário ao amplo desenvolvimento dos seres humanos e, por isso, merece ser tutelada, como mecanismo de proteção da dignidade da pessoa humana; aquele diz que não pode impor a prestação de afetos porque se trata dos processos interiores da personalidade, que não se submetem à vontade.

Então, a solução para o problema pode estar em admitir a contradição e aprofundar a investigação até encontrar um ponto de convergência capaz de solucionar o impasse.

4.3.2 Comportamentos: ponto de contato entre Direito e Psicologia

Devemos lembrar que tanto o Direito quanto a Psicologia lidam com os comportamentos, mas enquanto esta ciência se ocupa de descrevê-los em suas relações de *causalidade*, aquele trata de exigí-los em relações de *finalidade*. Por isso se diz que a Psicologia é ciência do *ser*, enquanto o Direito é ciência do *dever-ser*.²⁷⁰

O professor Miguel Reale explica que as ciências físicas procuram explicar a realidade física, em relações de causa e efeito ou de causalidade, produzindo leis físicas, que não podem ser infirmadas, sob pena de revogação. Já as ciências culturais estudam a realidade cultural, produzindo leis culturais. Estas leis são de duas espécies: *descritivas*, que descrevem a realidade cultural em relações de causalidade, à semelhança das leis físicas; *normativas*, que são as leis éticas, isto é, aquelas que envolvem uma tomada de posição perante a realidade, implicando o reconhecimento da obrigatoriedade de um comportamento. As normas éticas pressupõem sua contrariedade e a respectiva sanção.

²⁶⁹ Edgar Morin, *Introdução ao pensamento complexo*, cit., p. 64. No mesmo sentido é o pensamento de Arthur Kaufmann, referido no item 3.1, supra, ao dizer que o alcance máximo da racionalidade somente ocorre se reconhecermos os seus limites e abriremos espaço para outras forças, como as emoções, as paixões e os instintos (Arthur Kaufmann, *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, cit., p. 29).

²⁷⁰ Miguel Reale, *Filosofia do direito*, cit., p. 23-29.

Nas palavras do professor das Arcadas, “as normas jurídicas brilham quando são contrariadas”.²⁷¹

Um exemplo pode ser útil para a compreensão do que pretendemos demonstrar. Muito se discute na atualidade sobre o problema da paternidade socioafetiva em contraposição com a paternidade biológica. Cabe às ciências descritivas da realidade, como a Medicina e a Psicologia, dizerem o que é pai, sob o ponto de vista biológico e psicológico. A Medicina diz que pai é aquele que detém o mesmo código genético da criança; a Psicologia diz que pai é quem cria e educa, dispensando amparo material e afetivo para a criança e desenvolvendo vínculos de socioafetividade. Pois bem, para o Direito essas informações são relevantes, não para dizer *quem é o pai*, mas para definir *quem deve ser o pai*, em conformidade com os valores vigentes na sociedade em cada momento.

As ciências descritivas são *ciências do ser*, posto que visam descrever a realidade como ela é; as ciências normativas são ciências do *dever-ser*, posto que almejam alcançar uma finalidade, conforme os valores vigentes naquele momento em dada sociedade. De acordo com Miguel Reale, o Direito é ciência do *dever-ser* e, por essa razão, não lhe cabe descrever os fatos da realidade. Sendo assim, o Direito não pode dizer o que é *afeto* ou *afetividade*, devendo buscar esses conceitos na Psicologia, que é a ciência do *ser* e que, portanto, procura estabelecer o que *são* essas coisas, em suas relações de *causalidade*.

Como consequência, a Psicologia diz o que é a afetividade e que a mesma é estruturante da personalidade, cabendo ao Direito dar sentido a essas afirmações, reconhecendo a afetividade como um valor jurídico e determinando a sua realização na vida em sociedade.

4.3.3 Relação entre comportamentos e afetos

De acordo com as lições de Pierre Debray-Ritzen e Badrig Melekian os comportamentos podem ser definidos como “as reações do indivíduo num meio e numa unidade de tempo dados”, objetivamente observáveis, que tanto podem se referir a algum estado afetivo como não. Para esses autores, a atividade psíquica se decompõe em duas esferas: intelectual, que se refere às atividades de inteligência; e instintivo-afetiva, que movimenta, colore e insinua o conteúdo do pensamento. Os comportamentos se inserem na

²⁷¹ Miguel Reale, *Filosofia do direito*, cit., p. 259-264; Miguel Reale, *Lições preliminares de direito*, cit., p. 33-36.

esfera intelectual e a afetividade na esfera instintivo-afetiva, ou seja, os comportamentos se inserem numa esfera do psiquismo que se subordina à vontade (item 2.4.2, supra).

O Direito, portanto, não pode exigir a prestação de afetos, visto que estes independem da vontade, mas pode exigir a prestação de comportamentos, os quais se subordinam à deliberação intelectual.

Cabe notar, porém, que os comportamentos não correspondem necessariamente ao estado afetivo real do agente. Com frequência, um comportamento é a exteriorização de uma emoção, de um sentimento ou de uma paixão, mas isso não é uma relação de necessidade, ou seja, não acontece sempre e da mesma forma. Muitas vezes, por alguma razão, uma pessoa hostiliza outra, por quem sente amor; ou então, por algum motivo, é cordial com outra pessoa, embora intimamente a odeie.

O que se pode entrever nessas afirmações é que, em regra, os comportamentos implicam uma possibilidade de avaliação prévia por parte do agente; não se trata, pois, de uma reação que escapa ao controle da racionalidade. Na maioria das vezes, os comportamentos correspondem ao real estado afetivo do agente, mas isso não é uma relação de necessidade e, mais ainda, um comportamento pode até mesmo contrariar o real estado afetivo e, mesmo assim, ser exibido por deliberação racional do agente.

O Direito cuida de comportamentos, não para descrevê-los, mas para exigí-los como condutas destinadas a alcançar algum fim desejado (finalidade); a Psicologia não exige a prestação de nenhuma conduta, mas analisa suas causas e procura estabelecer seus padrões (causalidade). Disso resulta que, para o Direito, pouco importa que o comportamento corresponda ao real estado afetivo do agente; interessa-lhe que aquela determinada conduta seja prestada com vista ao atendimento de alguma necessidade posta pela sociedade como um valor jurídico.

É indispensável mencionar, ainda, a distinção entre *comportamento*, *conduta* e *ação*, pois esses termos têm significados semelhantes, mas não são sinônimos. Conforme vimos antes, os comportamentos são “reações do indivíduo num meio e numa unidade de tempo dados”. Essas reações são comuns a todos os seres vivos e não apenas aos humanos. Às vezes, se subordinam ao estado afetivo do indivíduo naquele momento; outras vezes, essa correspondência não se mantém.

Nem todo comportamento tem o sentido de realizar uma finalidade almejada pela pessoa ou pela sociedade. Muitas vezes, os comportamentos não têm nenhuma finalidade. Uma pessoa que dança ou que ri, em regra não está objetivando atingir nenhuma finalidade

específica; apenas se *comporta* dessa forma, em razão do seu temperamento e em face das coisas, das pessoas e das situações que tem ao seu redor.

Já a conduta está sempre atrelada à realização de um desiderato. Por essa razão, é própria dos seres humanos, visto que somos os únicos animais com capacidade para nos conduzir de acordo com a nossa vontade e conscientes de nossa autodeterminação.²⁷²

A ação, por seu turno, pode ser definida como a exteriorização da conduta. Surge como decorrência da capacidade de se conduzir e pressupõe sempre uma finalidade eleita pelo sujeito, mas envolve a escolha de um alvo ou objetivo que pretende atingir.²⁷³ Na visão de Hannah Arendt, a ação está estreitamente relacionada à Ética e, portanto, ao Direito, na medida em que sempre se refere ao relacionamento entre as pessoas.²⁷⁴

Sérgio Cavalieri Filho sintetiza bem a relação entre conduta e ação: “Entende-se, pois, por conduta o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas. A ação ou omissão é o aspecto físico, objetivo, da conduta, sendo a vontade o seu aspecto psicológico, ou subjetivo”.²⁷⁵

Podemos dizer que todos os animais são capazes de comportamento, mas somente os humanos são capazes de conduta, em razão da sua capacidade de autodeterminação. Mas nem todos os comportamentos humanos dizem respeito ao Direito, porque alguns são destituídos de sentido e de direção, ou seja, não são condutas e, por isso, não interessam ao mundo jurídico.

Portanto, o que constitui objeto da Ética e, por conseguinte, do Direito é a ação consciente, própria dos seres humanos, direcionada para alguma finalidade, ainda que tal ação não corresponda exatamente ao verdadeiro estado afetivo do agente no momento em que a pratica.

4.3.4 Comportamento afetivo e comportamento pró-afetivo

Já vimos ao longo deste estudo que os comportamentos são manifestações da atividade psíquica, a qual se compõe de duas esferas: intelectual e afetiva. Um comportamento pode corresponder exatamente a algum estado afetivo, mas pode perfeitamente não obedecer a essa correspondência, atendendo mais ao aspecto intelectual.

²⁷² No dizer de Miguel Reale, a conduta pressupõe uma tomada de posição e um sentido de direção (*Filosofia do direito*, cit., p. 378).

²⁷³ Para Miguel Reale, essa finalidade é sempre um valor (*Filosofia do direito*, cit., p. 379).

²⁷⁴ Hannah Arendt, *A condição humana*, cit., p. 31.

²⁷⁵ Sérgio Cavalieri Filho, *Programa de responsabilidade civil*, 6. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 46. No mesmo sentido, confira-se Fernando Noronha, *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 48.

Vimos também que podemos chamar de *comportamento afetivo* aquele que corresponde exatamente ao estado afetivo do organismo no momento de sua manifestação (vide item 2.4.4, supra).

Mas é certo também que as pessoas podem se comportar de modo contrário ao seu real estado afetivo, isto é, ao sentimento, à paixão ou à emoção vivenciada em determinado instante, porém guiadas pelo intelecto, com o intuito de alcançar alguma finalidade. Na verdade, as pessoas fazem isso com bastante frequência, já que a vida em sociedade exige que nos comportemos de modo adequado à preservação dos nossos interesses e dos interesses das demais pessoas.²⁷⁶

No que se refere aos laços de afetividade, essa afirmação é ainda mais perceptível, pois não é raro que uma pessoa seja afável e cordial com outra, sem que esse comportamento corresponda realmente o seu sentimento interior, ou, então, que mantenha relações amistosas com alguém que na realidade lhe causa repulsa ou desprezo.

Já vimos com Freud e Piaget que o desenvolvimento e a manutenção da estrutura afetiva são necessários ao adequado desenvolvimento da personalidade (itens 2.2 e 2.3, supra). Aprendemos com Maturana que a Ética é relacional, não sendo possível despontar algum tipo de afeto por outra pessoa enquanto esta não for admitida como legítimo outro na convivência (item 3.4, supra). Soma-se a isso o raciocínio desenvolvido por Agnes Heller e Ferenc Fehér no sentido de que a responsabilidade é definida pela situação de comando ou de controle.²⁷⁷

Assim, considerando uma criança sob poder familiar, que necessita desenvolver e manter os laços de afeto para se estruturar adequadamente, é dos pais a responsabilidade pelo desenvolvimento da sua personalidade, inclusive no que se refere à estrutura afetiva. Em vista disso, é razoável exigir que os pais, a despeito dos sentimentos, das emoções e das paixões que os dominam em cada momento, se comportem de maneira a viabilizar o desenvolvimento dos afetos, mantendo um mínimo de relacionamento com os filhos.

Aos comportamentos que visam a manutenção de determinados relacionamentos, ou seja, que se destinam a promover o surgimento, o desenvolvimento e a manutenção dos laços afetivos, podemos dar o nome de *comportamentos pró-afetivos*.

Um exemplo pode ajudar a compreender a hipótese. Um homem desconhece o fato de que é pai de um garoto que já conta 10 anos de idade. Ao tomar conhecimento da

²⁷⁶ Relembre-se a noção de *persona*, na doutrina de Karl Gustav Jung, a que nos referimos na nota 265, supra.

²⁷⁷ Agnes Heller e Ferenc Fehér, *A condição política pós-moderna*, cit., p. 94-95.

existência do filho, não possui nenhum laço afetivo com a criança, podendo até se sentir desconfortável com essa situação, em virtude de problemas de relacionamento com a mãe. Não se pode exigir que esse homem tenha um comportamento afetivo para com o filho que acaba de conhecer, isto é, aqueles comportamentos que correspondem exatamente ao seu estado afetivo, visto que seus sentimentos, paixões e emoções naquele momento podem levá-lo exatamente a se afastar da criança.

Considerando, porém, que a afetividade surge e se desenvolve nos relacionamentos e que esse surgimento e desenvolvimento são fundamentais para a formação da personalidade da criança e do próprio pai, é possível pensar em exigir a prestação de condutas que favoreçam o aparecimento dos afetos, ou seja, é possível exigir a prestação de *comportamentos pró-afetivos*, ainda que num primeiro momento não correspondam aos sentimentos, emoções e paixões que envolvem aquelas pessoas.

Em suma, *comportamento afetivo* é aquele que corresponde exatamente ao estado afetivo da pessoa no momento da sua manifestação. *Comportamento pró-afetivo* é aquele tendente a possibilitar o surgimento e o desenvolvimento dos laços de afetividade, ainda que não correspondam aos estados afetivos ostentados no momento da prestação.

4.3.5 O comportamento pró-afetivo como obrigação jurídica

Como visto, não se pode exigir os afetos como obrigação jurídica, uma vez que estes não se subordinam à vontade. No entanto, a afetividade é um valor necessário à existência humana, cabendo ao Direito encontrar meios para realizá-la e para protegê-la contra possíveis agressões. Então, refaz-se a pergunta: de que maneira o Direito pode realizar esse valor reputado necessário para a vida em sociedade? Não o podendo exigir diretamente, poderia então atuar de maneira indireta para alcançar essa finalidade?

Em primeiro lugar, devemos estabelecer a relação entre comportamentos e afetividade. Parece dedutível dos seus conceitos que a afetividade se realiza nos comportamentos intersubjetivos, isto é, dos relacionamentos. Com efeito, não é possível dizer que alguém manifesta algum afeto – ódio, amor, inveja, admiração etc. – por outra pessoa com a qual jamais tenha mantido algum tipo de relacionamento. É preciso, ao menos, que se tenha tomado conhecimento da outra pessoa – e de sua circunstancialidade – para que se possa manifestar algum tipo de sentimento, de emoção ou de paixão a seu respeito.

Se isso puder ser concedido, ou seja, que a aproximação entre as pessoas é necessária à formação e ao desenvolvimento da afetividade, bem como que esta é um valor a ser

prestigiado pelo Direito, parece razoável dizer que o Direito pode exigir os comportamentos que possibilitem a aproximação entre as pessoas e, por conseguinte, a formação e o desenvolvimento da afetividade. É nesse ponto que se dá o contato entre o Direito e a Psicologia: o comportamento induz a afetividade e o Direito pode impor comportamentos que induzam a afetividade.

E quais poderiam ser esses comportamentos? Genericamente, poderíamos falar em aproximação, com o que uma pessoa não negaria à outra o direito de se aproximar minimamente. Mas, descendo às especificações desse comportamento fornecidas por Pierre Debray-Ritzen e Badrig Melekian, podemos identificar a cordialidade, a hostilidade, a amabilidade, a grosseria etc., que pertencem à categoria dos comportamentos e, portanto, são manifestações exteriores da pessoa que dependem da vontade.

Em segundo lugar, devemos ter presente, ainda conforme as lições de Debray-Ritzen e Melekian, que os comportamentos são aspectos exteriores da personalidade que podem eventualmente corresponder a algum estado afetivo, podem não corresponder a nenhum estado afetivo ou, como frequentemente acontece, podem até contrariar o estado afetivo do obrigado (item 2.4.3, *supra*).

Em regra, quando o Direito exige um comportamento como obrigação jurídica, é bem provável que esse comportamento não se enquadre entre aqueles que correspondem ao verdadeiro estado afetivo do obrigado, tanto que não foi prestado espontaneamente e se fez necessária a intervenção da Jurisprudência. Mas, por outro lado, se uma conduta, isto é, o comportamento qualificado pela vontade, veio a ser exigida pelo Direito, é porque em determinado momento a coletividade considerou valiosa essa prestação, a ponto de ser imposta ao indivíduo. Há uma nítida diferença de perspectivas: a do obrigado, de quem se exige a prestação da conduta; e a da coletividade, cujo interesse determina que se exija a prestação daquela conduta reputada valiosa.

Ora, quando o Direito impõe uma obrigação, não importa se o comportamento exigido corresponde a algum afeto. Por exemplo, quando o Direito Civil impõe que o devedor pague a dívida até a data do vencimento, importa-lhe que a prestação seja entregue, independentemente de que isso traga felicidade ou desgosto ao obrigado; quando o Direito Penal impõe a pena ao criminoso, importa-lhe que a mesma seja cumprida, a despeito da contrariedade do condenado. Nessas hipóteses, é evidente que a conduta exigida não corresponde ao real estado afetivo do obrigado; ao contrário, lhe é contraposta. Mas essa conduta deve atender ao interesse da coletividade, que é representado pela norma jurídica. Então, se a sociedade reputa necessária a prestação de uma determinada conduta,

a norma jurídica transforma essa vontade em finalidade e obriga os indivíduos a atendê-la. Nesse caso, a prestação visa à satisfação do interesse da coletividade e corresponde ao seu estado afetivo. Em suma, o sentimento coletivo prevalece em relação ao sentimento individual.²⁷⁸

Pois bem. O *comportamento afetivo* não pode ser exigido juridicamente, pois seria absurdo postular que alguém prestasse determinada conduta e, mais, que essa conduta correspondesse exatamente ao seu estado afetivo no momento da prestação. Isso, porém, não é óbice para que se exija a conduta necessária à realização dos valores vigentes na sociedade, visto que para o Direito interessa apenas que a conduta seja prestada, em condições de atender à finalidade almejada.

No caso da afetividade, concedido que se trata de um valor cuja realização deve ser perseguida pelo Direito e que o surgimento dos afetos se dá no âmbito dos relacionamentos, é possível exigir a prestação de condutas tendentes a possibilitar o aparecimento e o desenvolvimento dos afetos. Ou seja, pode-se exigir a prestação de *comportamentos pró-afetivos*, ainda que tais comportamentos não correspondam ao estado afetivo do obrigado ou até o lhe sejam contrários, no momento da prestação.²⁷⁹

Se é fato, por exemplo, que o relacionamento com o pai é de fundamental importância para o desenvolvimento da personalidade da criança, o Direito pode exigir daquele que aquele mantenha um mínimo de relacionamento capaz de possibilitar o surgimento e o desenvolvimento dos afetos; pode também exigir que a mãe não ofereça

²⁷⁸ Pablo Verdù afirma, com esteio em Charles Adler, que o Direito se liga a uma espécie de solidariedade, em que os direitos subjetivos se estabelecem por força da vontade coletiva: “disso se deduz que jamais um direito individual pode durar mais do que o convencimento unânime da nação. O indivíduo só adquire direitos mediante um querer individual que esteja em harmonia com a vontade coletiva. Sem dúvida, não existem direitos individuais que brotem diretamente da lei, pois é preciso que o indivíduo manifeste uma vontade capaz de assimilá-los. Entretanto, uma manifestação da vontade individual contrária à vontade coletiva é intolerável; e a vontade coletiva é praticamente a lei em vigor” (Pablo Lucas Verdù, *O sentimento constitucional*, cit., p. 30-31). No mesmo sentido é a lição do civilista italiano Massimo Bianca, para quem a autonomia privada se baseia na liberdade individual, mas a esta se subordina ao princípio da solidariedade social: “L’autonomia privata rappresenta ancora un aspetto ineliminabile della libertà della persona, e cioè la libertà negoziale. Ma che l’idea secondo la quale solo ed esclusivamente l’individuo può essere giudice dei suoi interessi non ha più riscontro nella società del nostro tempo. Il riconoscimento della libertà del singolo s’inserisce ormai in una concezione dell’ordinamento che s’ispira al prevalente valore della solidarietà sociale, quale valore di fondo della nostra Costituzione. Questo valore trova la sua prima espressione nel principio dell’egualianza di fatto che ha integrato il tradizionale principio dell’egualianza giuridica. Il principio dell’egualianza giuridica conserva piena validità, ma ora la Costituzione impone allo Stato di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano di fatto la libertà e l’egualianza dei cittadini” (Cesare Massimo Bianca, *Diritto civile*, 2. ed. Milano: Giuffrè, 2000, p. 32-33).

²⁷⁹ Yves de La Taille, baseado em Piaget, afirma que frequentemente somos obrigados a agir contra nossos interesses ou moveis (Yves de La Taille, *Desenvolvimento do juízo moral e afetividade na teoria de Jean Piaget*, cit., p. 65).

óbice injustificado ao relacionamento entre pai e filho. Como visto, não se trata de obrigar o pai a amar ou proibir de odiar o filho, mas simplesmente de exigir condutas que favoreçam o surgimento e o desenvolvimento dos afetos entre pais e filhos, como fator estruturante da personalidade de ambos – principalmente, dos filhos.

Portanto, é razoável concluir que o Direito, conquanto não possa exigir diretamente a afetividade como obrigação jurídica, pode alcançar essa finalidade de maneira indireta, impondo aos indivíduos condutas que induzam a manifestação dos afetos. Para alcançar esse desiderato, o Direito já dispõe de instrumentos eficazes, que vão desde a regulamentação de visitas, passando pela cominação de multa ante o descumprimento do regime fixado até a condenação ao pagamento de indenização por abandono afetivo, conforme veremos no Capítulo 6, adiante.

5

A AFETIVIDADE NAS RELAÇÕES JURÍDICAS

Já dissemos que a afetividade está na base da conduta humana. Considerando que o Direito cuida das condutas exigíveis mediante coerção, conclui-se logicamente que a afetividade encontra-se na base de toda conduta jurídica. Sua influência pode ser sentida em todos os ramos do Direito, porém é mais evidente no Direito Criminal, em que a condição afetiva do agente caracteriza agravante ou atenuante dos crimes e reflete diretamente sobre a gradação e a aplicação das penas;²⁸⁰ e no Direito de Família, uma vez que a existência de laços afetivos é *conditio sine qua non* para a configuração das famílias.

Tendo em vista os propósitos deste trabalho, deixaremos de abordar as hipóteses específicas nas quais a afetividade influencia o Direito Criminal e os demais ramos do Direito. Aqui, limitaremos nossa abordagem ao Direito Constitucional, ao Direito Civil e ao Direito de Família.

5.1 A AFETIVIDADE NO DIREITO CONSTITUCIONAL

Partindo da assertiva de que a afetividade está na base de toda conduta jurídica, é necessário dizer que a promulgação de uma Constituição é, antes de tudo, a expressão do sentimento da nação.

Pablo Lucas Verdù recorre às lições de Vincenzo Miceli para dizer que o Direito se baseia nas *convicções* determinadas pela consciência jurídica. O que determina a positividade de uma norma não é a existência de um poder ou sanção, mas sim a convicção de que aquela norma existe de tal modo e não poderia existir de modo diverso. Sendo assim, as normas não surtiriam efeito se não atravessassem as consciências, determinando-lhes o modo de pensar, de sentir e de querer.

²⁸⁰ O saudoso professor Júlio Fabrini Mirabete, em seu precioso *Manual de direito penal*, explica que, de acordo com o art. 28 do Código Penal, a emoção e a paixão não excluem a punibilidade. No entanto, esses estados afetivos são aptos a alterar o rigor da pena aplicada aos crimes cometidos sob seus efeitos. Com efeito, o art. 65, III, c, última parte, do Código Penal, prevê a incidência de atenuante genérica, quando o crime é cometido *sob influência de violenta emoção*. Além disso, os arts. 121, § 1º, e 129, § 4º, do Código Penal preveem a incidência de atenuante específica da pena, nos casos de homicídio ou lesão corporal praticados *sob o domínio de violenta emoção* (Júlio Fabrini Mirabete, *Manual de direito penal*, 4. ed. São Paulo: Atlas, 1989, v. 1, p. 219-221).

Para esse autor, o sentimento jurídico é fundamental para a conceituação do Direito e para a qualificação do sentimento constitucional, visto que está relacionado com a efetividade e o prestígio da ordem fundamental e repercute sobre a adesão às normas constitucionais, sobre suas fontes produtivas, sobre sua interpretação e sua aplicação. O sentimento jurídico supõe a implicação com o ordenamento jurídico e com a ideia de justiça que o inspira:

Sentir juridicamente é implicar-se com o direito vigente. Sentimento jurídico aparece como afeto mais ou menos intenso pelo justo e equitativo na convivência. O sentimento jurídico é a convicção emocional, intimamente vivida por um grupo social, sobre sua crença na justiça e na equidade do ordenamento positivo vigente, que motiva a adesão em relação a este (afecção positiva) e o rechaço ante sua transgressão (afecção negativa) (...) Em resumo, o sentimento jurídico aparece como expressão emotiva do justo e equitativo na convivência. Sua justificação depende de critérios de solidariedade e bem-estar geral.²⁸¹

Quem teve oportunidade de acompanhar o processo que culminou com a Constituição de 1988 pode melhor aquilatar a extensão do que ora se afirma. Quem não teve essa oportunidade, pode ao menos perceber, pela análise dos fatos históricos que antecederam a Constituição, que aquele documento espelha nada mais, nada menos, do que a eclosão de todas as angústias, todos os sentimentos e todos os anseios de um povo, razão pela qual o deputado Ulisses Guimarães, presidente da Assembleia Nacional Constituinte, em seu memorável discurso de promulgação, batizou a carta de Constituição Cidadã.²⁸²

Só por esse ângulo de visão, já seria possível ligar a Constituição e o estudo do Direito Constitucional diretamente à afetividade, concedido que não existem nem um nem outro sem a vontade, sem o sentimento e sem a determinação das pessoas que compõem o povo; vontade, sentimento e determinação que, no caso, foram expressos pelos 559 deputados e senadores que compuseram o Congresso Constituinte.

Todavia, a Constituição não é somente a expressão instantânea e momentânea da vontade e do sentimento do povo, mas também e principalmente uma deliberação legislativa voltada para o futuro, que formatou o Estado brasileiro e lhe deu diretrizes de

²⁸¹ Pablo Lucas Verdù, *O sentimento constitucional*, cit., p. 34 e 69.

²⁸² Luís Roberto Barroso assinala que “Sob a Constituição de 1988, o Direito Constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um sentimento constitucional no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor” (Luís Roberto Barroso, *O neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 851, nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 11 mar. 2007).

ação. Isso significa que a Constituição não é um documento estanque, mas sim uma legislação consequente, voltada para produzir efeitos e direcionar a vida em sociedade.

Nesse segundo viés, ou seja, no desencadeamento dos efeitos da vontade do povo, a Constituição se desdobra em atos a serem praticados por todos na vida em sociedade, os quais, por sua vez, são também imbuídos dos aspectos constitutivos dos seres humanos, dentre os quais destacamos o aspecto afetivo.

Trazendo as formulações produzidas na primeira parte deste estudo, significa dizer que a afetividade ingressa na Constituição no momento da sua formulação e, posteriormente, nos seus efeitos. Vale dizer que, também no plano a Constituição, a afetividade encontra-se na base da conduta jurídica e é considerada um valor jurídico; está na base das condutas jurídicas que deram origem à Constituição e, posteriormente, tornou-se objeto de proteção pelo texto constitucional.

5.1.1 A centralidade da pessoa humana

A Constituição de 1988 produziu uma verdadeira revolução no estudo do Direito Constitucional brasileiro, principalmente com o surgimento de uma nova corrente doutrinária denominada neoconstitucionalismo. Para os adeptos dessa corrente, o novo constitucionalismo se caracteriza pela centralidade da pessoa humana, pela força cogente dos princípios consagrados na Constituição e pela necessidade de releitura do direito à luz das normas e princípios constitucionais.²⁸³

De fato, a Constituição consagrou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da ordem jurídica. Essa, sem dúvida, não foi uma deliberação isolada do constituinte brasileiro, mas sim a adesão a um movimento que se pôs em curso em todo o mundo ocidental, a partir do pós-guerra.²⁸⁴ Isso significa simplesmente que no Direito

²⁸³ Nas palavras de Luís Roberto Barroso, “o neoconstitucionalismo ou novo Direito Constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no Direito Constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e Ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito” (O neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito, cit.).

²⁸⁴ A exemplo, confirmam-se a Constituição portuguesa de 1976, art. 1º: “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”; a Constituição espanhola de 1978, art. 10.1: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”; a Constituição

contemporâneo a pessoa humana ocupa lugar central nos ordenamentos jurídicos, ou seja, que o Direito está centrado na realização da dignidade humana.

Luís Roberto Barroso sustenta que “Ao término da Segunda Guerra Mundial, tem início a reconstrução dos direitos humanos, que se irradiam a partir da dignidade da pessoa humana, referência que passou a constar dos documentos internacionais e das Constituições democráticas, tendo figurado na Carta brasileira de 1988 como um dos fundamentos da República (art. 1º, III). A dignidade humana impõe limites e atuações positivas ao Estado, no atendimento das necessidades vitais básicas, expressando-se em diferentes dimensões”.²⁸⁵

Além disso, considerando que todo o Direito deve ser interpretado à luz da Constituição, a inscrição da dignidade humana como fundamento da ordem jurídica promoveu um verdadeiro giro epistemológico, a que se convencionou chamar de *despatrimonialização* ou *repersonalização* do Direito Privado (vide item 5.2.1, abaixo). De fato, o Direito moderno, fundado a partir da Revolução Francesa, era voltado para a proteção do indivíduo e do patrimônio, ao passo que o Direito atual, reconstruído a partir da Segunda Guerra Mundial, tem por núcleo a proteção da pessoa e da sua dignidade.²⁸⁶

Assim, proteger a pessoa e sua dignidade significa proteger todos os aspectos da sua personalidade. Não somente os bens de natureza material, mas também aqueles que não têm conteúdo econômico imediato e, por isso, são chamados de bens morais. A afetividade é indissociável dos seres humanos e colabora, ao lado da intelectualidade, para a construção da pessoa em sua individualidade e nas suas relações com as outras pessoas e com a sociedade.

Logo, ao inscrever a dignidade da pessoa humana como valor fundamental, a Constituição de 1988 condicionou todo o ordenamento jurídico: toda lei, toda decisão judicial, todo ato ou negócio jurídico deve ser orientado para a preservação desse valor

alemã de 1949, art. 1º: “1 A dignidade do homem é intocável. 2 Respeitá-la e protegê-la é a obrigação do aparelho estatal”.

²⁸⁵ Luís Roberto Barroso, O neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito, cit.

²⁸⁶ Luís Roberto Barroso afirma que “o princípio [da dignidade da pessoa humana] promove uma despatrimonialização e uma repersonalização do Direito Civil, com ênfase em valores existenciais e do espírito, bem como no reconhecimento e desenvolvimento dos direitos da personalidade, tanto em sua dimensão física quanto psíquica” (O neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito, cit.). No mesmo sentido, Luiz Edson Fachin assegura que “O direito civil assenta-se sobre a noção de patrimônio. O movimento da ‘repersonalização’ coloca no centro as pessoas e suas necessidades fundamentais. Isso se conecta à noção de dignidade humana, enquanto fundamento da ordem jurídica” (*Teoria crítica do direito civil*, cit., p. 78). A ideia tem origem na obra de Pietro Perlingieri (*Perfis do direito civil*. Tradução de Maria Cristina de Cicco, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 33).

maior: a pessoa. E no âmago da pessoa encontra-se a afetividade, em suas várias nuances, a merecer especial proteção constitucional.²⁸⁷

5.1.2 A força cogente dos princípios constitucionais

De outra parte, há consenso entre os constitucionalistas atuais em que os princípios inscritos na Constituição obrigam do mesmo modo que as normas jurídicas.²⁸⁸ Não são mais apenas referências axiológicas às quais o intérprete recorre em caso de lacuna da lei diante dos casos concretos. Nesse sentido, é forçoso reconhecer, com Lucas Abreu Barroso, que o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, embora não revogado expressamente, não tem mais aplicação.²⁸⁹

Merece menção expressa o magnífico Capítulo 8 da obra de Paulo Bonavides, no qual o autor discorre longamente sobre a função dos princípios na formação e na aplicação do Direito através dos tempos até concluir que na fase atual, que é a do pós-positivismo, os princípios passaram a integrar as Constituições e, com isso, adquiriram força normativa: “A terceira fase, enfim, é a do pós-positivismo, que corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas do século XX. As novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual se assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”.²⁹⁰

Dentre os princípios consagrados ao longo da Constituição, merece destaque o da igualdade, previsto no *caput* do art. 5º e em vários outros dispositivos, além do princípio de

²⁸⁷ Luís Roberto Barroso defende que a Constituição não é apenas um sistema em si, mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito, visto que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, a fim de realizar os valores nela consagrados (O neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito, cit.).

²⁸⁸ Esse, por exemplo, é o entendimento sustentado por Gustavo Tepedino: “É preciso pois superar os velhos limites das doutrinas do direito constitucional tendentes a restringir a atuação das chamadas normas programáticas, não autoaplicáveis. Toda regra constitucional é norma jurídica com efeitos imediatos sobre o ordenamento infraconstitucional. A Constituição é toda ela norma jurídica, seja qual for a classificação que se pretenda adotar, hierarquicamente superior a todas as demais leis da República, e, portanto, deve condicionar, permear, vincular diretamente todas as relações jurídicas, públicas e privadas. Assim estando as coisas, não parece consentido ao Poder Executivo, ou mesmo ao Poder Legislativo ordinário e muito menos ao intérprete pretender alterar o Estado social de direito delineado pelo constituinte sem que antes tratasse de propor, mediante emendas constitucionais, modificação do ordenamento constitucional. Chega a ser por isso mesmo impressionante a atitude dos que pretendem, mediante arroubos de convicção pessoal, fundar um Estado neoliberal, a despeito dos princípios definidos pelo constituinte e em pleno vigor” (Gustavo Tepedino, *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 205). Confira-se também Pietro Perlingieri, *Perfis do direito civil*, cit., p. 11, 16 e 294.

²⁸⁹ Lucas Abreu Barroso, Situação atual do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 5, jan./jun. 2005.

²⁹⁰ Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 264.

solidariedade, previsto no art. 3º, I. Ambos são correlatos ao princípio fundamental da dignidade humana e imantam todas as normas e todos os demais princípios.²⁹¹

O princípio da igualdade é remanescente da Revolução Francesa e encontra-se em franca crise de significado, a começar porque não existem duas coisas iguais. A igualdade levada às últimas consequências conduz à impossibilidade, pois o simples fato de haver duas coisas já pressupõe a individualidade e a desigualdade, ainda mais quando se trata de pessoas.

O que nos socorre, na contemporaneidade, é o pensamento complexo, cujas características foram expostas no item 1.2, supra, que reinterpreta o princípio da igualdade, enfrentando a desigualdade e a individualidade. Igualdade hoje significa isonomia, em que todas as pessoas são iguais em direitos e obrigações e têm direito de receber tratamento igualitário, seja nas suas relações privadas, seja nas relações com as corporações e com o próprio Estado. Um tal princípio, porém, leva em consideração a individualidade e a circunstancialidade das pessoas: trata-se, pois, de uma igualdade relativa.

O princípio da solidariedade também orienta a vida das pessoas em suas relações privadas e para com o Estado. Significa simplesmente a superação do individualismo que caracterizava as relações humanas e, em especial, as relações jurídicas, desde a Revolução Francesa. Significa, outrossim, que não existem direitos absolutos, mas que todos devemos viver em cooperação e que os direitos são exercidos em conformidade aos demais direitos.

O princípio de solidariedade está em linha com a ética relacional de Piaget e Maturana, pois pressupõe os seres humanos na vida em sociedade. O Direito e a Moral resultam dos relacionamentos e, portanto, são impregnados pelo princípio de solidariedade. Todavia, ao contrário do que se pode supor à primeira vista, a solidariedade não se refere somente às preocupações com o outro, mas também é imprescindível para a construção do próprio *eu*. É o que nos lembra Piaget, ao dizer que “a personalidade é o indivíduo se submetendo voluntariamente às normas de reciprocidade e de universalidade”; e Giselle Groeninga, com lastro em Freud, ao afirmar que “é na intersubjetividade que se constrói a subjetividade”.²⁹²

²⁹¹ Na dicção de Rodrigo da Cunha Pereira, “A dignidade é um macroprincípio sob o qual irradiam e estão contidos outros princípios e valores essenciais como a liberdade, a autonomia privada, a cidadania, a igualdade, a alteridade e a solidariedade” (Rodrigo da Cunha Pereira, *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 94).

²⁹² Jean Piaget, *Études sociologiques*, Genebra-Paris: Droz, 1997, p. 242, apud por Yves de La Taille, O lugar da interação social na concepção de Jean Piaget, cit., p. 16; Giselle Câmara Groeninga, *Família*, cit.

Pois bem. Considerando que todo o Direito se subordina à Constituição, alguns respeitáveis autores têm afirmado a constitucionalização do Direito Privado, diante da constatação de que toda norma jurídica está imantada pelos princípios inscritos na Constituição. Para os adeptos dessa corrente doutrinária, os princípios constitucionais são normas jurídicas que se aplicam diretamente aos casos concretos e as leis civis devem ser aplicadas sob estrita observância a esses princípios.²⁹³

A afetividade se evidencia na Constituição como corolário ao princípio da solidariedade, visto que as pessoas participam da vida social com todos os atributos da personalidade, dentre os quais destacamos a estrutura psíquica e a capacidade para se relacionar. E daí se espalha para todo o ordenamento jurídico, condicionando as ações na vida em sociedade.

5.1.3 O princípio jurídico da afetividade

Já foi sobejamente esclarecido que o ser humano de que cuidamos na atualidade não é mais o homem racional despojado de sua circunstância, mas sim o ser circunstante, inserido no meio ambiente e, sobretudo, o ser complexo, com todas as características inerentes e indissociáveis do animal humano. É o ser humano racional, mas também afetivo, religioso, transcendental, impulsivo, político etc.

Concedido que a afetividade é constitutiva dos seres humanos, é forçoso concluir que a Constituição também protege esse aspecto da pessoa humana. Concedido, sob outro prisma, que as relações de afeto constituem um valor vigente na sociedade, sua proteção se inicia com a proteção da dignidade humana e se desdobra nos princípios da igualdade e da solidariedade, previstos na própria Constituição.

²⁹³ A esse respeito, confira-se O neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito, cit.: “O processo de constitucionalização do Direito Civil, no Brasil, avançou de maneira progressiva, tendo sido amplamente absorvido pela jurisprudência e pela doutrina, inclusive civilista. Aliás, coube a esta, em grande medida, o próprio fomento da aproximação inevitável. Ainda se levantam, aqui e ali, objeções de naturezas diversas, mas o fato é que as resistências, fundadas em uma visão mais tradicionalista do direito civil, dissiparam-se em sua maior parte. Já não há quem negue abertamente o impacto da Constituição sobre o Direito Privado. A sinergia com o direito constitucional potencializa e eleva os dois ramos do Direito, em nada diminuindo a tradição secular da doutrina civilista”. Também Paulo Bonavides, em seu festejado Capítulo 8, afirma a força normativa dos princípios: “A proclamação da normatividade dos princípios em novas formulações conceituais e os arestos das Cortes Supremas no constitucionalismo contemporâneo corroboram essa tendência irresistível que conduz à valoração e eficácia dos princípios como normas-chave de todo o sistema jurídico; normas das quais se retirou o conteúdo inócuo da programaticidade, mediante o qual se costumava neutralizar a eficácia das Constituições em seus valores reverenciais, em seus objetivos básicos, em seus princípios cardeais” (Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 286).

Rodrigo da Cunha Pereira escreve que o Direito de Família deve se nortear pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e pela afetividade que, no seu modo de ver, elevou-se de valor jurídico à categoria de princípio. O autor argumenta que o Código Civil não é capaz de atender todas as demandas do Direito de Família, havendo necessidade de recorrer à principiologia jurídica. A dignidade da pessoa humana e a afetividade são os princípios que devem nortear o Direito de Família.²⁹⁴

Paulo Luiz Netto Lobo também defende que, sob o prisma jurídico, a afetividade constitui um princípio constitucional e não apenas uma petição de princípio. O que o autor quer dizer é que não se trata apenas de um fato sociológico ou psicológico, mas de um princípio que encontra assento na própria Constituição, ao lado de outros princípios como o da igualdade e o da solidariedade. De acordo com esse autor, no estágio atual da nossa sociedade, a família superou a primitiva feição biológica, patriarcal e patrimonial que a caracterizava, para assentar-se preponderantemente sobre as relações de afeto. Essa nova feição da família encontra lastro na própria Constituição, que reconhece a igualdade entre os filhos biológicos e adotivos, a adoção como escolha afetiva e atribui natureza familiar à entidade formada por qualquer dos pais e seus filhos, inclusive os adotivos.²⁹⁵

Na mesma linha de raciocínio, Sérgio Resende de Barros afirma que a afeição é um fato social jurígeno que gera direitos e obrigações acerca de vários bens e valores. E arremata que a Constituição extrai da afeição a sua energia social imanente para reconhecer obrigações e direitos fundados originariamente no afeto.²⁹⁶

Devemos acrescentar a isso que a Constituição inscreve entre os objetivos do Estado a construção de uma sociedade solidária e a promoção do bem de todos (art. 3º, I e IV). A solidariedade, que figura entre os princípios do Estado moderno desde a Revolução Francesa, pressupõe o relacionamento entre as pessoas na vida em sociedade, ou seja,

²⁹⁴ Rodrigo da Cunha Pereira, Uma principiologia para o direito de família. In: Rodrigo da Cunha Pereira, *Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 843-851.

²⁹⁵ Paulo Luiz Netto Lobo, Princípio jurídico da afetividade na filiação, cit. Ver também, do mesmo autor, *Entidades familiares constitucionalizadas, para além dos numerus clausus*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>>. Acesso em: 17 mar. 2009. Em seu mais recente trabalho, o autor assim escreveu: “A afetividade como princípio jurídico fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico. Recebeu grande impulso dos valores consagrados na Constituição de 1988 e resultou da evolução da família brasileira nas últimas décadas do século XX, refletindo na doutrina jurídica e na jurisprudência dos tribunais” (Paulo Luiz Netto Lobo. A nova principiologia do direito da família e suas repercussões. In: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka; Flávio Tartuce; José Fernando Simão (Coord.). *Direito de família e das sucessões*: temas atuais. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009).

²⁹⁶ Sérgio Resende de Barros, A tutela constitucional do afeto. In: Rodrigo da Cunha Pereira. *Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 881-889.

pressupõe a existência de trocas afetivas. Sendo assim, a construção de uma sociedade solidária passa, necessariamente, pela valorização das relações intersubjetivas para as quais é fundamental a qualidade dos afetos. Não basta que o Estado promova relacionamentos, mas que invista na qualidade das relações humanas, visto que, de acordo com Piaget e com as demais teorias analisadas no Capítulo 3, supra, é isso que determina a qualidade da vida em sociedade.

Por outro lado, ao dizer que o Estado tem como objetivo a promoção do bem de todos, a Constituição está a dizer que o Estado deve investir na qualidade de vida das pessoas que lhe dão conteúdo. No entanto, investir nas pessoas significa fornecer-lhes condições materiais de sobrevivência e também garantir que tenham uma estrutura psíquica saudável e equilibrada. Vale dizer, o Estado tem que investir em bens materiais que proporcionem conforto às pessoas, mas deve também velar para que estas tenham uma estrutura psíquica saudável, visto que estes aspectos, em conjunto, compõem os seres humanos e os qualificam para a vida em sociedade. A bem da verdade, ao investir nas pessoas, o Estado, a rigor, está investindo em si mesmo, pois é a qualidade das pessoas e de suas relações que determina a qualidade e o grau de desenvolvimento do próprio Estado.

Nessas condições, o *princípio da afetividade*, conquanto não se ache inscrito expressamente na Constituição, desponta como um novo valor a ser preservado pela ordem constitucional, como forma de realização do próprio Estado. O *princípio da afetividade*, que é correlato ao princípio da solidariedade, deve reger as relações humanas e permear a aplicação das normas jurídicas de um modo geral. Mas não é apenas sob esse prisma que a afetividade deve ser considerada um princípio. Verdade é que a afetividade é indissociável dos seres humanos e integra toda conduta, de modo que não se pode pensar em nenhuma ação jurídica que não seja influenciada pelos aspectos afetivos da personalidade. Por outro lado, por ser constitutiva da personalidade, a estrutura psíquica se converte num valor a ser preservado na órbita do direito.

Assim, podemos anuir sem assombro à afirmação de que a afetividade é um princípio jurídico, não somente por encontrar-se subentendido no texto constitucional, mas porque permeia toda conduta jurídica e também porque é um valor jurídico a ser protegido.

5.1.4 Eficácia imediata dos direitos fundamentais

A Constituição vincula e determina a aplicação direta dos direitos fundamentais, que nada mais são do que desdobramentos e especificações do princípio fundamental da

dignidade da pessoa humana. Diante da inércia da Administração Pública ou da não edição de leis pelo Poder Legislativo, o Poder Judiciário tem tido atuação determinante na efetivação dos direitos fundamentais.²⁹⁷

Uma das críticas apresentadas ao ativismo judiciário é que a disposição desordenada dos recursos públicos para atender casos específicos na área dos direitos sociais levaria a um estado de impossibilidade.²⁹⁸ A crítica é pertinente, mas deve ser relevada, se tivermos em conta que o investimento na saúde, na educação, na habitação, enfim, nos programas sociais, significa investimento nas pessoas, na melhoria das suas condições de vida, na sua dignidade e no seu desenvolvimento. Concedido que o Estado é um ente abstrato, cujo conteúdo é dado pelas pessoas que o compõem, isto é, que a qualidade do Estado depende diretamente da qualidade das pessoas que o integram, é certo concluir que o investimento nas pessoas é do mais alto interesse do Estado, pois ao fazê-lo está, em verdade, investindo em si mesmo.

Todos são concordes em que a democracia é o regime político²⁹⁹ desejável e que esse regime é tanto melhor na medida em que possibilita a participação das pessoas, não apenas na escolha dos dirigentes, mas também nos processos decisórios. Ocorre que um Estado cuja população é pobre, desnutrida, doente e inculta certamente tem um grau de desenvolvimento inferior a outro, cujo povo é razoavelmente atendido em suas necessidades básicas. Dessa forma, o fortalecimento de um Estado passa necessariamente pelo desenvolvimento do seu povo, das pessoas que lhe dão conteúdo e significado. Por via de consequência, ao colocar a pessoa humana no centro do ordenamento jurídico, a Constituição de 1988 obrigou o Estado brasileiro a investir no ser humano, o que, em última análise, reverte em benefício e fortalecimento do próprio Estado.

O professor Sérgio Resende de Barros esclarece que a partir da Revolução Francesa surgiram progressivamente três gerações de direitos: os direitos individuais, os direitos sociais e os direitos de solidariedade. A afetividade pode ser compreendida sob a ótica dos direitos individuais, visto que as pessoas têm direito de praticar os atos básicos da vida,

²⁹⁷ Luís Roberto Barroso assinala que a judicialização das relações políticas e sociais é consequência direta da reconstitucionalização do país, com a constitucionalização do direito infraconstitucional, com a redescoberta da cidadania, a conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos, a criação de novos direitos e novas ações pelo texto constitucional, com o que os juízes e tribunais passaram a desempenhar um papel simbólico importante no imaginário coletivo (texto citado).

²⁹⁸ Conforme foi lembrado pelo professor José de Oliveira Ascensão, em palestra proferida na Universidade de São Paulo, no dia 23 de outubro de 2007.

²⁹⁹ Democracia não é regime nem sistema de governo, mas sim de *regime político* (José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*. 7. ed. São Paulo: RT, 1991, p. 111-112).

dentre os quais se distingue o de amar e ser amado. Os direitos sociais se relacionam com as possibilidades de desenvolvimento na vida em sociedade, para o que concorre a afetividade enquanto fator constitutivo e indissociável dos seres humanos. Os direitos de solidariedade visam à proteção da humanidade contra a própria humanidade, gerando responsabilidade para aqueles que vivem em sociedade. Na dicção do professor, a afeição tem uma energia social que lhe é imanente, da qual a Constituição extrai direitos e obrigações fundados originariamente no afeto: “a afeição é um fato social jurígeno, que gera direitos e obrigações acerca de vários bens e valores, como alimentos, moradia, saúde, educação etc.”.³⁰⁰

Também a psicóloga e psicanalista Giselle Groeninga, após assegurar que a estrutura afetiva é necessária ao pleno desenvolvimento da personalidade, reclama que o Estado deve assegurar condições mínimas para que a família exerça sua função de propiciar um ambiente afetivo-amoroso favorável ao desenvolvimento de todo o potencial do indivíduo, dando-lhe condições para o seu vir-a-ser: “Um tal agir significa tutela positiva dos direitos da personalidade, fundamentalmente do direito à integridade psíquica, que se confunde com o direito a um livre desenvolvimento da personalidade”.³⁰¹

Por último, Rita Kelch, com apoio nos ensinamentos de Pietro Perlingieri e Elimar Szaniawski, defende que o direito à integridade física e psíquica se insere na esfera do direito à saúde, previsto nos arts. 6º e 196 da Constituição, visto que a pessoa é uma unidade psicofísica indissociável. No entanto, as ações relacionadas à saúde física e mental não devem se limitar às políticas sanitárias, mas devem alcançar também as relações intersubjetivas, estabelecendo parâmetros para a licitude ou ilicitude das condutas.³⁰²

Este pensamento está em linha com a ética relacional ou a ética do amor, tratada no item 3.4, supra, de que são representantes Humberto Maturana e Paulo Freire. E está em sintonia também com o pensamento de Piaget, para quem o ser humano mais evoluído é aquele que se desenvolve desde a infância até a idade adulta, pondo-se em condições de se relacionar em alto nível com as demais pessoas e com a sociedade (item 2.3.4, supra).

Como visto, investir na pessoa significa investir na sua constituição, o que envolve sua estrutura física e psíquica. Não basta que o Estado proporcione o bem-estar físico e material das pessoas que lhe dão conteúdo, mas também que promova, por meio de ações e políticas públicas, a defesa e a proteção da sua estrutura psíquica.

³⁰⁰ Sérgio Resende de Barros, A tutela constitucional do afeto, cit.

³⁰¹ Giselle Groeninga, O direito à integridade psíquica e o livre desenvolvimento da personalidade, cit.

³⁰² Rita Kelch, *Clonagem humana e os direitos da personalidade*. São Paulo: Método, 2009, p. 145.

5.2 A AFETIVIDADE NO DIREITO CIVIL

Sustentamos desde o início deste trabalho que a afetividade, assim como a racionalidade, é constitutiva dos seres humanos. Por isso, encontra-se na base de toda conduta e, por conseguinte, também da conduta jurídica. Pela mesma razão, a afetividade é também um valor a ser preservado pelo Direito, como forma de proteção da própria pessoa humana.

O reconhecimento do valor jurídico da afetividade decorre da virada paradigmática da Modernidade para a Pós-Modernidade, que produz reflexos sobre todas as atividades humanas. O Direito não ficou infenso a esse movimento e, assim como as demais ciências, deve superar o paradigma moderno para conceber as relações jurídicas de maneira complexa. Principalmente, deve levar em consideração que o ser humano é complexo, assim como é complexa a realidade que o envolve; e deve se abrir para a interdisciplinaridade, a permitir a intersecção com outras áreas do saber, com vista a uma compreensão mais adequada da realidade jurídica.

O Direito Civil é, entre os vários ramos que compõem a ciência jurídica, aquele que se ocupa das relações jurídicas de natureza privada. O Direito Civil moderno, fundado e desenvolvido a partir da Revolução Francesa, teve como finalidade a proteção do homem e do patrimônio: aquele isolado em sua individualidade e este considerado de maneira insular e absoluta.

Considerando que a virada paradigmática da Modernidade para a Pós-Modernidade colocou a pessoa humana no centro do ordenamento jurídico, o Direito Civil se reorganiza para proteger esse valor fundamental em todos os seus aspectos. E a afetividade participa de toda essa evolução, conforme veremos a seguir.

5.2.1 A despatrimonialização ou repersonalização do Direito Civil

Conforme dissemos, o Direito moderno era voltado para a proteção do patrimônio, isto é, do acervo de bens e interesses que se prendem a uma pessoa. O fato, porém, é que os direitos que uma determinada pessoa exercia sobre seus bens eram considerados absolutos, pois absolutos e inquebrantáveis eram os vínculos jurídicos que ligavam o homem ao seu patrimônio, tudo em nome da segurança jurídica que a racionalidade pretendia oferecer.

No entanto, o sujeito de direito moderno era baseado no sujeito universal kantiano, que, com sua inteligência superior, era capaz de se autodeterminar. A manifestação de vontade, expressa por exemplo em um contrato, tinha força vinculante absoluta e, desde

que formalmente correta, seria válida a despeito de proporcionar até mesmo a ruína do emissor.

Acontece que o advento da Segunda Guerra Mundial produziu profundas modificações na maneira de pensar a vida, em todos os seus aspectos. A conclusão tirada a partir do Holocausto é de que a Razão não seria capaz de oferecer soluções adequadas para todos os problemas, tanto que não foi capaz de antever nem de impedir aquelas atrocidades. Uma das consequências foi a superação do paradigma moderno, que apregoava a certeza em todos os campos do saber e a segurança ou rigidez das relações jurídicas.³⁰³

Além disso, o Holocausto incutiu nas pessoas, de modo geral, a necessidade de preservação da espécie humana, mediante alguma forma de proteção a um mínimo existencial: estamos falando de proteção aos direitos humanos! Essa foi a ideia que vingou, tomou corpo e ganhou assento paulatinamente nos ordenamentos jurídicos do mundo ocidental, mediante a inscrição da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado contemporâneo. A Constituição brasileira consagrou a dignidade humana como um dos fundamentos da ordem jurídica e institucional, no art. 1º, III.

Conforme dissemos no tópico imediatamente anterior, quando tratamos da influência da afetividade sobre o Direito Constitucional, a inscrição da dignidade humana como um dos fundamentos do Direito demandou a releitura de toda a legislação infraconstitucional, principalmente diante da constatação de que os princípios constitucionais são aplicáveis diretamente aos casos concretos e devem orientar a aplicação da lei ordinária.

No que tange ao Direito Privado, os doutrinadores têm afirmado a ocorrência de uma virada epistemológica, posto que não se cuida mais de regular as relações jurídicas travadas em torno dos bens e do patrimônio, mas sim de regular as relações entre as pessoas. Considerando a centralidade da pessoa humana em relação ao ordenamento jurídico, todo o Direito Privado está voltado para a proteção da dignidade humana e seus princípios correlatos: igualdade e solidariedade.

Esse fenômeno tem recebido a denominação de *despatrimonialização* ou *repersonalização* do direito, na medida em que a elaboração e a aplicação das normas tem em vista, não mais a proteção do patrimônio, mas a dignificação da pessoa humana.

Pietro Perlingieri sustenta que a pessoa deve prevalecer sobre qualquer valor patrimonial: “Com o termo, certamente não elegante, ‘despatrimonialização’, individua-se

³⁰³ Vide item 1.2, supra.

uma tendência normativa cultural; evidencia-se que no ordenamento se operou uma opção, que, lentamente, se vai concretizando, entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores). Com isso não se projeta a expulsão e a ‘redução’ quantitativa do conteúdo patrimonial no sistema jurídico e no civilístico em especial; o momento econômico, como aspecto da realidade social organizada, não é eliminável. A divergência, não certamente de natureza técnica, concerne à avaliação qualitativa do momento econômico e à disponibilidade de encontrar, na exigência da tutela do homem um aspecto idôneo, não a ‘humilhar’ a aspiração econômica, mas, pelo menos, a atribuir-lhe uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa”³⁰⁴

Também Luís Roberto Barroso, um dos mais eloquentes representantes do neoconstitucionalismo, defende a constitucionalização de todo o Direito, pois a Constituição possui força normativa e seus princípios se aplicam diretamente às relações jurídicas em concreto. Não podemos acompanhá-lo nesse pensamento, já que isso implicaria a simples extinção de todas as áreas do Direito, as quais se tornariam especificações do Direito Constitucional. Mas é certo que as normas e princípios constitucionais condicionam a elaboração e a aplicação do direito infraconstitucional, de modo que a centralização da pessoa humana no âmago da Constituição tem como consequência a repersonalização ou despatrimonialização do Direito Civil.³⁰⁵

Luiz Edson Fachin defende a desconstrução das bases sobre as quais se assenta o Direito Privado, a fim de que este seja reedificado sobre novos alicerces. E assinala que o Direito Civil ainda se assenta sobre a noção de patrimônio, mas o movimento da repersonalização coloca as pessoas e suas necessidades fundamentais no centro do ordenamento, em conexão com a dignidade da pessoa humana.³⁰⁶

É necessário considerar que a repersonalização do Direito não é um fenômeno estritamente jurídico que brotou no Direito por geração espontânea. Esse fenômeno está diretamente ligado às transformações ocorridas na vida em sociedade, a partir da virada da Modernidade para a Pós-Modernidade. A Ética moderna era puramente racional e condicionante dos fatos da vida, ao passo que a Ética pós-moderna é relacional e se desenvolve em concreto. No âmago da Ética pós-moderna encontra-se a pessoa humana com todos os seus atributos, dentre os quais avultam os aspectos afetivos da personalidade.

³⁰⁴ Pietro Perlingieri, *Perfis do direito civil*, cit., p. 33.

³⁰⁵ Luís Roberto Barroso, *O neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*, cit.

³⁰⁶ Luiz Edson Fachin, *Teoria crítica do direito civil*, cit., p. 78.

O Direito, que antes se direcionava à proteção do patrimônio, agora se orienta para a proteção da pessoa e da sua dignidade.

O que se conclui é que a inscrição da dignidade humana como fundamento da ordem jurídica e institucional é decorrência de todas as transformações sociais e políticas ocorridas na vida em sociedade, a partir do pós-guerra. Como consequência, o Direito Civil – *rectius*, o Direito Privado – não mais se destina à proteção do patrimônio, mas sim à preservação da pessoa humana com todos os seus atributos.

O ser humano não deve mais ser considerado em sua individualidade, tendo como referência o sujeito universal, intelectualizado e capaz de se autodeterminar. Ao contrário, o ser humano na contemporaneidade é concreto, é complexo e deve ser concebido em sua circunstancialidade. Dentre os atributos que compõem a personalidade, merece lugar de destaque a afetividade que lhe é inerente e que, ao lado da racionalidade, determina a conduta jurídica. Além disso, por ser constitutiva da personalidade, a afetividade deve ser considerada um valor jurídico a ser preservado, como forma de preservação da pessoa humana.

5.2.2 O Código Civil de 2002: socialidade, eticidade e operabilidade

Merece ser lembrada a série de artigos publicada pelo professor Miguel Reale, logo após a promulgação do Código Civil de 2002, nos quais ele explica que o novo Código é informado pelo princípio da concretude, que se desdobra em três outros princípios: da eticidade, da socialidade e da operabilidade.³⁰⁷

Em verdade, o *princípio da concretude* está em linha com aquilo que foi dito no Capítulo 3 sobre a emergência da antropoética. O novo Código Civil, ao menos na intenção dos seus elaboradores, é uma legislação voltada para o ser humano considerado *in concreto*, com abandono da ideia de homem universal, racional, capaz de se autodeterminar. A pessoa de que trata o Código Civil é o pai de família, é o comerciante, enfim, é a pessoa considerada em sua circunstância de vida.

O *princípio da socialidade* tem em vista que o Direito objetiva regular a vida em sociedade, criando condições possíveis para que as pessoas realizem seus negócios e pratiquem seus atos jurídicos no ambiente social. Esse princípio está em linha com o

³⁰⁷ Miguel Reale, *Espírito da nova lei civil; Sentido do novo Código Civil; A boa fé no Código Civil; Um artigo-chave do Código Civil e Visão geral do projeto de código civil*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br>>. Acesso em: 8 dez. 2005, todos encontráveis no site <<http://www.miguelreale.com.br>>.

princípio da solidariedade, a que já nos referimos; e leva em consideração que os direitos existem para serem exercidos em conformidade com os direitos das outras pessoas e com os interesses da coletividade. Vale dizer: o princípio da socialidade representa a superação do individualismo, em que cada direito se prendia ao titular de maneira absoluta por um vínculo inquebrantável. Como expressões do princípio da socialidade, podemos mencionar o art. 421, o art. 1.228, §§ 1º e 2º, e o art. 2.035, que tratam da função social do contrato e da propriedade.

O *princípio da eticidade* tem em perspectiva a noção de ética fornecida pelo próprio professor Reale, que se refere à qualidade das condutas prestadas na vida social. O novo Código prestigia o princípio da boa-fé, que deve ser observado em todas as relações jurídicas, por força do art. 113 e do art. 422.

O *princípio da operabilidade*, também decorrente do princípio da concretude, tem em consideração que o Código e a legislação de um modo geral são ferramentas postas à disposição dos operadores do Direito, com a finalidade de resolver os conflitos de interesses que surgem na vida em concreto.

Em todos esses aspectos é possível observar a influência e a importância da afetividade, isto é, dos aspectos interiores da personalidade para a aplicação do Direito. De fato, a *socialidade* impõe que os atos jurídicos devem ser praticados no ambiente social, nas relações intersubjetivas, as quais, em tempos de Pós-Modernidade, não são mais concebidas como produtos exclusivos da racionalidade, mas sim como expressões da personalidade, em cuja constituição se encontram também os fatores afetivos. A *eticidade*, por sua vez, exige que os atos jurídicos sejam praticados em relação às outras pessoas, levando em conta que o *outro* é portador de uma dignidade merecedora de afeição. Por último, a *operabilidade* impõe ao intérprete e ao aplicador do Direito a consideração de que as pessoas destinatárias das normas são complexas e, portanto, são portadoras de uma estrutura física e psíquica digna de ser preservada.

O Código Civil promulgado em 1º de janeiro de 2002 tem merecido crítica por parte da doutrina porque o legislador não se alinha em muitos aspectos ao pensamento jurídico contemporâneo e, com isso, deixou de contemplar as principais transformações ocorrentes na sociedade na última quadra de século.

A crítica mais sistemática vem do professor Luiz Edson Fachin, da Universidade Federal do Paraná, em sua *Teoria crítica do direito civil*, conforme já mencionamos anteriormente (item 1.2.3). A primeira crítica é ao próprio sistema codificado, que cria um conjunto de categorias de acordo com um determinado momento histórico e

posteriormente os fatos começam a se chocar com os conceitos, enquanto o sistema teima em se manter intacto. O autor afirma que a supremacia da lei como fonte do direito é um desfavor à concretização do direito e que a jurisprudência deveria ocupar lugar especial, a ensejar um sistema aberto e democrático.³⁰⁸

Fachin sustenta que o Código de 1916 estava de acordo com os valores vigentes ao seu tempo, ao passo que o Código de 2002 assenta-se sobre um contexto não atual: projeta-se para o futuro, mas assenta-se sobre valores do passado, com ranço do individualismo.³⁰⁹ E assevera que devemos abandonar a velha concepção do patrimonialismo que marcou as codificações durante o século passado. O Direito Civil deve deixar de ser marcado pela propriedade, contrato, testamento e família, pois uma contemporânea visão do Direito procura tutelar não apenas estas figuras pelo que elas representam em si mesmas, mas certos valores tidos como merecedores de proteção: “a última *ratio* do direito é o homem e os valores que traz encerrados em si”.³¹⁰

Segundo Fachin, o Direito Civil encontra-se em um momento de interrogação, a que normalmente se chama de crise; momento de ruptura do novo com o velho Direito Civil. Então, propõe a ruptura com esse sistema, no modo de pensar o direito e o sujeito, sem que isso implique o compromisso de se colocar outra coisa no lugar.³¹¹ Enfim, “a ‘reelaboração’ de uma teoria do Direito Civil há de ter como ponto de partida mais que a sua utilidade e, como perspectiva, a reordenação dos fundamentos do sistema jurídico à luz de outro projeto socioeconômico e político”.³¹²

Em verdade, o texto do professor Luiz Edson Fachin é inquietante, pois o autor parece inspirar-se em Nietzsche que, de igual modo, promoveu a desconstrução do paradigma da modernidade. Assim como o filósofo anunciou que *Deus está morto*, Fachin decreta o fim da família no sentido clássico e propõe que outro modelo seja construído em seu lugar com base no primado da afetividade.³¹³

³⁰⁸ Luiz Edson Fachin, *Teoria crítica do direito civil*, cit., p. 69.

³⁰⁹ Luiz Edson Fachin, *Teoria crítica do direito civil*, cit., p. 29.

³¹⁰ Eroulths Cortiano Júnior, Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: Luiz Edson Fachin (Coord.), *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 32.

³¹¹ Luiz Edson Fachin, *Teoria crítica do direito civil*, cit., p. 230-232.

³¹² Luiz Edson Fachin, *Teoria crítica do direito civil*, cit., p. 216 e 223.

³¹³ Luiz Edson Fachin, *Teoria crítica do direito civil*, cit., p. 266-267, com menção expressa a Michele Perrot: “Não é a família em si que nossos contemporâneos recusam, mas o modelo excessivamente rígido e normativo que assumiu no século XIX. Eles rejeitam o nó, não o ninho. A casa é, cada vez mais, o centro da existência. O lar oferece, num mundo duro, um abrigo, uma proteção, um pouco de calor humano. O que eles desejam é conciliar as vantagens da solidariedade familiar e as da liberdade individual. Tateando, esboçam novos modelos de famílias, mais igualitárias nas relações de sexos e de idades, mais flexíveis em suas temporalidades e em seus componentes, menos sujeitas à regra e mais ao

Outros importantes autores formulam críticas pontuais, como se percebe na obra coletiva denominada *Introdução crítica ao Código Civil*, coordenada pelo professor Lucas Abreu Barroso.³¹⁴ Nesses estudos destacam-se as críticas relacionadas com o descompasso entre as normas e o estágio atual de desenvolvimento da sociedade. Entre os problemas levantados, os mais gritantes são a falta de previsão de modelos de contratos vigentes no mundo dos negócios e a controvertida situação sucessória dos companheiros em concorrência com os filhos do falecido, à luz do art. 1.790 do Código Civil.³¹⁵

De nossa parte, acusamos que o legislador perdeu a oportunidade de atualizar a lei, no que se refere à disciplina do poder familiar, limitando-se a transcrever os artigos do diploma revogado, sem nada acrescentar. No que se refere à responsabilidade civil, o Código deixou dar tratamento adequado ao instituto, mostrando-se insuficiente em vários aspectos, inclusive no que se refere aos critérios para a fixação do valor da reparação por danos morais.³¹⁶

O que se pode dizer é que o Código Civil de 2002, exatamente por vir a lume neste momento de transição paradigmática, encontra-se com os pés no passado e os olhos no futuro.³¹⁷ O próprio professor Miguel Reale rebateu as críticas dirigidas ao Código, afirmando que alguns temas ainda não se encontravam suficientemente amadurecidos para merecerem tratamento legislativo.³¹⁸ Esse é o caso, por exemplo, do reconhecimento das uniões homoafetivas.

Mas, a despeito desses e de outros problemas, o Código de 2002 trouxe avanço significativo porque pressupõe a pessoa humana e sua dignidade como figura central, isto é, como fundamento da ordem jurídica. As relações jurídicas são permeadas pelos princípios da eticidade, da socialidade e da operabilidade, os quais se desdobram em outros princípios específicos, como o da boa-fé objetiva e o próprio princípio da afetividade, que permeiam as relações jurídicas tratadas ao longo do Código. Por último, merece destaque a

desejo. O que se gostaria de conservar da família, no terceiro milênio, são seus aspectos positivos: a solidariedade, a fraternidade, a ajuda mútua, os laços de afeto e o amor. Belo sonho” (Michele Perrot, *O nó e o ninho. Veja, 25 anos: reflexões para o futuro*. São Paulo: Abril, 1993, p. 81).

³¹⁴ Lucas Abreu Barroso (Org.), *Introdução crítica do Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, passim.

³¹⁵ Giselda Hironaka, Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. In: Lucas Abreu Barroso (Org.), *Introdução crítica do Código Civil*, cit., p. 117-132; Cristiano Cassettari, Aspectos controvertidos na sucessão decorrente da união estável. In: Lucas Abreu Barroso (Org.), *Introdução crítica do Código Civil*, cit., p. 543-573.

³¹⁶ Romualdo Baptista dos Santos, *O Código Civil de 2002: omissões e distorções quanto ao poder familiar*. In: Lucas Abreu Barroso (Org.), *Introdução crítica do Código Civil*, cit., p. 482-503.

³¹⁷ No mesmo sentido, confira-se Luiz Edson Fachin, *Teoria crítica do direito civil*, cit., p. 29.

³¹⁸ Miguel Reale, *O novo Código Civil e seus críticos*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br>>. Acesso em: 30 set. 2009.

abordagem dada aos direitos da personalidade, mostrando, em mais este ponto, o alinhamento ao pensamento jurídico contemporâneo e ao que dispõe a Constituição de 1988, como veremos a seguir.

5.2.3 Afetividade e os direitos da personalidade

O Código Civil de 1916 não cuidava especificamente dos direitos da personalidade, embora se encontrem referências a esse instituto em dispositivos dispersos, como o art. 666, X, e o art. 571, parágrafo único, os quais se referiam respectivamente ao direito à imagem e ao segredo de correspondência. Além disso, durante a vigência do Código Civil de 1916, outros diplomas legais estabeleceram regras sobre os direitos da personalidade, como são os casos do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/89), da Lei dos Direitos Autorais (Lei n. 9.610/98), do Código de Telecomunicações (Lei n. 4.117/62) e da Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67).³¹⁹

O Código Civil de 2002 procurou sistematizar o tratamento do tema, dedicando-lhe um capítulo próprio, logo no Livro I, Título I, Capítulo II – *Dos direitos da personalidade*, que congrega os artigos 11 a 21. A iniciativa é louvável e corresponde diretamente aos ditames da Constituição de 1988, que elege a dignidade da pessoa humana como fundamento do ordenamento jurídico. Mas não é infensa à crítica da doutrina especializada, que vê no codificador de 2002 uma timidez exagerada, diante do estágio atual de evolução da nossa sociedade.³²⁰

Os direitos da personalidade sempre foram objeto de discussão na doutrina, mas a promulgação do novo Código Civil aguçou os debates. Anteriormente ao Código, quem melhor debateu o tema na doutrina nacional foram Carlos Alberto Bittar e Rubens Limongi França. Na concepção de Limongi França, os direitos da personalidade podem ser definidos como “as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim como suas emanações e prolongamentos”.³²¹ Carlos Alberto

³¹⁹ Carlos Alberto Bittar, *Os direitos da personalidade*. 7. ed. atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 38-39.

³²⁰ Rita Kelch observa que “o Código Civil poderia ter dado um tratamento mais aprofundado à matéria, em razão da expressiva importância e sua significação ética fundamental conforme explanam as próprias notas explicativas do Anteprojeto do Código Civil, que inclusive justificam a abordagem sintética da matéria” (Rita Kelch, *Clonagem humana e os direitos da personalidade*, cit., p. 38). Também Roxana Borges considera que o Código avançou ao destinar um capítulo específico para os direitos da personalidade, mas foi tímido na descrição desses direitos (Roxana Cardoso Brasileiro Borges, *Proibição de disposição e de limitação voluntária dos direitos de personalidade no Código Civil de 2002: crítica*. In: Lucas Abreu Barroso (Org.), *Introdução crítica do Código Civil*, cit., p. 15-30).

³²¹ Rubens Limongi França, *Manual de direito civil*. São Paulo: RT, 1980, v. 1, p. 403.

Bittar, por sua vez, afirma que “os direitos da personalidade são direitos próprios da pessoa em si (originários), existentes por sua natureza, como ente humano, com o nascimento e os referentes às suas projeções para o mundo exterior”.³²²

Cabe lembrar ainda a conceituação oferecida por Orlando Gomes, para quem “os direitos de personalidade compreendem-se direitos considerados essenciais à pessoa humana que a doutrina moderna preconiza e disciplina, a fim de resguardar sua dignidade”.³²³ Essa definição, conquanto à primeira vista pareça um tanto tautológica, traz a importante revelação de relacionar os direitos da personalidade à proteção da dignidade humana.

Entre os autores atuais, encontramos a definição oferecida por Maria Helena Diniz, para quem os direitos da personalidade são “os direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a identidade, a liberdade, a sociabilidade, a reputação, a honra, a autoria etc. Por outras palavras, os direitos da personalidade são direitos comuns da existência, porque são simples permissões dadas pela norma jurídica, a cada pessoa, de defender um bem que a natureza lhe deu, de maneira primordial e direta”.³²⁴

Mário Delgado afirma que os direitos da personalidade são aqueles atinentes à tutela da pessoa humana, considerados essenciais à sua dignidade e integridade. E acrescenta que “são direitos inerentes e essenciais à pessoa humana, decorrentes de sua exclusiva humanidade, que protegem todas as suas projeções, nos planos físico ou espiritual, possibilitando, assim, ao ser humano, a defesa daquilo que lhe é próprio (honra, vida, liberdade, intimidade, privacidade etc.)”.³²⁵

O que se extrai dessas considerações é que os direitos da personalidade são todos aqueles que se referem à proteção da pessoa em sua dignidade. São, portanto, aqueles direitos correlatos ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, de que trata a Constituição Federal, em seu art. 1º, III.

É certo que todos os direitos têm seu fundamento último na dignidade da pessoa humana, mas existem alguns que se encontram mais estreitamente ligados a esse princípio. Quando se cuida, por exemplo, do não pagamento de uma dívida, tal violação atinge primeiramente o patrimônio material da pessoa e só obliquamente a sua dignidade. Quando

³²² Carlos Alberto Bittar, *Os direitos da personalidade*, cit., p. 10.

³²³ Orlando Gomes, *Introdução ao direito civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 153.

³²⁴ Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 1 – Teoria geral do direito civil, p. 122.

³²⁵ Mário Luiz Delgado, Direitos da personalidade nas relações de família. In: Rodrigo da Cunha Pereira, *Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 679-739.

se trata de um constrangimento pessoal ou da utilização indevida do nome, a ação do agressor se dirige diretamente à pessoa, atinge diretamente a sua dignidade e só reflexamente pode alcançar o seu patrimônio material. Nestes últimos casos, temos ofensa aos direitos da personalidade, uma vez que se retira da vítima ou se diminui a sua condição humana, isto é, a sua qualidade de pertencimento à espécie humana.

O que vimos no início deste trabalho é que a afetividade é inerente a todos os seres humanos; que é constitutiva da personalidade; que se desenvolve desde a primeira infância até a idade adulta e que se projeta para o exterior, determinando as condutas e qualificando a vida em sociedade.

Numa abordagem interdisciplinar, Giselle Groeninga sustenta que personalidade é a condição ou maneira de ser de uma pessoa, que se constitui do aspecto físico e de aspectos psíquicos, como a vontade, a emoção e a inteligência; tem sentido dinâmico, do desenvolvimento do ser e do vir-a-ser e se constrói pela combinação de aspectos herdados e constitucionais; é expressão da pessoa e, por isso, deve ser protegida contra ameaças a um saudável e livre desenvolvimento. A autora destaca que, para o desenvolvimento da personalidade, necessitamos do afeto do amor, o qual se realiza nos relacionamentos: “se não tivermos quem nos cuide com amor, faleceremos ou, pior, não nos humanizamos”.³²⁶ Os direitos da personalidade, portanto, são direitos constitutivos da personalidade; são direitos de ser humano e, sobretudo, de se constituir como ser humano.

Nesse ambiente de ideias, surge a noção de proteção da estrutura psíquica que constitui a personalidade, bem como da proteção ao desenvolvimento e manutenção dos laços afetivos que lhe dão formato, como decorrência direta do princípio da dignidade da pessoa humana. A circunstância de a afetividade não se encontrar relacionada na legislação entre os direitos da personalidade não exclui a possibilidade de sua proteção pelo Direito, diante do fato de que a mesma é constitutiva dos seres humanos e de que seu adequado desenvolvimento é determinante para a formação da personalidade.³²⁷

Ante a falta de previsão específica, entendemos que o Direito protege a estrutura psíquica das pessoas, bem como os laços afetivos que as ligam umas às outras, por meio dos direitos da personalidade, em suas mais variadas manifestações.

³²⁶ Giselle Groeninga, O direito à integridade psíquica e o livre desenvolvimento da personalidade, cit., p. 439-455.

³²⁷ Rita Kelch afirma, com muita propriedade, que “os direitos da personalidade seriam dotados de uma tipicidade aberta, sendo a previsão legal dos direitos da personalidade meramente enunciativa, não exaurindo as hipóteses de proteção à personalidade pelo ordenamento jurídico” (Rita Kelch, *Clonagem humana e os direitos da personalidade*, cit., p. 45).

5.2.4 A boa-fé objetiva

Uma das mais importantes inovações trazidas pelo Código Civil de 2002 foi a exigência da boa-fé objetiva nas relações jurídicas. Essa exigência encontra-se mais evidente nos arts. 113, 187 e 422 do Código. Não se trata propriamente de uma novidade, uma vez que o Código de Defesa do Consumidor já continha semelhante previsão no art. 51. Porém, destaca-se a importância da previsão pelo Código Civil porque este diploma rege todas as relações jurídicas e não somente as relações de consumo.

Antes de tudo, devemos mencionar que a boa-fé objetiva, exigida pelo Código, é a conduta a ser externada pela pessoa no âmbito das suas relações jurídicas. Não se trata, pois, da boa-fé subjetiva, que seria o sentimento real e verdadeiro de honestidade e de lealdade presente numa pessoa quando da realização dos negócios. Esta distinção encontra-se em consonância com o que foi dito acima sobre comportamentos afetivos e pró-afetivos (item 4.3.4), visto que a lei não pode exigir que uma pessoa se encontre imbuída de sentimentos de honestidade e de lealdade durante as relações jurídicas, mas pode impor que essa pessoa apresente condutas que evidenciem lealdade e honestidade. Em suma, a lei não pode exigir que a pessoa esteja de boa-fé, mas sim que aja como tal na realização dos negócios jurídicos.

Devemos lembrar também que a boa-fé objetiva é correlata ao princípio da eticidade que orienta a codificação de 2002. Na explicação do professor Miguel Reale, o Código se orienta pelo princípio da concretude, que se desdobra nos princípios da eticidade, da socialidade e da operabilidade. Em síntese, significa que o Direito deve ser concebido como ferramenta a ser utilizada para a solução dos conflitos (operabilidade), deve ter em perspectiva a sua realização no plano social (socialidade) e deve permitir a regularidade dos relacionamentos entre as pessoas (eticidade). A boa-fé objetiva, então, adquire concretude, pois deixa o plano das ideias e passa a compor as condutas jurídicas no plano dos fatos.³²⁸

Comentando o tema, Flávio Tartuce esclarece a boa-fé objetiva tem ao menos três funções: de interpretação dos negócios jurídicos (CC, art. 113), de controle das condutas, sob pena de se cometer abuso de direito (CC, art. 187) e de integração dos negócios jurídicos (CC, art. 422). Assim, a boa-fé objetiva se traduz num princípio que deve reger todas as relações jurídicas.³²⁹

³²⁸ Miguel Reale, *A boa-fé no novo Código Civil*, cit.

³²⁹ Flávio Tartuce, O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. *Revista Brasileira de Direito de Família*, ano VIII, n. 35, abr./maio 2006.

O que se pode perceber, em verdade, é que a boa-fé objetiva se liga diretamente ao fundamento e à finalidade do direito contemporâneo, de tutela da pessoa humana. Ao se exigir a prática de condutas leais, o que se pretende proteger não são apenas os interesses jurídicos de natureza material, que outrora configuravam o objeto central do Direito Privado, mas especialmente os sentimentos da parte envolvida nas relações jurídicas e que podem sofrer danos em razão da conduta desleal da outra parte.³³⁰ Essa afirmação se torna ainda mais evidente quando pensamos que a consequência jurídica para a não observância do princípio da boa-fé objetiva é, invariavelmente, a condenação do agressor à reparação da vítima por danos morais, sem prejuízo de eventual indenização por danos materiais.

Em suma, o princípio da boa-fé objetiva presente no Código Civil de 2002 está relacionado com a proteção da pessoa humana e de sua dignidade, visto que a violação a este princípio pode produzir danos de natureza material, mas principalmente atinge os sentimentos da pessoa da vítima gerando o dever de reparação por danos morais. A boa-fé objetiva corresponde aos comportamentos pró-afetivos mencionados no item 4.3.6, supra, pois não se trata de exigir sentimentos de honestidade e de lealdade, mas sim de impor condutas tendentes a realizar os fins almejados pelo homem na vida em sociedade.

5.2.5 A função da responsabilidade civil na Pós-Modernidade

A responsabilidade civil é um dos mais importantes capítulos do Direito Privado, pois é por meio desse instrumento que se efetivam os mais variados direitos subjetivos. Onde falham ou são insuficientes os outros instrumentos de efetivação dos direitos, surge a responsabilidade civil para cobrar a necessária reparação e repor as pessoas na situação jurídica que lhes compete por direito.

Na primeira modernidade, o Direito volta-se precipuamente para a proteção do patrimônio material dos indivíduos. Nesse ambiente, a responsabilidade civil exercia a importante tarefa de promover a reparação dos danos decorrentes da prática de condutas antijurídicas. Na contemporaneidade, o Direito tem como objeto central de proteção a pessoa humana e sua dignidade, conforme expusemos no item 5.1.1, supra. No plano do Direito Civil, a proteção da pessoa humana acontece por dois modos: pela garantia dos direitos patrimoniais, relacionados com a posse e a propriedade dos bens; pela proteção dos

³³⁰ Na expressão de Cristiano Chaves de Farias, a boa-fé objetiva pode ser traduzida como tutela jurídica da confiança (Cristiano Chaves de Farias, *A tutela jurídica da confiança aplicada ao direito de família*. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.), *Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 241-271).

direitos da personalidade, que se referem aos atributos mais essenciais e interiores da pessoa (item 5.2.3, supra).

Na contemporaneidade, o instituto da responsabilidade civil mantém sua função matricial de promover a reparação de danos decorrentes das condutas antijurídicas. Mas seus horizontes foram alargados enormemente, por força da virada paradigmática da Modernidade para a Pós-Modernidade, que resultou na centralidade da pessoa humana em relação a todo o Direito. A responsabilidade civil manteve a função de repor o patrimônio material das pessoas, mas agregou a de recompor o patrimônio moral.

Um movimento ocorrido na teoria da responsabilidade civil e que bem reflete a necessidade do proteger mais amplamente a pessoa humana é a emergência da responsabilidade objetiva, que dispensa a vítima de provar a culpa do agressor.³³¹ No entanto, a própria noção de patrimônio foi modificada para albergar também os bens e valores destituídos de conteúdo econômico, mas que, por seus significados para a composição da personalidade, possuem valor jurídico.

Considerando a já mencionada centralidade da pessoa humana, enquanto objeto primordial de proteção pelo Direito, a principal função da responsabilidade civil não é mais a de proteger o patrimônio material, mas sim a de defender os bens de natureza imaterial que podem ser agrupados sob a rubrica de direitos da personalidade.

Conforme dissemos nos itens 4.2 e 4.3, supra, a afetividade ingressa no ambiente jurídico por dois modos: como base da conduta jurídica e também como valor jurídico. Por isso, dissemos tratar-se verdadeiramente de um princípio que imanta todas as condutas jurídicas e que merece proteção pelo Direito. O *princípio da afetividade*, que tem assento na dignidade da pessoa humana e é correlato ao princípio da solidariedade, se desdobra em novos institutos jurídicos, como o patrimônio afetivo e da integridade psíquica, com a consequente indenizabilidade dos danos por quebra de laços afetivos, à estrutura psíquica, por assédio moral, por abandono afetivo etc.³³²

Todos esses bens e valores compõem a esfera íntima da personalidade e estão relacionados com a dignidade da pessoa humana tratada no art. 1º, III, da Constituição. Então, a proteção da dignidade humana ocorre no plano do Direito Civil pela tutela dos direitos da personalidade, que se traduzem como aqueles direitos inerentes à esfera mais íntima da pessoa. A efetivação desses direitos encontra-se, em grande parte, a cargo da

³³¹ Neste sentido, confira-se Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 133-135.

³³² Princípio da afetividade é a denominação atribuída por Rodrigo da Cunha Pereira e Paulo Luiz Netto Lobo, à qual nos referimos no item 5.1.3, supra.

responsabilidade civil por meio da reparação dos danos morais, dos quais trataremos no Capítulo 6, a seguir.

5.3 A AFETIVIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA

Vimos, ao longo deste trabalho, que a afetividade, por ser inerente aos seres humanos, está presente em todas as condutas jurídicas. Portanto, manifestam-se em todos os ramos do Direito. Neste capítulo já tratamos da influência dos fatores afetivos especificamente no Direito Constitucional e no Direito Civil e vimos que se trata verdadeiramente de um princípio jurídico, já que permeia todas as relações jurídicas e se consagra como valor a ser protegido.

Ademais, a virada paradigmática da Modernidade para a Pós-Modernidade produziu efeitos sobre todas as áreas do Direito, tendo como aspectos principais a centralização da dignidade humana enquanto valor fundamental, a força cogente dos princípios constitucionais e a eficácia imediata dos direitos fundamentais. No plano do Direito Civil, revela a importância da tutela dos direitos da personalidade como instrumento de realização da dignidade humana.

A afetividade surge em meio a esta revolução axiológica e epistemológica, situando-se como um dos fundamentos das condutas jurídicas e como um valor a ser preservado pelo Direito. Na atualidade, a afetividade se consagra como um verdadeiro princípio jurídico, correlato ao princípio da solidariedade que tem assento constitucional.

Mas, se a afetividade é imanente aos seres humanos, desenvolve-se ao longo da vida e se projeta para o exterior influenciando todas as condutas jurídicas, ela se torna mais evidente naquelas relações de natureza familiar. Cabe considerar que o Direito de Família é, dentre todos os ramos do Direito, aquele que sofreu e vem sofrendo as maiores transformações em decorrência da virada paradigmática acima referida. Isso porque as relações familiares sofreram profundas transformações na última quadra do século passado, a demandar soluções jurídicas inovadoras.

Procuraremos, neste item, demonstrar a importância e o significado dos aspectos afetivos da personalidade nas relações familiares e suas consequências imediatas para o Direito de Família.

5.3.1 A afetividade como determinante das relações familiares

Partimos mais uma vez do pressuposto de que a afetividade é inerente à personalidade e, por isso, encontra-se na base de toda conduta jurídica. Pela mesma razão,

os aspectos afetivos da personalidade constituem um valor jurídico a ser preservado na vida em sociedade. Mas é nas relações jurídicas do Direito de Família que a afetividade se manifesta de maneira mais expressiva, uma vez que as próprias relações familiares são permeadas pelos afetos. Podemos dizer que as relações familiares, antes de serem jurídicas, são afetivas.

No Direito de Família, as relações podem ser conjugais ou parentais, conforme se refiram aos vínculos entre marido e mulher, entre companheiro e companheira, ou aos elos entre pais e filhos, entre irmãos, entre primos, entre tios e sobrinhos, avós e netos etc. Todas essas relações são regidas pelos princípios da igualdade e da solidariedade, tendo como pano de fundo o princípio fundamental da dignidade humana. Algumas, porém, encerram relações de poder e de subordinação, especialmente aquelas regidas pelo instituto do poder familiar.

Traço característico das relações de família é a interdependência econômica e afetiva entre os seus membros. Essa, por sinal, é a razão de ser da própria família: possibilitar o desenvolvimento físico e psíquico dos seus integrantes. Hannah Arendt explica que, desde os primórdios da humanidade, os homens foram compelidos à vida familiar por suas necessidades e carências, pois a vida, para manutenção individual e sobrevivência da espécie, requer a companhia dos outros. Na Antiguidade, a manutenção individual era tarefa do homem e a sobrevivência da espécie era tarefa da mulher. Essas funções naturais, o labor do homem no suprimento de alimentos e o labor da mulher no parto, eram sujeitas à mesma premência da vida. Sendo assim, a vida em família está relacionada às condições de vida do homem, em sua trajetória sobre o Planeta Terra.³³³

Pois bem. A noção de pertencimento a um determinado núcleo familiar pode ser medida pelo grau de dependência econômica e afetiva que liga o membro ao grupo. Não se pode dizer pertencente a uma determinada família aquela pessoa que dela não depende, nem econômica nem afetivamente, em que pese a eventual proximidade do laço consanguíneo. No entanto, pertence a uma família a pessoa que se mantém ligada ao grupo, estabelecendo trocas afetivas e mantendo relações de interdependência econômica, mesmo que o grau de parentesco consanguíneo seja distante ou ausente.

Disso decorre que os vínculos de consanguinidade não são essenciais às relações familiares. Em primeiro lugar, porque marido e mulher não possuem laços consanguíneos e, não obstante, pertencem à mesma família. Por outro lado, a legislação reconhece o

³³³ Hannah Arendt, *A condição humana*, cit., p. 40.

parentesco entre pais e filhos, entre irmãos etc., independentemente da inexistência de laços consanguíneos. Já a dependência econômica e afetiva é traço característico das relações familiares, sejam quais forem os elos que unem as pessoas em um mesmo núcleo familiar.

Cabe lembrar ainda que a família é o *locus* de realização da afetividade, pois é nela que se realizam as experiências afetivas que vão moldar a personalidade e determinar a qualidade das relações a serem desenvolvidas pelos indivíduos na vida social e política. Conforme dissemos nas linhas acima, as relações familiares se caracterizam pela interdependência econômica e afetiva entre os seus membros, de modo que é na família que os indivíduos se experienciam, trocam experiências afetivas, aprendem a lidar com os afetos e, com isso, se constituem enquanto seres humanos e se desenvolvem com vista à vida em sociedade.³³⁴ Não por outra razão que se afirma, desde tempos imemoriais, que *a família é a célula-mater da sociedade*, pois é no seu interior que se formatam os indivíduos e, principalmente, que se formata o caráter das pessoas, preparando-as para a vida em sociedade.³³⁵

De acordo com as teorias psicológicas analisadas no Capítulo 3, a afetividade constitui a pessoa humana. Mas vem também dessas ciências a noção de que a afetividade não é a mesma em todos os momentos da existência humana; ao contrário, acompanha o desenvolvimento da pessoa conforme as diversas fases da vida, desde a primeira infância até a idade adulta. Porém, considerando que o ser humano é um ser inacabado, em permanente construção, a afetividade se constrói e reconstrói ao longo da vida, conforme as oscilações e vicissitudes da própria vida. Não bastasse, a afetividade corresponde aos

³³⁴ O professor Sérgio Resende de Barros faz um minudente estudo sobre a ideologia do afeto e conclui que o afeto é o elemento característico das relações familiares: “Na realidade, o que identifica a família é um afeto especial, com o qual se constitui a diferença específica que define a entidade familiar. É o sentimento entre duas ou mais pessoas que se afeiçoam pelo convívio diuturno, em virtude de uma origem comum ou em razão de um destino comum, que conjuga suas vidas tão intimamente, que as torna cônjuges quanto aos meios e aos fins de sua afeição, até mesmo gerando efeitos patrimoniais, seja de patrimônio moral, seja de patrimônio econômico. Este é o afeto que define a família: é o afeto conjugal. Mais conveniente seria chamá-lo afeto familiar, uma vez que está arraigada nas línguas neolatinas a significação que, desde o latim, restringe o termo cônjuge ao binômio marido e mulher, impedindo ou desaconselhando estendê-lo para além disso. Mas, embora o afeto conjugal entre marido e mulher seja a espécie mais relevante, não é a única espécie de afeto familiar” (Sérgio Resende de Barros, *A ideologia do afeto*, *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, v. 14, jul./set. 2002, p. 9 e ss.)

³³⁵ Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 5 – Direito de família, p. 13. Sílvio Rodrigues, *Direito civil. Direito de família*. 28. ed. rev. e atualizada por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 6, p. 5; Sílvio de Salvo Venosa, *Direito civil. Direito de família*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 20; Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*. 16. ed. revista e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. V, p. 4; Giselle Câmara Groeninga, *Direito e psicanálise*, p. 258. A expressão foi utilizada também por Rui Barbosa, no poema *Sinto vergonha de mim*.

estados afetivos, os quais são conformes aos estímulos que recebemos do ambiente, de modo que podemos adoecer da afetividade se não houver a manutenção permanente do equilíbrio das trocas afetivas. Na expressão de Freud, *é preciso amar para não adoecer*.³³⁶

Por tudo isso, é importante a existência de um ambiente familiar favorável ao desenvolvimento dos laços afetivos, à experiencição, ao aprendizado, ao crescimento do ser humano, pois é na família que nos sentimos à vontade para exprimir abertamente os nossos sentimentos e receber os estímulos daqueles que nos cercam; afetar e sermos afetados em um grau de liberdade que não se encontra nas outras espécies de relacionamentos.

Por essa razão é que se afirma, com frequência, que a família é o *locus* da afetividade, bem como que a afetividade é traço característico das relações familiares. É porque em nenhum outro lugar nos sentimos tão à vontade, em nenhuma outra modalidade de relacionamento temos tanta liberdade para afetar e sermos afetados, expressarmos a nossa afetividade, como temos na família.

Como consequência da interdependência econômica e afetiva, surge claramente a noção de responsabilidade que todos devemos ter, uns para com os outros, no âmbito das relações familiares.³³⁷ Se existem relações de interdependência econômica e afetiva, somos responsáveis pela constituição e desenvolvimento do outro. Podemos exigir proteção, mas devemos possibilitar a proteção do outro.³³⁸

A *interdependência econômica e afetiva* sempre foi inerente ao conceito de família, ao passo que a *responsabilidade* surge como consequência da virada paradigmática da Modernidade para a Pós-Modernidade, diante da necessidade de proteger a pessoa humana e todos os seus atributos, dentre os quais destacamos os aspectos afetivos da personalidade.

Em suma, *interdependência* e *responsabilidade* são expressões que integram o conceito de família, das quais resultam consequências jurídicas importantes, principalmente no que se refere à quebra inopinada dos laços familiares, com danos à

³³⁶ Sigmund Freud, *Introdução ao narcisismo*, 1914, apud Carlos Alberto Plastino, *O primado da afetividade*, cit., p. 76.

³³⁷ Águida Barbosa, em sua cruzada incansável em defesa da mediação como método ou meio para composição dos conflitos, chama a atenção para a responsabilidade que temos uns para com os outros, especialmente no período que se segue à separação ou ao divórcio, em que as pessoas ainda desconhecem os seus novos papéis e se encontram vulneráveis e sensíveis (Águida Arruda Barbosa, Amor e responsabilidade, *Boletim do IBDFAM*, n. 33, 2006).

³³⁸ Agnes Heller e Ferenc Fehér afirmam que a ideia de responsabilidade está relacionada à noção de comando ou de controle da situação em que se pratica determinado ato (*A condição política pós-moderna*, cit., p. 94-95). Também a professora Giselda Hironaka analisa a evolução do conceito de família desde Aristóteles até os nossos dias, inclusive sob o prisma das relações de dependência e de responsabilidade, concluindo que as relações paterno-filiais não são de poder e de dominação, mas simplesmente afetivas (Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Responsabilidade civil na relação paterno-filial, cit.).

integridade física e psíquica da vítima. Da quebra dos laços de afetividade resultam danos à integridade psíquica; da quebra dos laços de interdependência econômica resultam danos à integridade física.

5.3.2 O dever de prestar afeto

Já vimos que a família é o lugar da afetividade, isto é, o lugar onde ela surge e se expressa, constituindo e desenvolvendo a personalidade dos seres humanos. Vimos também que as relações de família se caracterizam pela interdependência econômica e afetiva entre os seus membros, de onde surge a noção de que somos protegidos pelo grupo familiar, mas também somos responsáveis pela proteção dos demais membros do grupo. Não é por outra razão que a doutrina jurídica tem discutido sobre a possibilidade de se impor o dever de prestar afeto.³³⁹

Interdependência e responsabilidade são as palavras-chave para caracterizar o dever de prestar afeto que deve permear as relações de família. A interdependência gera na pessoa uma justa expectativa em relação ao comportamento da outra. Nas palavras de Cristiano Chaves de Farias, essas relações se regem pelo princípio da confiança.³⁴⁰ Na dicção de Flávio Tartuce, trata-se de hipótese de aplicação do princípio da boa-fé objetiva nas relações de família.³⁴¹ O fato é que todos esperam que seus pais, seus irmãos etc. tenham um comportamento leal no que se refere à sua proteção econômica e afetiva. Do mesmo modo, espera-se que cada um dos membros tenha um comportamento leal em relação ao grupo.

Considerando que a afetividade é uma necessidade humana, todos têm, por força do princípio da confiança ou da boa-fé objetiva, o dever jurídico de atender a essa necessidade dentro do grupo familiar, em virtude das relações de interdependência afetiva. Em verdade, a não prestação de condutas adequadas ao desenvolvimento e à manutenção da estrutura psíquica das pessoas no ambiente familiar constitui ato ilícito, a merecer reparação jurídica por vários modos, conforme trataremos no capítulo a seguir.

A responsabilidade está relacionada ao cumprimento adequado das regras de convivência ou à influência e ao controle que exercemos sobre as outras pessoas, de acordo com a natureza dos relacionamentos.³⁴² No caso dos relacionamentos familiares, tendo

³³⁹ Julie Cristine Delinsk, *O novo direito da filiação*, cit., passim; Paulo Luiz Netto Lobo, *Princípio jurídico da afetividade na filiação*, cit.

³⁴⁰ Cristiano Chaves de Farias, *A tutela jurídica da confiança aplicada ao direito de família*, cit., p. 241-271.

³⁴¹ Flávio Tartuce, *O princípio da boa-fé objetiva no direito de família*, cit.

³⁴² Nesse sentido, confira-se Agnes Heller e Ferenc Fehér, *A condição política pós-moderna*, cit., p. 94-95.

presente a relação de interdependência que os permeia, frequentemente uma pessoa se encontra em situação de controle ou de domínio sobre outra, do que resulta a sua responsabilidade.

É certo que não se pode impor juridicamente o dever de prestar afeto na acepção estrita do termo. Este, por sinal, é o argumento fácil e mais frequentemente utilizado por aqueles que se opõem à denominada doutrina do afeto. Mas já vimos nas linhas acima (item 4.3.7) que, enquanto o *comportamento afetivo* não pode ser exigido juridicamente, o mesmo não se pode dizer dos *comportamentos pró-afetivos*, isto é, aquelas condutas que possibilitam a emergência e o desenvolvimento da afetividade nas pessoas com as quais mantemos relações de interdependência.

Não custa nada lembrar que *comportamento afetivo* é aquele que corresponde exatamente ao estado afetivo do agente no momento da ação, enquanto o *comportamento pró-afetivo* não guarda necessariamente esta relação com os sentimentos, as emoções e as paixões que dominam o psiquismo da pessoa no instante em que se comporta. O Direito pode exigir que alguém se comporte de determinado modo, mesmo que a conduta não corresponda ao real estado afetivo do obrigado, como acontece, por exemplo, quando impõe que o contratante aja com lealdade e de boa-fé (CC, arts. 113 e 422).

Também no plano dos afetos, conquanto não se possa impor a alguém que ame ou odeie determinada pessoa, pode-se exigir que apresente condutas que possibilitem o surgimento, a manutenção e o desenvolvimento dos afetos, ainda que tais condutas não correspondam exatamente ao estado afetivo do obrigado no momento da prestação.³⁴³

Considerando a noção de responsabilidade mencionada no item anterior, entendemos que o dever de prestar comportamentos pró-afetivos fica a cargo daqueles que se encontram em situação de controle ou de comando dentro dos relacionamentos. Esse dever existe nas relações conjugais, entre cônjuges e entre companheiros e companheiras, por força dos deveres de lealdade e de mútua assistência, os quais são corolários do princípio da solidariedade. Existe também, com maior razão, nas relações entre pais e filhos, que se caracterizam pela subordinação em virtude do poder familiar.

Cabe salientar que a não prestação dessas condutas constitui ato ilícito, a merecer reparação jurídica, conforme veremos no Capítulo 6, logo a seguir.

³⁴³ Paulo Luiz Netto Lobo partilha deste entendimento ao dizer que “A afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes com relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles” (Paulo Luiz Netto Lobo, A nova principiologia do direito da família e suas repercussões, cit.).

5.3.3 Guarda compartilhada

O instituto da guarda compartilhada é uma das mais evidentes demonstrações do reconhecimento da afetividade como valor jurídico a ser preservado no plano da vida. Há muito tempo a medida vem sendo reclamada pelos especialistas em Direito de Família, como forma de atender mais adequadamente às necessidades afetivas dos filhos e também dos próprios pais em processos de separação.

Tradicionalmente, a solução dada pela Justiça em casos de separação, divórcio ou desconstituição de união estável é que os filhos permaneçam sob a guarda materna, cabendo ao pai exercer o direito de visitas e pagar pensão alimentícia. Essa solução-padrão, aplicada indistintamente a todos os casais, produzia – e ainda produz – inúmeros inconvenientes. Primeiro, porque o pai ou a mãe que permanecia com a guarda dos filhos passava a gozar de maior influência sobre os mesmos, exercendo quase exclusivamente o poder familiar, enquanto o outro era relegado ao segundo plano, assumindo o papel de visitador e de pagador de pensão. Como consequência, o pai ou mãe que ficava sem a guarda dos filhos acabava se afastando, o que resultava em prejuízo para a formação das crianças. Esta situação era motivo de conflitos e disputas intermináveis, a começar pela posse dos filhos, passando pela regulamentação do regime de visitas e, finalmente, pelo aumento ou diminuição do valor da pensão. O pagamento de pensão sempre produz naquele que paga um sentimento de desperdício do seu dinheiro e naquele que recebe uma sensação de insuficiência.

Por isso, não resta dúvida de que o compartilhamento da guarda dos filhos, em caso de separação dos pais, é solução imensamente mais benéfica para todas as partes envolvidas, tendo como resultado final o melhor relacionamento entre pais e filhos. A psicóloga e psicanalista Maria Antonieta Pisano Motta é incisiva ao afirmar que as decisões tradicionais, que atribuem a guarda dos filhos à mãe e visitas quinzenais ao pai, jamais atenderam aos interesses dos filhos de casais separados, pois atribuem papel secundário a um dos pais, tanto na convivência como na participação na criação e educação dos filhos. A autora assinala que a continuidade da convivência com ambos os pais, após a separação, é indispensável para o desenvolvimento emocional dos filhos. Além disso, a guarda única ou uniparental tem produzido litígios e incitado disputas das partes pela guarda e visita dos filhos, que no mais das vezes mascaram razões menos nobres, como vingança pessoal e outras relacionadas com a obrigação alimentar.³⁴⁴

³⁴⁴ Maria Antonieta Pisano Motta, Compartilhando a guarda no consenso e no litígio. In: Rodrigo da Cunha Pereira, *Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 591-601.

Curiosamente, era forte a resistência oferecida por juízes e promotores das varas de família, sob o argumento de que a medida resultaria em prejuízo para a vida dos filhos que, a seu ver, necessitam de uma rotina regular de vida. O argumento não convence porque, considerando a influência do princípio da afetividade sobre as relações familiares, é certo dizer que as crianças necessitam verdadeiramente do afeto e da proteção do pai e da mãe, a despeito do fato de estarem separados.

A recém-promulgada Lei n. 11.698, de 13 de junho de 2008, deu nova redação aos arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, para admitir a atribuição de guarda compartilhada ao pai e a mãe em processo de separação. Nos termos do art. 1.583, § 1º, entende-se por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

A nova disposição de lei traz importantes inovações, a começar pelo fato de que a guarda dos filhos, seja unilateral, seja compartilhada, é atribuída pelo juiz tendo em vista sempre os interesses dos filhos. Não se trata, pois, de mera disposição de vontade das partes simplesmente homologada pelo juiz. Dentre os interesses da criança, a lei destaca, em primeiro lugar, o afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar.

Lamentavelmente, o legislador não deu melhor atenção ao direito de visitas, mantendo a visão de que se trata de um direito do pai ou da mãe que não detém a guarda dos filhos menores (CC, art. 1.589). Em verdade, entendemos que os filhos têm o direito de serem visitados pelo pai ou pela mãe que não detém sua guarda, de modo a preservar os laços de afetividade inerentes ao relacionamento rompido. Merece ser lembrada, mais uma vez, a lição de Agner Heller e Ferenc Ferér, tantas vezes referida, no sentido de que a responsabilidade encontra-se com aquele que se encontra no controle de uma situação. No caso, o filho menor de idade não tem condições de realizar visitas ao pai ou à mãe que não detém sua guarda, de modo que a responsabilidade deve ser atribuída a este pai ou a esta mãe que, efetivamente, tem a disponibilidade de visitar o filho.

Conforme já foi dito, a disputa pela guarda dos filhos não raro é motivada por interesses econômicos relacionados com o pagamento da pensão alimentícia e a fixação da guarda compartilhada, em princípio, desobrigaria os pais do pagamento de pensão. No entanto, a fixação da guarda, seja unilateral seja compartilhada, deve ter em mira unicamente o atendimento às necessidades afetivas e materiais das crianças, cabendo ao juiz e ao promotor de justiça atentar para o atendimento a essa finalidade, afastando as pretensões motivadas exclusivamente por outros interesses egoísticos dos pais.

Deve-se mencionar, por último, que a fixação da guarda compartilhada requer condições mínimas dos genitores em processo de separação. Vale dizer, é necessário que as partes mantenham um mínimo de relacionamento, a fim de que o compartilhamento se torne possível e reverta realmente em benefício dos filhos. Isso porque o compartilhamento da guarda entre pessoas que não se entendem e que não compreendem o alcance da medida, certamente será foco de contínuas desavenças, gerando um ambiente afetivo absolutamente desfavorável aos interesses da criança. Nesta hipótese, entendemos que o juiz deve optar pela guarda unilateral, com regulamentação de horários determinados para visitas.

De qualquer modo, o compartilhamento da guarda representa, antes de tudo, o reconhecimento do papel central da afetividade no âmbito das relações de família e sua importância para o adequado desenvolvimento das pessoas, no caso, os filhos de pais separados. O instituto possibilita uma melhoria na qualidade dos relacionamentos entre pais e filhos, o que só pode resultar em benefício para todos e, em particular, para o desenvolvimento sadio da estrutura psíquica dos filhos.

5.3.4 Paternidade socioafetiva

Um dos temas mais palpitantes do Direito de Família, na atualidade, é a discussão sobre a prevalência da paternidade socioafetiva em relação à paternidade biológica. De fato, nos dias que correm, os relacionamentos se caracterizam pela fluidez e pela temporariedade, num ambiente em que as pessoas se unem e se separam com extrema facilidade e com muita frequência.

A própria Constituição reconhece a natureza de entidade familiar, não somente às uniões fundadas no casamento, mas também àquelas formadas livremente entre homem e mulher e aos núcleos formados por qualquer dos genitores e seus filhos (CF, art. 226, §§ 3º e 4º). No presente momento, postula-se o reconhecimento das uniões estáveis entre homossexuais como entidade familiar.³⁴⁵

Ocorre que do trânsito das pessoas entre um e outro relacionamento amoroso não raro decorre que os filhos de um relacionamento venham a fazer parte da nova família

³⁴⁵ Paulo Luiz Netto Lobo, Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: Rodrigo da Cunha Pereira, *Anais III Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 89-107; Maria Berenice Dias, Filiação homoafetiva. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.), *Anais IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 393-398.

constituída pelo pai ou pela mãe, dando origem àquilo que se convencionou chamar *famílias mosaicas*.³⁴⁶

É muito comum que o pai ou a mãe que ficou com a guarda dos filhos em virtude da separação, carregue-os para um novo relacionamento, ao mesmo tempo em que o pai ou mãe que não detém a guarda, paulatinamente, se afaste dos filhos. Essa é uma situação que não gera propriamente abandono afetivo, mas apenas um afastamento decorrente das circunstâncias de vida.

Via de regra, em caso de separação do casal, os filhos ficam sob a guarda da mãe, enquanto o pai se obriga a pagar pensão alimentícia e realizar visitas quinzenais. A mãe se une a outro homem, seja pelo casamento ou por união estável e carrega os filhos para essa nova família. O pai acaba se afastando dos filhos, seja por causa do novo relacionamento da ex-mulher, seja porque ele também vem a constituir nova família e tem outros filhos, aos quais passa a se dedicar. Seu afastamento em relação aos filhos do casamento anterior abre espaço para que o novo companheiro da ex-mulher assuma, em certa medida, as funções de pai na vida dos filhos.

Na maioria dos casos, o papel assumido pelo novo companheiro da mãe não passa da figura do padrasto, até porque esse novo relacionamento também se caracteriza pela fluidez e precariedade natural nos tempos atuais. Mas há casos em que o novo marido ou companheiro da mãe assume inteiramente a figura paterna, desenvolvendo laços afetivos profundos em relação aos filhos da esposa ou companheira. Nesses casos, estamos diante de *paternidade socioafetiva*.³⁴⁷

Outra situação muito frequente é aquela em que um homem começa a namorar uma mulher que se encontra grávida ou que tem filho não reconhecido pelo pai. Esse homem, então, imbuído de sentimentos de compaixão e de solidariedade, se dispõe a reconhecer o filho da companheira, dando-lhe o seu nome. Trata-se de uma situação extremamente difícil porque, de regra, o homem toma essa atitude por estar apaixonado pela mulher e,

³⁴⁶ Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira e Konstanze Röhrmann, As famílias pluriparentais ou mosaicos. In: Rodrigo da Cunha Pereira. *Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 507-529.

³⁴⁷ Denise Duarte Bruno prefere a denominação *parentalidade socioafetiva* em lugar de *paternidade socioafetiva*, pois no seu entendimento aquela expressão seria compreensiva também dos vínculos maternos. O termo “parent” no idioma inglês designa tanto o pai quanto a mãe (Denise Duarte Bruno, Posse do estado de filho. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 461-472). Todavia, convém lembrar que o termo *parente*, em português, serve para designar todos os elos de parentesco. Sendo assim, preferimos a designação *paternidade socioafetiva*, seja porque já se encontra consagrada na doutrina, seja também porque a maior parte das situações de vida designadas por essa expressão se refere aos laços de afeto formados entre os filhos de uma mulher separada ou divorciada com o seu novo marido ou companheiro.

posteriormente, caso o relacionamento venha a terminar, frequentemente se arrepende e procura rever o seu ato. No entanto, com frequência acontece de o homem nessas condições se afeiçoar verdadeiramente pelo filho da companheira e assumir efetivamente a condição de pai. Neste caso, configura-se também a *paternidade socioafetiva*.

Outra situação bastante comum é aquela em que os pais ou o irmão registram o neto ou o sobrinho como se fosse filho, com o intuito de acobertar uma gravidez indesejada da filha ou da irmã. A criança é tratada e considerada como se fosse filha daqueles que a registraram, mantendo em relação a estes uma verdadeira relação paterno-filial. Também nesses casos estamos diante de *paternidade socioafetiva*.

O professor João Baptista Vilela foi um dos primeiros autores a afirmar a primazia do fator socioafetivo sobre o biológico.³⁴⁸ Por sua vez, Paulo Luiz Lobo Netto também tem sustentado a prevalência do vínculo afetivo em relação ao biológico, quando se trata de determinar a paternidade. Em precioso artigo intitulado “O princípio jurídico da afetividade na filiação”, este autor destaca as transformações sofridas no conceito de família e defende que a afetividade é um princípio que dever permear todas as relações jurídicas em Direito de Família por força do art. 227, §§ 5º e 6º, da Constituição e do princípio da dignidade da pessoa humana que é o fundamento da ordem jurídica e institucional. O autor conclui que a Constituição não mais privilegia a família matrimonializada e patrimonializada, mas sim a família constituída com base nas relações de afeto. Por isso, não são mais os laços biológicos que caracterizam a família, mas sim os laços de afetividade.³⁴⁹

Em verdade, sempre que falamos em paternidade socioafetiva estamos nos referindo aos vínculos que se baseiam exclusivamente nos afetos, independentemente da realidade biológica. Além disso, essa modalidade de relação paterno-filial se caracteriza pela *posse do estado de filiação*, que é uma situação de fato apta a gerar efeitos jurídicos.³⁵⁰

³⁴⁸ João Baptista Vilela, Desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 21, 1979.

³⁴⁹ Paulo Luiz Netto Lobo, Princípio jurídico da afetividade na filiação, cit.

³⁵⁰ Paulo Luiz Netto Lobo. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: Rodrigo da Cunha Pereira. *Anais IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 505-530: “A posse do estado de filiação constitui-se quando alguém assume o papel de filho em face daquele, ou daqueles, que assume(m) o papel ou lugar de pai ou mãe ou de pais, tendo ou não entre si vínculos biológicos. A posse do estado de filiação é a exteriorização da convivência familiar e da afetividade, segundo as características adiante expostas, devendo ser contínua”. A assistente social Denise Duarte Bruno prefere falar em parentalidade socioafetiva, que se caracteriza pela posse do estado de filho em relação a um adulto do qual a criança não é filho biológico (Denise Duarte Bruno, Posse do estado de filho, cit.).

Na jurisprudência, encontramos decisões que prestigiam a relação paterno-filial estabelecida com base no afeto, a despeito do vínculo biológico que eventualmente ligue o filho a outra pessoa. A título de exemplo, podemos citar a recente decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, na qual ficou estabelecido que os laços de afetividade prevalecem sobre o vínculo biológico.³⁵¹ Mas há casos em que os tribunais adotam posição contrária, como é o caso do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que admitiu a alteração do registro de nascimento de criança anteriormente reconhecida por outro homem, ao argumento de que se deve priorizar a paternidade biológica em relação à socioafetiva, desde que o filho também mantenha laços de afeto com o pai biológico.³⁵²

A verdade é que não há como traçar uma regra geral destinada a regular todas as relações paterno-filiais, seja para estabelecer que são regidas unicamente pela afetividade, seja para dizer que se fundam exclusivamente no vínculo biológico. O problema é complexo e, como tal, deve ser tratado pelo Direito, inclusive com recurso às ciências médicas, psicológicas e sociais.

Devemos compreender que a definição do *dever-ser*, no plano jurídico, passa por uma análise do *ser*, que, no caso, é fornecida pelas outras ciências: Medicina, Engenharia Genética, Psicologia, Sociologia, Serviço Social, enfim. Estas ciências dizem, em termos de *ser*, quais são as circunstâncias que rodeiam o fato a ser analisado pelo Direito; no caso, uma relação de paternidade.

³⁵¹ No caso, a autora foi registrada pelo atual companheiro da mãe, quando contava nove meses de idade. Posteriormente, propôs ação de investigação de paternidade contra o pai biológico, com pedido cumulado de alimentos. Foi produzida prova pericial e a ação julgada procedente em primeiro grau. Ao apreciar o recurso de apelação, o TJSC reformou parcialmente a sentença, reconhecendo a paternidade biológica apenas para “fins genéticos”, sem qualquer repercussão parental ou sucessória e mantendo a paternidade socioafetiva. Na fundamentação, o relator argumentou que o reconhecimento voluntário da filiação está sedimentado por elos de afetividade e que este parentesco, amparado nos princípios do moderno Direito de Família, prepondera sobre os laços biológicos; nem mesmo o posterior reconhecimento da verdade biológica pode levar à desconstituição da paternidade socioafetiva, pois o mero vínculo consanguíneo não pode apagar os anos de afeto e de dedicação (TJSC – 4ª Câmara, Apel. Cível n. 2005.000406-5, Araranguá, rel. Desemb. Monteiro Rocha, j. 23.06.2008).

³⁵² ALTERAÇÃO DO REGISTRO DE NASCIMENTO – MENOR – POSSIBILIDADE. Apelação Cível – Reivindicação da paternidade – Exame de DNA comprobatório – Paternidade biológica x paternidade socioafetiva – Princípio do Melhor Interesse do Menor – Alteração do registro de nascimento – Possibilidade. O reconhecimento dos filhos através de registro público é irrevogável. No entanto, tal fato não implica a vedação de questionamentos em torno da filiação, desde que haja elementos suficientes para buscar a desconstituição do reconhecimento anteriormente formulado. A primazia da dignidade humana perante todos os institutos jurídicos é uma característica fundamental da atual Constituição Federal. Nesse sentido, e em face da valorização da pessoa humana em seus mais diversos ambientes, inclusive no núcleo familiar, surgiu o Princípio do Melhor Interesse do Menor. A Constituição Federal tornou equivalentes os laços de afeto e de sangue, acabando com a discussão sobre qual dessas é a verdadeira filiação. Na hipótese de conflito entre a paternidade biológica e a paternidade afetiva, deve-se priorizar aquela em detrimento desta, desde que o filho mantenha, também com o pai biológico, laços de afeto (TJMG – 4ª Câmara, Cível; Apel. Cível n. 1.0024.05.737489-4/002, Belo Horizonte, rel. Desemb. Dárcio Lopardi Mendes, j. 09.11.2006, v.u.).

É evidente que a afetividade ingressa nesse questionamento, devendo a equipe multidisciplinar presente nos foros judiciais fornecer ao juiz uma avaliação acerca da natureza e da intensidade dos laços de afeto que ligam a criança àquele que se apresenta como pai afetivo. A questão é saber se, em cada caso, esse vínculo afetivo é tão intenso e definido, a ponto de infirmar a paternidade biológica, pois não basta que o pai tenha dado sustento material ao pretense filho: é necessário que ambos se considerem como pai e filho e que se apresentem como tais na vida em sociedade.

A constatação de que o vínculo de afetividade existente entre duas pessoas é de natureza paterno-filial e de que sua intensidade é tal que eventual rompimento pode causar dano à estrutura psíquica, conduz à conclusão de que se trata de uma situação consolidada, a demandar proteção jurídica, como temos visto em algumas decisões judiciais.

No entanto, o pai biológico tem a seu favor o vínculo genético, o qual não é suficiente para determinar a paternidade; é necessário que a ele se some o elemento afetivo para configurar aquilo a que chamamos *paternidade integral*.³⁵³ Não havendo outra pessoa a postular a paternidade socioafetiva ou, em havendo, o vínculo de socioafetividade seja tênue ou não caracterize relação paterno-filial, deve-se dar oportunidade ao pai biológico para que este construa, a partir da ligação genética que detém, uma paternidade socioafetiva.

Nos casos em que a disputa pela paternidade envolve de um lado o pai biológico que tem apenas o elo consanguíneo e, do outro, o pai socioafetivo que demonstra a natureza paterno-filial e a intensidade dos laços que mantém com a criança, bem como que a situação encontra-se consolidada pelo decurso do tempo e pela ausência do pai biológico, a decisão deve ser pela prevalência do vínculo socioafetivo.

Um importante argumento em desfavor da doutrina do afeto é que o vínculo genético é estável e permanente, ao passo que os afetos são instáveis e se modificam com frequência. O argumento é consistente, ainda mais se considerarmos a fluidez e precariedade dos relacionamentos amorosos nos dias atuais. É muito comum que o novo companheiro da mulher se afeioe e assuma a paternidade do filho desta, proveniente de um relacionamento anterior, mas logo em seguida se arrependa do gesto praticado, normalmente diante do fim do relacionamento com a mãe da criança.

³⁵³ Romualdo Baptista dos Santos, É possível trocar de pai? In: Giselda Maria Novaes Fernandes Hironaka (Coord.). *A outra face do Poder Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, São Paulo: Escola Paulista de Direito, 2005, p. 365-393.

Para rebater essa crítica, devemos recorrer às especificações dos afetos fornecidas por Pierre Debray-Ritzen e Badrig Melekian, de que tratamos no item 2.4, supra. Os afetos que devem informar uma relação paterno-filial, certamente não são as paixões, que se caracterizam pela fixação obstinada em um objeto de afeição; nem tampouco as emoções que percorrem o psiquismo em determinados momentos, mas logo se esgotam. Os afetos que devem determinar a relação paterno-filial são os sentimentos, como o amor e a compaixão, que são estados afetivos moderados, porém mais complexos, mais organizados e, por isso mesmo, mais estáveis e duradouros do que as outras duas modalidades.

A própria expressão *laço afetivo*, normalmente utilizada para caracterizar os relacionamentos entre pais e filhos, enuncia a existência de algo relativamente estável e duradouro. As emoções, por serem afetos momentâneos, não chegam a constituir laços; e as paixões normalmente são unilaterais, intensas e exageradas, não contribuindo para a formação de laços afetivos.

Com base nisso, podemos dizer que a relação paterno-filial se caracteriza pela existência de sentimentos entre pai e filho e não pelas paixões arrebatadoras ou pelas emoções passageiras. Essa é a razão pela qual nem todo relacionamento afetivo pode servir de base para suportar um vínculo de paternidade, para o qual se exige alguma estabilidade.

O que se pode depreender do que foi dito é que, de qualquer modo, a afetividade é decisiva para a definição da paternidade, já que a verdadeira paternidade é sempre socioafetiva.³⁵⁴ No embate entre paternidade biológica e socioafetiva, ou se reconhece que o vínculo socioafetivo é suficiente para determinar a paternidade ou, na ausência ou insuficiência deste vínculo, deve-se permitir que o pai biológico assuma sua função e construa a paternidade socioafetiva a partir da realidade biológica.

É preciso estar atento ao fato de que nem tudo é amor no mundo da afetividade. Conforme foi dito e repetido desde o início deste estudo, o ser humano é complexo, vale dizer que é afetivo, mas também é cúvido e ganancioso. Em muitos casos, a opção pela paternidade afetiva ou pela biológica é motivada por interesses exclusivamente financeiros, o que deve ser desencorajado. Por isso, é necessário perquirir sobre a natureza e a intensidade dos laços afetivos que dão fundamento à paternidade socioafetiva, cujo reconhecimento deve vincular de modo permanente e produzir todos os efeitos jurídicos.

³⁵⁴ Paulo Luiz Netto Lobo sustenta que “toda paternidade é necessariamente socioafetiva, podendo ter origem biológica ou não biológica” (Paulo Luiz Netto Lobo, *Paternidade socioafetiva e o retrocesso da súmula n. 301/STJ*. In: Rodrigo da Cunha Pereira. *Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 795-810).

O reconhecimento da paternidade socioafetiva deve se estribar em sentimentos sedimentados e que guardem alguma estabilidade, de modo a evitar que o eventual desmantelamento da relação afetiva destrua o vínculo de parentesco anteriormente declarado.

5.3.5 Adoção à brasileira

A adoção à brasileira é modalidade de paternidade socioafetiva, mas a destacamos num item próprio porque se reveste de características próprias, em especial porque se constitui mediante prática de ilícito civil e criminal.

Adoção à brasileira, como o próprio nome sugere, é uma criação tipicamente nacional e ocorre naquelas situações em que alguém registra filho alheio como próprio. Ao tempo em que vigoravam valores morais mais rígidos em nossa sociedade, era muito comum os avós registrarem o neto como filho próprio para encobrir a gravidez indesejada da filha solteira, protegendo a filha e o neto da maledicência. Hodiernamente, é muito comum que o homem registre como próprios os filhos anteriores da mulher a quem venha a se unir pelo casamento ou por união estável.

Essa conduta configura o crime previsto no art. 242 do Código Penal, mas sua prática é corrente no meio social e normalmente é marcada por forte caráter altruístico que lhe retira a reprovabilidade. Por outro lado, o fato constitui ilícito civil, visto que o art. 1.604 do Código Civil estabelece, a *contrario sensu*, que o registro civil pode ser anulado, mediante prova de erro ou falsidade.

O problema puramente legal seria fácil de solucionar: uma vez constatado que uma pessoa procedeu ao registro de filho alheio como próprio, deve-se proceder à retificação do registro,³⁵⁵ retirando o nome daquele que registrou indevidamente e, eventualmente, substituindo pelo nome do verdadeiro pai. A pessoa que registrou indevidamente deve responder por crime contra o estado de filiação (CP, art. 242).

Invariavelmente, porém, as situações envolvendo adoção à brasileira geram laços de afetividade entre adotante e adotado, constituindo aquilo que se convencionou chamar de estado de filiação: o filho sente-se filho e assim é tratado pelo pai; o pai se sente pai e assim é considerado pelo filho. A essa altura, o estado filial corresponde ao estado registral, restando apenas o problema biológico que se põe em contrariedade.

³⁵⁵ A jurisprudência utiliza a expressão anulação parcial, mas melhor seria dizer retificação do registro, uma vez que o procedimento visa apenas a retirada do nome daquele que registrou como pai e a eventual inserção do nome do verdadeiro pai, não havendo propriamente desconstituição do registro.

A jurisprudência, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, tem reconhecido a prevalência do vínculo socioafetivo, a despeito da origem biológica, do que resulta a impossibilidade de desconstituir a paternidade estabelecida nessas condições: “Quem adota à moda brasileira não labora em equívoco. Tem pleno conhecimento das circunstâncias que gravitam em torno de seu gesto e, ainda assim, ultima o ato. Nessas circunstâncias, nem mesmo o pai, por arrependimento posterior, pode valer-se de eventual ação anulatória, postulando desconstituir o registro”.³⁵⁶ Registre-se, porém, que, em julgado anterior sobre o mesmo tema, o STJ reconheceu o direito de investigar a origem biológica sem desconstituir a paternidade socioafetiva.³⁵⁷

Acerca desse assunto, Fabíola Santos Albuquerque desenvolve interessante trabalho, no qual procura destacar a afetividade como valor jurídico, a preponderância da paternidade socioafetiva sobre a biológica e a posse do estado de filiação, concluindo que a afetividade é que deve determinar a relação paterno-filial em todas as situações e que descabe a propositura de quaisquer ações com vista à desconstituição da paternidade. A professora defende que a adoção à brasileira deve ser desmistificada da ideia de ilegalidade civil e penal, para ser entendida como instituto jurídico de Direito de Família e como um dos modos pelos quais se constitui a paternidade. Concedido que esta não mais se baseia

³⁵⁶ STJ – 3ª Turma, REsp 1.088.157-PB, rel. Min. Massami Uyeda, j. 23.06.2009.

³⁵⁷ EMENTA. Direito civil. Família. Recurso especial. Ação de investigação de paternidade e maternidade. Vínculo biológico. Vínculo socioafetivo. Peculiaridades. – A “adoção à brasileira”, inserida no contexto de filiação socioafetiva, caracteriza-se pelo reconhecimento voluntário da maternidade/paternidade, na qual, fugindo das exigências legais pertinentes ao procedimento de adoção, o casal (ou apenas um dos cônjuges/companheiros) simplesmente registra a criança como sua filha, sem as cautelas judiciais impostas pelo Estado, necessárias à proteção especial que deve recair sobre os interesses do menor. – O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros. – O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, estabelecido no art. 1º, inc. III, da CF/88, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, traz em seu bojo o direito à identidade biológica e pessoal. – Caracteriza violação ao princípio da dignidade da pessoa humana cercear o direito de conhecimento da origem genética, respeitando-se, por conseguinte, a necessidade psicológica de se conhecer a verdade biológica. – A investigante não pode ser penalizada pela conduta irrefletida dos pais biológicos, tampouco pela omissão dos pais registrais, apenas sanada, na hipótese, quando aquela já contava com 50 anos de idade. Não se pode, portanto, corroborar a ilicitude perpetrada, tanto pelos pais que registraram a investigante como pelos pais que a conceberam e não quiseram ou não puderam dar-lhe o alento e o amparo decorrentes dos laços de sangue conjugados aos de afeto. – Dessa forma, conquanto tenha a investigante sido acolhida em lar “adotivo” e usufruído de uma relação socioafetiva, nada lhe retira o direito, em havendo sua insurgência ao tomar conhecimento de sua real história, de ter acesso à sua verdade biológica que lhe foi usurpada, desde o nascimento até a idade madura. Presente o dissenso, portanto, prevalecerá o direito ao reconhecimento do vínculo biológico. – Nas questões em que presente a dissociação entre os vínculos familiares biológico e socioafetivo, nas quais seja o Poder Judiciário chamado a se posicionar, deve o julgador, ao decidir, atentar de forma acurada para as peculiaridades do processo, cujos desdobramentos devem pautar as decisões. Recurso especial provido (STJ – 3ª Turma. REsp n. 833.712/RS, rel. Min. Nancy Andriighi, j. 17.05.2007, v.u.).

exclusivamente no elo biológico que une pai e filho, a adoção à brasileira é apenas mais uma expressão da vinculação socioafetiva, apta a caracterizar o estado de filiação.³⁵⁸

O que foi dito a respeito da paternidade socioafetiva em geral, aplica-se a esta modalidade denominada adoção à brasileira. Em especial, é preciso perquirir sobre a natureza e a intensidade dos laços afetivos que lhe dão fundamento, pois a declaração da paternidade vincula permanentemente e produz efeitos jurídicos das mais diversas ordens. Além disso, deve-se rechaçar as pretensões de reconhecimento de paternidade afetiva motivadas por interesses meramente financeiros.

5.3.6 Abuso de direito nas relações familiares

Conforme foi dito no início deste item 5, as relações de família se caracterizam pela interdependência afetiva e econômica entre os seus membros. Nessas condições, é natural que as pessoas exerçam influência sobre as outras, dentro dos núcleos familiares e, conforme o grau de interdependência existente em cada caso, podem ocorrer situações de dominação. Sobretudo, as relações de família são caracterizadas pela confiança que um membro deposita no outro, o que, em muitos casos, favorece o abuso.

A expressão *abuso de direito* contém uma contradição intrínseca porque enquanto a pessoa exerce um direito não se pode dizer que esteja cometendo abuso. No entanto, a partir do momento em que essa pessoa excede ao seu direito, sua conduta já se encontra fora do campo de abrangência do seu direito. Para superar essa aparente contradição, a doutrina afirma que o abuso de direito não se refere ao exercício propriamente dito, mas sim ao modo de exercê-lo. Trata-se, pois, de uma mesma ação, que é lícita em si, mas se torna ilícita pelo modo de exercício.³⁵⁹

O abuso de direito equipara-se aos atos ilícitos, por força do art. 187 do Código Civil. Trata-se de uma novidade do novo Código que está em correspondência com os princípios gerais que o orientam: eticidade, socialidade e operabilidade. De acordo com essa principiologia, os direitos devem ser exercidos de acordo com a boa-fé e devem atender a uma funcionalidade, que é a razão da sua existência.³⁶⁰

³⁵⁸ Fabíola Santos Albuquerque, *Adoção à brasileira e a verdade do registro civil*. In: Rodrigo da Cunha Pereira. *Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 347/366: "... somente faz sentido falarmos de estado de filiação sob a égide da afetividade. Tendo como ponto de partida esse princípio, filiamo-nos à corrente doutrinária que defende que, uma vez consolidado o estado de filiação/paternidade torna-se descabida a propositura de tais ações".

³⁵⁹ Flávio Tartuce, *Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*, 3. ed. São Paulo: Método, 2008, v. 2, p. 325, com referência expressa ao magistério de Rubens Limongi França.

³⁶⁰ Nesse sentido, confira-se a lição de Sérgio Cavalieri Filho para quem o fundamento principal do abuso do direito é impedir que o direito sirva como forma de opressão, evitando que o seu titular utilize o seu

Nas relações de Direito de Família, considerando a presença marcante dos aspectos afetivos, pode perfeitamente acontecer que um dos membros se aproveite da confiança que lhe é naturalmente depositada para exceder no exercício dos seus direitos, causando danos aos outros.

Para o desembargador Jones Figueirêdo Alves o abuso de direito em matéria de família configura estelionato do afeto. São suas palavras: “O estelionato do afeto representa a mais severa forma abusiva de direito, em afronta aos princípios da boa-fé, da lealdade e da confiança, da assistência mútua e do respeito recíproco, e a todos os valores de ordem moral e jurídica que compreendem as relações familiares”.³⁶¹

Cabe mencionar que o abuso de direito pode se revelar no âmbito das relações familiares constituídas, nas situações em que um dos membros da família se prevalece das relações de afeto e de confiança, para praticar atos lesivos aos demais. É o caso, por exemplo, do pai ou da mãe que exige trabalhos excessivos dos filhos ou os submete a situações degradantes, tendo em vista o exercício do poder familiar. Por outro lado, o abuso pode acontecer nas relações ainda não constituídas, como é o caso do pai que se recusa a realizar exame de DNA destinado à comprovação da paternidade. Por último, o abuso de direito pode ocorrer nas famílias desfeitas, como é o caso do pai ou mãe que não realiza as visitas estipuladas ou deixa de fazê-las pelo modo ajustado, causando danos morais aos filhos.

Na opinião de Jones Figueirêdo, o abandono afetivo é um desvio desconcertante do direito de ser pai, uma vez que o poder familiar é direito-função que deve ser desempenhado necessariamente em benefício dos filhos e não dos pais. Dados estatísticos do IBGE apontam que os casos de sonegação de paternidade alcançam cerca de 30%, sem contar aqueles pais que assumem apenas a paternidade registral, mas deixam de exercê-la efetivamente. Para este autor, uma tal situação constitui um paradoxo inadmissível, no momento em que o Direito de Família aponta para a valorização dos direitos e interesses das crianças e em que se defende a consagração da relação paterno-filial como um direito fundamental constitucionalmente garantido.³⁶²

poder com finalidade distinta daquela a que se destina (Sérgio Cavalieri Filho, *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 170).

³⁶¹ Jones Figueirêdo Alves, Abuso de direito no direito de família. In: Rodrigo da Cunha Pereira. *Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 481-505.

³⁶² Jones Figueirêdo Alves, Abuso de direito no direito de família. No mesmo sentido, confira-se Maria Celina Bodin de Moraes, Deveres parentais e responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 31, p. 39-66, 2005.

No que se refere ao tema do nosso trabalho, importa dizer que o abuso de direito é conduta ilícita apta a gerar o dever de indenizar. Nas hipóteses tratadas, a criança se vê privada de manter e desenvolver laços afetivos com quem a gerou, o que representa prejuízos para a sua constituição psíquica e, enfim, para a sua constituição plena como ser humano.

5.3.7 Alienação parental

Um fenômeno que tem sido referido com frequência na doutrina jurídica é o da denominada alienação parental. Trata-se da situação em que um dos pais age sobre a criança promovendo campanha denegritória a respeito do outro. O fenômeno é relatado na Medicina por Richard A. Gardner, para quem trata-se de um distúrbio envolvendo “não somente a programação (‘lavagem cerebral’) da criança por um genitor para denegrir a imagem do outro, mas também contribuições criadas pela própria criança em apoio à campanha denegritória do genitor alienador contra o genitor alienado”.³⁶³

O assunto ganhou notoriedade nos últimos tempos, merecendo atenção da imprensa de um modo geral, conforme se observa no *site* www.alienaçãoparental.com.br. No entanto, o tema não representa nenhuma novidade para quem milita no Direito de Família e se depara cotidianamente com situações em que o pai ou a mãe procura incutir na mente dos filhos uma falsa imagem a respeito do outro.

O problema merece tratamento jurídico, devendo os operadores do direito estar atentos para não permitir sua prática. Nas ações em que se discute a guarda de filhos, é preciso desconfiar de pessoas que contam histórias exageradas sobre o comportamento do outro, pois em regra têm somente a intenção de viabilizar sua prevalência e afastar a influência do outro. Se uma pessoa foi casada ou viveu maritalmente com outra durante

³⁶³ “A Síndrome de Alienação Parental (SPA) é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputa de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tem nenhuma justificação. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a ‘lavagem cerebral, programação, doutrinação’) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável. É importante notar que a doutrinação de uma criança através da SAP é uma forma de abuso – abuso emocional – porque pode razoavelmente conduzir ao enfraquecimento progressivo da ligação psicológica entre a criança e um genitor amoroso. Em muitos casos pode conduzir à destruição total dessa ligação, com alienação por toda a vida. Em alguns casos, então, pode ser mesmo pior do que outras formas de abuso – por exemplo: abusos físicos, sexuais e negligência. Um genitor que demonstre tal comportamento repreensível tem uma disfuncionalidade parental séria, contudo suas alegações são a de que é um genitor exemplar” (Richard A. Gardner, *A síndrome de alienação parental*. Tradução de Rita Rafaeli. Disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/6155591/Sindrome-da-Alienacao-Parental-Richard-Gardner>>. Acesso em: 2 nov. 2009.

anos, teve filhos etc., não é crível, ao menos em princípio, que no momento da separação o parceiro tenha se transformado em monstro. Mas a síndrome de alienação parental também deve merecer tratamento psicológico porque revela um distúrbio comportamental grave, certamente agravado pelo medo de perder a guarda dos filhos.³⁶⁴

Aquele que pratica a alienação parental, conquanto seja portador de distúrbio comportamental, causa danos graves à estrutura psíquica dos filhos. Considerando a importância que tem a figura do pai e da mãe para a formação da personalidade e do caráter, é evidente o prejuízo para a criança que se vê tolhida de realizar trocas afetivas adequadas com essas pessoas. Há danos também para o pai ou a mãe que tem dificultado ou impossibilitado um relacionamento adequado com o filho.

Veremos no capítulo a seguir que estas situações merecem tutela pelo Direito, a começar pela regulamentação da guarda e das visitas, passando pela imposição de *astrintes* e até mesmo pela modificação da guarda.

³⁶⁴ O assunto foi tratado em profundidade no Colendo Superior Tribunal de Justiça, em Recurso Especial no qual aparentemente se pretendia unicamente discutir um conflito de competência, mas que na verdade visava alterar artificialmente a competência para obter decisão judicial favorável. No acórdão estão relatados com riqueza de detalhes os problemas criados pela mãe com o objetivo de afastar a presença do pai, com graves danos à estrutura psíquica dos filhos (STJ – 2ª Turma, CC n. 94723/RJ, rel. Min. Aldir Passarinho, j. 24.09.2008, v. u.).

6 A TUTELA JURÍDICA DA AFETIVIDADE

A afetividade é um objeto complexo que se apresenta sobre as mais variadas nuances, de acordo com os ângulos de abordagem: é o conjunto dos afetos, ou seja, das emoções, sentimentos e paixões que integram a esfera psíquica da personalidade; é constitutiva dos seres humanos; é expressão do ser; desenvolve-se desde a primeira infância até a idade adulta, projetando os seres humanos para a vida em sociedade; a estrutura afetiva pode sofrer má formação ou então se degenerar, se não receber a atenção e os cuidados necessários; por ser constitutiva dos seres humanos, a afetividade compõe a personalidade e integra as condutas, inclusive no plano da Ética e, especificamente, do Direito.

A virada paradigmática da Modernidade para a Pós-Modernidade produziu transformações em todos os setores da vida. Nas ciências, em geral, destacamos a emergência do pensamento complexo e da interdisciplinaridade. No Direito, além desses aspectos pertinentes ao conhecimento, a virada paradigmática promoveu um giro axiológico no plano do *dever-ser*, uma vez que a pessoa humana tornou-se o objeto central de proteção e o individualismo deu lugar à solidariedade. Por serem constitutivos da personalidade, os aspectos afetivos se tornaram um valor a ser preservado pelo Direito.

Quanto a este aspecto, cabe mencionar o raciocínio que desenvolvemos no Capítulo 3, no sentido de que o desenvolvimento adequado da personalidade, desde a primeira infância até a idade adulta, vai amoldar a qualidade dos relacionamentos na vida em sociedade. Então, a tutela da personalidade é do mais alto interesse do Estado se e enquanto for do seu interesse alcançar um melhor estágio de desenvolvimento em todos os aspectos. Conforme dissemos, uma sociedade constituída por pessoas desajustadas e desequilibradas é uma sociedade improdutiva e impotente, sem forças para constituir um Estado desenvolvido.

Entendemos que a promoção da pessoa humana deve acontecer nos três planos de atuação do Estado: legislativo, executivo e judiciário. No primeiro plano, ocorre a afirmação de direitos e fixação de normas de conduta. No segundo, o Estado atua diretamente na promoção do bem-estar social, por meio de políticas de saúde, educação,

segurança, esportes etc. implementadas pela Administração Pública; no âmbito judiciário, o Estado declara direitos, corrige distorções de conduta e determina a reparação dos danos relacionados com os direitos da personalidade. Portanto, o Direito é uma das ferramentas das quais o Estado dispõe para promover os aspectos interiores da personalidade, especialmente nos âmbitos legislativo e judiciário.

Deixaremos de lado a atuação do Estado na edição de leis e na implementação das políticas públicas, posto que isto refoge aos contornos do nosso estudo, registrando apenas que, também nesses ambientes, os aspectos interiores da personalidade devem receber especial atenção. Discutiremos, nos itens a seguir, os modos pelos quais o Estado deve promover a proteção jurídica da afetividade, no plano judiciário.

6.1 MECANISMOS JURÍDICOS DE TUTELA DA AFETIVIDADE

A tutela jurídica da afetividade se realiza por meio de medidas declaratórias, corretivas e reparatórias: as primeiras se referem ao reconhecimento de direitos fundados no princípio da afetividade; as segundas dizem respeito à imposição de condutas que promovam o surgimento e a manutenção dos laços afetivos; as últimas se referem à imposição de reparação pecuniária por danos causados à estrutura afetiva.

6.1.1 Medidas declaratórias e afirmativas da afetividade

Partimos sempre do pressuposto de que a afetividade imanta toda conduta jurídica e, por isso, manifesta-se em todos os campos do Direito. Em vista disso, autores como Rodrigo da Cunha Pereira e Paulo Luiz Netto Lobo afirmam que se trata de um princípio jurídico presente em todas as relações jurídicas (item 5.1.3, supra). Ademais, a afetividade é correlata ao princípio da solidariedade previsto no texto constitucional, razão pela qual deve ser considerada não somente na interpretação das leis e dos contratos, mas em tudo o que disser respeito ao relacionamento entre as pessoas no ambiente jurídico. Por fim, a estrutura psíquica, na qual está compreendida a estrutura afetiva, é essencial à pessoa humana e à sua dignidade, que são o objeto central de proteção do Direito na contemporaneidade.

O reconhecimento dos direitos relacionados com a afetividade deve acontecer – e de fato acontece – em todos os ramos do Direito: constitucional, civil, criminal, administrativo, previdenciário, comercial, do consumidor, enfim. Mas é no Direito de Família que a afirmação de direitos relacionados com a afetividade se faz sentir de maneira mais determinante, uma vez que é no ambiente familiar que as relações de afeto se tornam

mais evidentes. O Poder Judiciário é frequentemente chamado a se pronunciar sobre relações jurídicas em que os aspectos afetivos são determinantes, ora porque visam proteger a estrutura afetiva das pessoas envolvidas, ora porque visam preservar laços de afetividade propriamente ditos.

Nas ações de guarda de menores e de regulamentação de visitas, sejam autônomas ou a bordo dos processos de dissolução de casamentos e de uniões estáveis, são discutidas questões relativas ao patrimônio material, mas sobretudo questões existenciais como a guarda e o regime de visitas aos filhos. Ao decidir essas questões, o magistrado deve ter em mira, precipuamente, o interesse da criança envolvida na disputa. Mas, o que menos importa nesse ambiente é o interesse patrimonial que a criança eventualmente possa ter e, sim, o seu interesse afetivo. O juiz deve indagar das condições de vida daquele que será detentor da guarda, mas principalmente se sua decisão vai atender aos interesses afetivos da criança. Nesse sentido, é louvável a expressa disposição contida na nova lei que dispôs sobre a guarda de filhos menores, no sentido de que a decisão judicial deve atender, antes de tudo, aos interesses afetivos da criança.³⁶⁵

De igual modo, o regime de visitas deve ser afixado de modo a atender aos interesses afetivos da criança. Aqui, sim, o interesse é puramente afetivo porque visa preservar exclusivamente os laços de afetividade entre o menor e o pai ou a mãe que não detém a sua guarda. Lamentavelmente, o legislador manteve a visão de que o regime de visitas é um direito do pai ou da mãe que não detém a guarda dos filhos menores, esquecendo-se de que, na verdade, trata-se de um direito dos filhos cujos pais se separaram (CC, art. 1.589).

Em suma, ao dispor sobre a guarda e a visita dos filhos menores, o juiz em realidade está declarando que pais e filhos têm direito à manutenção dos laços afetivos, os quais devem ser preservados com vista à manutenção da estrutura psíquica de todos os envolvidos e, em especial, da criança cuja personalidade encontra-se em formação.

Entretanto, o Poder Judiciário também é chamado a se manifestar nas ações de investigação de paternidade ou de maternidade, assim como nas ações de anulação de registro civil, sobre as relações de parentesco entre pais e filhos. Essas ações muitas vezes

³⁶⁵ A Lei n. 11.698, de 2008, alterou a redação dos arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, dos quais se destacam os seguintes pontos: Art. 1.583, § 2º, I – A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; II – saúde e segurança; III – educação; [...]. Art. 1.584, II, § 5º A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: [...] II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho [...]. § 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

envolvem a polarização entre o vínculo biológico e o afetivo, além do interesse econômico subjacente. Trata-se de pessoas cuja paternidade ou maternidade foi atribuída a quem não era o pai biológico ou a mãe biológica e que, posteriormente, vêm a juízo em busca do reconhecimento do vínculo genético.

Lembremos que a primeira modernidade se caracterizou pelo positivismo que, no Direito, se traduziu na busca pela segurança jurídica, ao passo que a modernidade líquida se reveste de maior flexibilidade nas relações humanas de um modo geral, pela complexidade e pela interdisciplinaridade. Na primeira modernidade, a família era consanguínea e pai ou mãe eram aqueles que tivessem o mesmo sangue. Na atualidade, diante do avanço das ciências psicológicas, sabe-se que a paternidade e a maternidade se definem pela consanguinidade, mas também pela relação paterno-filial ou materno-filial fundada nos laços de afeto.

Por isso, o reconhecimento da paternidade ou da maternidade passa necessariamente pela indagação sobre as suas consequências na esfera afetiva das pessoas envolvidas. O juiz deve se indagar, com apoio das equipes multidisciplinares presentes nos foros, sobre a significação e a intensidade dos laços de afeto desenvolvidos entre pai e filho ou mãe e filho, antes de decidir sobre a prevalência do vínculo biológico ou do vínculo afetivo na determinação do parentesco.

Em muitos casos, a jurisprudência tem se posicionado no sentido de que a paternidade e a maternidade se estabelecem com base nas relações de afeto e que, “após formado o liame socioafetivo, não poderá o pai adotante desconstituir a posse do estado de filho que já foi confirmada pelo véu da paternidade socioafetiva”.³⁶⁶ Tal orientação vai ao encontro das teorias psicológicas de Freud e Piaget, analisadas no Capítulo 2, de cuja combinação se extrai que a afetividade se desenvolve desde a primeira infância e prepara a pessoa para a vida em sociedade e que a estrutura psíquica depende de manutenção, a fim de que a pessoa não adoça do psiquismo. Assim, a proteção e o amparo fornecidos pelo pai ou pela mãe afetiva, desde a primeira infância, são fatores decisivos, que constituem e amoldam a personalidade e o caráter da pessoa desde a infância até a fase adulta, preparando-a para a vida em sociedade.

No entanto, a jurisprudência tem reconhecido o direito de buscar a identidade genética por entender que o vínculo biológico é um fator importante na determinação da identidade das pessoas. Em processo que cuidava de adoção à brasileira, o Superior

³⁶⁶ STJ – 3ª Turma, REsp n. 1.088.157-PB, rel. Min. Massami Uyeda, j. 23.06.2009.

Tribunal de Justiça reconheceu o direito do filho adotivo de investigar a paternidade biológica, sob o argumento central de que “Não se pode corroborar a ilicitude perpetrada, tanto pelos pais que registraram a investigante como pelos pais que a conceberam e não quiseram ou não puderam dar-lhe o alento e o amparo decorrentes dos laços de sangue conjugados aos de afeto”.³⁶⁷

Em curiosa decisão confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal de Justiça de São Paulo determinou a anulação de reconhecimento de paternidade, ante a prova produzida em posterior exame de DNA de que o autor não é pai biológico do réu. Na fundamentação, o tribunal estadual argumentou que essa descoberta produz sérias consequências no plano afetivo da família: “Na virada do milênio, com a valorização dos atributos da dignidade humana e seu patrimônio genético, é inconcebível manter hígido falso reconhecimento de paternidade, pela nocividade – para o plano afetivo da família, relação de dependência econômica e o interesse social – que a descoberta da exclusão genética pelo teste de DNA provoca nestes setores”.³⁶⁸

A questão não é simples e está longe de ser resolvida, pois não basta baixar uma norma determinando a prevalência dos laços de afeto sobre os de consanguinidade. Conforme vimos no item 1.2.3, a realidade é complexa assim como complexa é a natureza humana, razão pela qual se torna cada vez mais evidente que os problemas da vida não podem ser resolvidos por meio de simples regramento.

Como visto, a jurisprudência ainda vacila em reconhecer e afirmar a prevalência dos laços de afeto em relação aos vínculos biológicos, a despeito das constatações das ciências sociais e psicológicas e do firme posicionamento da doutrina familiarista a respeito do tema.³⁶⁹ Entendemos que é necessário avançar neste sentido para prestigiar, nas ações declaratórias de maternidade e de paternidade, a prevalência dos aspectos afetivos sobre os biológicos, sem prejuízo do direito ao reconhecimento da origem genética.

Em resumo, é de extrema importância, num primeiro momento, o reconhecimento e a declaração da estrutura afetiva e dos laços de afetividade como valores jurídicos a serem preservados pelo Direito. Esse reconhecimento deve ocorrer em todas as relações jurídicas, mas deve ser mais evidente nas ações de família em que se estabelecem guarda de filhos e regimes de visitas ou em que se discute a determinação da paternidade ou maternidade.

³⁶⁷ STJ – 3ª Turma, REsp n. 833.712/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 17.05.2007, v.u.

³⁶⁸ STJ – 3ª Turma, REsp n. 442.780/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 26.05.2009, v.u.

³⁶⁹ O termo *doutrina familiarista* é empregado para designar os doutrinadores especializados em Direito de Família.

6.1.2 Medidas corretivas de comportamentos relacionados com a afetividade

Já dissemos reiteradas vezes que a afetividade é constitutiva da personalidade e, por isso, é um valor jurídico a ser preservado, como forma de proteger a dignidade da pessoa humana. A afetividade é um princípio que deve permear a aplicação da lei, especialmente em matéria de Direito de Família.

Vimos no item anterior que o juiz, ao dispor sobre a guarda e o regime de visitas dos pais aos filhos, reconhece a importância dos aspectos afetivos que permeiam essas relações humanas, determinando as soluções que melhor atendam aos interesses das pessoas envolvidas. Dentre esses interesses, avultam os de natureza afetiva, agora por força de disposição legal (CC, art. 1.583, § 1º, II, e art. 1.584, II, § 2º, I, com a redação dada pela Lei n. 11.698, de 2008).

No entanto, o poder familiar impõe aos pais o dever de zelar pelo bem-estar dos filhos (CF, art. 229; CC, art. 1.634) e o descumprimento dos deveres produz uma série de consequências jurídicas, que vão desde a perda da guarda dos filhos, até a destituição do poder familiar, sem prejuízo de processo criminal por abandono de incapaz.

Todavia, é muito frequente que os pais descumpram seus deveres em relação aos filhos sob poder familiar, o que se manifesta pela falta de cuidado, por maus-tratos, pela exploração e até mesmo pelo abandono; ou então que descumpram as cláusulas de acordo ou decisão judicial sobre guarda e visitas. Nesses casos, cabe ao juiz intervir, a pedido de qualquer das partes ou do Ministério Público, para corrigir a conduta do pai ou da mãe que descumpre os deveres fixados em lei ou as obrigações impostas por sentença judicial.

Em primeiro lugar, é necessário ter presente que o poder familiar, na atualidade, não pode mais ser concebido apenas como um poder, mas também como um conjunto de deveres impostos aos pais. A despeito da deficiência da legislação civil, devemos entender que tanto os deveres quanto os poderes inerentes ao poder familiar são instituídos única e exclusivamente para benefício dos filhos.³⁷⁰ Nessas condições, quando a lei determina que os pais *podem* manter os filhos sob sua guarda e vigilância, ou que o pai que não detém a guarda *pode* realizar visitas, na verdade devemos entender que os pais *devem* manter os filhos sob guarda e *devem* realizar visitas, posto que essas medidas não são direitos

³⁷⁰ A respeito da deficiência da legislação civil, confira-se o que já escrevemos em outro trabalho: *Omissões e distorções quanto ao poder familiar*, cit.

atribuídos aos pais em seu próprio benefício, mas sim deveres impostos pela lei em benefício dos filhos.³⁷¹

É indispensável lembrar que os deveres do poder familiar envolvem não apenas o sustento material, mas também os aspectos de natureza imaterial, relacionados com a proteção da estrutura afetiva da criança ou adolescente. O abandono, o descaso, os maus-tratos e a exploração agredem não somente a integridade física da criança, mas principalmente sua estrutura afetiva, comprometendo o desenvolvimento sadio e adequado da sua personalidade.

Pois bem. O descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar acarreta consequências previstas no próprio ordenamento jurídico, que vão desde o simples encaminhamento aos programas de tratamento e orientação de alcoólatras e toxicômanos até a perda ou suspensão do poder familiar (arts. 1.637 e 1.638 do Código Civil; art. 129 do Estatuto da Criança e do Adolescente). No caso de pais separados, o descumprimento do acordo sobre a guarda e as visitas acarreta, além dessas consequências, também a suspensão ou modificação do regime de visitas e a mudança da guarda.

Cabe mencionar que a sentença homologatória de acordos sobre guarda e visitas não é um título meramente honorário e ornamental que se limita a referendar a vontade dos pais. Trata-se de título executivo judicial, cujo cumprimento pode ser exigido por qualquer das partes ou pela criança ou adolescente interessado.

A Lei n. 11.698, de 2008, que alterou a redação dos arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, dispôs que o descumprimento das cláusulas do acordo ou da decisão judicial sobre guarda de menor produz consequências para o seu detentor. A disposição é tímida porque se refere apenas ao direito de guarda, silenciando no que se refere ao descumprimento do regime de visitas; e prevê consequências apenas para o detentor da guarda, quando deveria se aplicar também àquele que, não sendo detentor da guarda, desrespeita o acordo. De todo modo, fica claro que o acordo ou a decisão judicial sobre guarda e visitas dos filhos menores tem que ser cumprido por todas as partes envolvidas, sob pena de sofrerem as consequências previstas no ordenamento jurídico. Diante da notícia de descumprimento do acordo ou da decisão, o juiz deve determinar a intimação da parte para que justifique o fato, sob pena de alteração das cláusulas, que, neste caso, se limita à redução das prerrogativas do detentor, conforme previsto no art. 1.584, § 4º.

³⁷¹ Neste sentido, confira-se também Maria Celina Bodin de Moraes, *A família democrática*. In: Rodrigo da Cunha Pereira. *Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 613-661.

Todavia, o detentor da guarda pode descurar-se dos seus deveres para com os filhos, hipótese em que o outro pai ou mãe pode obter a alteração da guarda. Ou, então, o regime de visitas pode se revelar desaconselhável para os interesses da criança, do que resultará a alteração do acordo neste ponto, seja para reduzir o horário das visitas, seja para estabelecer visitas monitoradas, seja para suprimir completamente a visitação.

No que tange ao descumprimento do regime de visitas, tanto para aqueles pais ou mães que deixam de realizar as visitas estipuladas em acordo ou decisão judicial quanto para aqueles que impõem obstáculos injustificáveis à realização das visitas, cabe ao juiz lançar mão dos instrumentos processuais capazes de fazer valer as decisões fixadas em sentença. O dever de visitar e o de permitir as visitas constituem obrigações de fazer e, como tais, comportam as providências previstas no art. 461 do Código de Processo Civil.³⁷² No caso, trata-se de compelir o pai ou a mãe a prestar *comportamentos pró-afetivos*, isto é, aqueles destinados a manter ou a fazer surgir os laços de afeto, conforme explicamos no item 4.3 acima.

Portanto, em se tratando de deveres decorrentes diretamente da lei, como é o caso dos deveres relacionados com o exercício da guarda e do poder familiar, o magistrado deve instaurar o procedimento adequado e submeter os pais ou responsáveis àquelas medidas previstas no art. 129 do Estatuto da Criança e do Adolescente e nos arts. 1.637 e 1.638 do Código Civil. Tratando-se de deveres decorrentes de acordo ou decisão judicial sobre guarda e visitas, cabe a execução da sentença.

Em todos esses casos, o juiz atua, a requerimento das partes ou do Ministério Público, para corrigir desvios de conduta relacionados com a guarda e as visitas aos filhos menores, impondo sanções àqueles que descumprem os deveres estabelecidos na lei ou decorrentes de acordos e decisões judiciais. Tais medidas são corretivas de condutas e tendem a impedir que os pais causem danos à estrutura psíquica dos filhos menores.

6.1.3 Medidas reparatórias de danos causados à afetividade

Por último, cabe mencionar as medidas reparatórias de danos causados à estrutura afetiva. Considerando que os aspectos interiores da personalidade constituem um valor jurídico que merece proteção, entendemos que essa tutela deve se efetivar primeiramente

³⁷² A esse respeito, confira-se Rolf Madaleno, A tutela cominatória no direito de família. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 533-563; Raduan Miguel Filho, O direito/dever de visitas, convivência familiar e multas cominatórias. In: Rodrigo da Cunha Pereira. *Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 811-818.

na esfera afirmativa de direitos e, depois, no âmbito da correção das condutas atentatórias contra a personalidade. Ocorre que, apesar da afirmação dos direitos e das providências adotadas para corrigir as condutas atentatórias, há situações em que os danos à estrutura afetiva já se concretizam e não comportam solução por meio das medidas anteriormente mencionadas. A essa altura, é necessário proceder à reparação dos danos por meio da responsabilidade civil.

A dignidade da pessoa humana ocupa o vértice do ordenamento jurídico na atualidade, razão pela qual cabe ao Direito proteger esse valor fundamental em todos os seus aspectos. A afetividade é inerente à pessoa humana e a estrutura afetiva merece proteção contra eventual agressão. A proteção da estrutura afetiva se perfaz por meio da tutela dos direitos da personalidade. A responsabilidade civil sempre teve o papel primordial de promover a reparação de danos ao patrimônio das pessoas. Em outros tempos, a noção de patrimônio compreendia somente os bens materiais, de conteúdo econômico imediato. Hodiernamente, o patrimônio compreende também os bens imateriais ou bens morais, que correspondem aos valores inerentes à própria estrutura da pessoa. Por isso, a responsabilidade civil se renova e se transforma na principal ferramenta jurídica para tutela dos direitos da personalidade, pois sempre que falamos em reparação de danos morais estamos nos referindo invariavelmente a danos causados à estrutura afetiva de alguma pessoa.

Há casos em que a simples declaração de direitos relacionados com a estrutura afetiva e a imposição de deveres específicos são insuficientes para promover a adequada proteção da pessoa. Mas a desídia, o descaso, a falta de cuidado na proteção da pessoa dos filhos ou mesmo a ação deliberada podem causar danos irreversíveis à estrutura psíquica. Entendemos que, no caso de danos consolidados, as medidas afirmativas de direitos e as corretivas de condutas não têm mais cabimento porque são inadequadas ao restabelecimento da estrutura emocional da pessoa ofendida. Nesses casos, diante da impossibilidade de recomposição da relação afetiva, o único remédio adequado é a substituição pecuniária, mediante condenação do ofensor ao pagamento de indenização por danos morais.

A responsabilidade civil, então, tem lugar naqueles casos em que as medidas afirmativas e corretivas se mostraram insuficientes e a conduta do ofensor acabou por produzir danos ao patrimônio afetivo da vítima. A matéria, então, se desloca do campo do Direito de Família para o da responsabilidade civil, cujos contornos serão discutidos a seguir.

6.2 GENERALIDADES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AFETIVO

Neste capítulo estamos cuidando dos mecanismos de tutela jurídica da afetividade, que podem ser agrupados em medidas afirmativas dos direitos, medidas corretivas das condutas atentatórias à estrutura afetiva e medidas de reparação dos danos eventualmente causados.

Lembremos que a responsabilidade civil sempre teve a função de promover a reparação dos danos decorrentes dos atos ilícitos. Em outros tempos, essa função voltava-se exclusivamente à reposição do patrimônio material, mas na contemporaneidade a noção de patrimônio foi alargada para alcançar também aqueles bens morais que, não tendo conteúdo econômico imediato, possuem algum significado para a estrutura psíquica da vítima. Em suma, a responsabilidade civil cumpre na atualidade, além da função tradicional de proteger o patrimônio material das pessoas, a importante tarefa de proteger os direitos da personalidade (item 5.2.5, acima).

Neste item, cuidaremos dos aspectos gerais da responsabilidade civil, enquanto instrumento voltado à defesa dos direitos da personalidade, com ênfase especial na reparação dos danos de natureza afetiva.

6.2.1 Responsabilidade civil: conceito, espécies e pressupostos

A responsabilidade civil é comumente conceituada como o dever de reparar os danos decorrentes da conduta ilícita.³⁷³ Entre os autores atuais, Maria Helena Diniz a define como o dever de reparar o dano moral ou material causado a terceiros e Sérgio Cavalieri diz que se trata de um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.³⁷⁴

Com base nessas definições, escrevemos em outro trabalho que a responsabilidade civil está relacionada ao dever de nos conduzirmos na vida sem prejudicar as outras pessoas, sob pena de sermos obrigados a reparar os danos.³⁷⁵ Essa é a cláusula geral da responsabilidade que se acha inscrita no art. 186 c/c art. 927 do Código Civil.

A responsabilidade civil comporta várias classificações, conforme o ângulo de abordagem: pode ser *contratual* ou *extracontratual*, de acordo com a origem do dever;

³⁷³ Sílvio Rodrigues, *Direito civil*, 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1979, v. 4 – Responsabilidade civil, p. 4.

³⁷⁴ Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro*, v. 7, cit., p. 40; Sérgio Cavalieri Filho, *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 23.

³⁷⁵ Romualdo Baptista dos Santos, *Teoria geral da responsabilidade civil*, cit., p. 27.

pode ser *direta* ou *indireta*, conforme esteja relacionada à própria conduta do agente ou à conduta de terceira pessoa; pode ser *objetiva* ou *subjetiva*, se para sua configuração for necessário indagar sobre a culpa do agente ou se para tanto bastar que seja decorrente de alguma atividade arriscada.³⁷⁶

Para que se configure o dever de indenizar, é necessário o concurso de alguns fatores, a que denominamos *pressupostos*. Em primeiro lugar, deve-se identificar uma ação apta a produzir o resultado danoso e que pode ser relacionada à culpa do agente ou ao risco decorrente de alguma atividade. No entanto, é necessária a ocorrência de um dano, consistente na deterioração do patrimônio do ofendido. Por fim, é necessário estabelecer um nexo de causalidade entre o dano e a ação. A ausência de algum desses pressupostos descaracteriza o dever de indenizar, ou seja, não há falar em responsabilidade civil.³⁷⁷

6.2.2 O dano: conceito e espécies

Dentre os fatores que configuram a responsabilidade civil, devemos dar destaque ao dano, sem o qual não se pode sequer supor o dever de indenizar.³⁷⁸ O dano é normalmente conceituado como a diminuição do patrimônio de determinada pessoa ou, então, como a diferença entre o patrimônio atual e o patrimônio anterior ao fato danoso.³⁷⁹ Como visto, a noção de dano encontra-se estreitamente relacionada com a de patrimônio.

Ocorre que o direito moderno era inteiramente voltado para a proteção da propriedade, razão pela qual a doutrina jurídica passou a conceituar o patrimônio o conjunto dos bens materiais, de conteúdo econômico, pertencentes a uma determinada pessoa.³⁸⁰ A partir da última quadra do século passado, passou-se a defender a indenizabilidade dos danos morais, os quais são diretamente relacionados aos direitos da personalidade.³⁸¹ Todavia, os danos morais, por não terem conteúdo econômico, não

³⁷⁶ Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro*, v. 7, p. 127-129.

³⁷⁷ Sílvio Rodrigues, *Direito civil*, v. 4, cit., p. 13-14; Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro*, v. 7, p. 42; Carlos Roberto Gonçalves, *Responsabilidade civil*, 9. ed. revista de acordo com o novo CC. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 32; Sérgio Cavalieri Filho, *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 41. Fernando Noronha acrescenta mais dois pressupostos: o nexo de imputação e lesão a um bem juridicamente protegido (Fernando Noronha, *Direito das obrigações*, cit., p. 467-477).

³⁷⁸ Sérgio Cavalieri Filho, *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 95.

³⁷⁹ Orlando Gomes, *Obrigações*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 329.

³⁸⁰ Orlando Gomes, *Introdução ao direito civil*, cit., p. 226-228; Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil, parte geral*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 136; Sílvio Rodrigues, *Direito civil, parte geral*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1981, v. 1, p. 99-100; Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, v. I – Introdução ao direito civil e teoria geral de direito civil, p. 263-271.

³⁸¹ É o próprio Orlando Gomes quem define o dano moral como “o constrangimento que alguém experimente em consequência de lesão em direito personalíssimo, ilicitamente produzida por alguém” (*Obrigações*, cit., p. 330).

cabem no conceito tradicional de patrimônio, razão pela qual os autores passaram a denominá-los de danos extrapatrimoniais.³⁸² Essa denominação, contudo, é imprópria, uma vez que, por definição, dano é a lesão ao patrimônio de alguém contra a sua vontade.³⁸³

A solução para esse problema é encontrada mediante um alargamento do conceito de patrimônio a fim de alcançar não apenas os bens de conteúdo econômico, mas outros bens e direitos que integram a personalidade e possuem valor de natureza moral. Considerando o alargamento da noção de patrimônio, não se pode mais falar em dano extrapatrimonial, visto que todo dano pressupõe a agressão a um patrimônio. A diferença é que o patrimônio atingido pode ser material ou imaterial, de acordo com a natureza do bem atingido.

A par disso, pode-se dizer que hoje em dia *patrimônio* é o complexo de bens, direitos e interesses que se prende a uma determinada pessoa; e *dano* é a lesão injusta que provoque abalo ou diminuição a esse patrimônio.

Conforme dissemos, a responsabilidade civil no Direito moderno só se ocupava de proteger os bens materiais pertencentes a uma pessoa. A partir dos anos 1970, a doutrina e a jurisprudência passaram a defender e admitir a possibilidade de reparação de danos causados aos direitos da personalidade, que até então não eram contemplados pelo Direito. O dever de reparar era *meramente* moral, razão pela qual eram denominados, impropriamente, de danos morais.³⁸⁴

Na atualidade, considerando que a virada paradigmática da Modernidade para a Pós-Modernidade ocasionou a inscrição da pessoa humana como principal objeto de proteção pelo Direito, a responsabilidade civil se encarrega de promover a reparação dos danos causados ao patrimônio das pessoas, no qual se incluem os bens materiais e aqueles de natureza imaterial, também chamados bens morais.

Os danos, portanto, são de duas espécies: *materiais*, quando se refiram ao acervo de bens com conteúdo econômico imediato; *morais*, quando não tenham valor econômico imediato.

6.2.3 Os danos morais ou afetivos

Conforme noticiamos, dano é o desfalque ao patrimônio de outra pessoa e pode ser de duas modalidades: morais e materiais, conforme atinja os bens de conteúdo econômico ou se refira aos bens e interesses de natureza imaterial.

³⁸² Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro*, v. 7, p. 93.

³⁸³ Orlando Gomes, *Obrigações*, cit., p. 329.

³⁸⁴ Sílvio Rodrigues faz um minucioso relato acerca da evolução doutrinária e jurisprudencial, desde a negativa pura e simples de qualquer indenização por dano moral até a sua aceitação, que culminou com a edição da Súmula n. 491 do Supremo Tribunal Federal e, finalmente, com a sua consagração na Constituição de 1988 (Sílvio Rodrigues, *Direito civil*, v. 4, cit., p. 195-207).

Mas o que são danos morais? Na definição de Maria Helena Diniz, são abalos causados na esfera de interesses da pessoa, diretamente relacionados com os direitos da personalidade, que não têm valor econômico imediato.³⁸⁵ Os chamados direitos da personalidade são a honra, a imagem, o nome, a dignidade etc.; são bens que não possuem valor econômico intrínseco, mas que têm um valor moral reconhecido pela sociedade.³⁸⁶

O ataque a esses bens, embora não produza desfalque econômico para a vítima, traduz-se numa perda para a sua personalidade. Considerando a centralidade da pessoa humana como objeto de proteção pelo Direito, a doutrina e a jurisprudência passaram a defender o dever de reparar os danos causados diretamente à personalidade. Ou seja, a reparação dos danos morais nada mais é do que o reconhecimento, pelo Direito, do valor jurídico da esfera interna da personalidade. O “como eu me sinto” passou a ter um significado, não apenas para a própria vítima, mas para toda a coletividade. Por isso, é lícito concluir que os danos morais são, na verdade, danos à estrutura afetiva da vítima, podendo ser denominados também de *danos afetivos*.

Entendemos que os ataques à estrutura afetiva podem ser *diretos* quando a agressão atinge diretamente a pessoa da vítima, provocando sentimento de indignação e revolta; ou *indiretos*, nos casos em que a agressão atinge um vínculo afetivo, produzindo sentimento de perda. Em ambas as hipóteses, temos danos à estrutura afetiva da vítima, mas no primeiro a agressão é direta, enquanto no segundo a agressão é oblíqua.

Para Flávio Tartuce, os danos morais podem ser *diretos*, quando atingem a honra da vítima, seja em seu aspecto subjetivo da sua autoestima, seja no sentido objetivo de repercussão na esfera social; ou *indiretos*, quando incidem sobre a perda de uma pessoa da família ou um objeto de valor afetivo. Neste caso, os danos morais são também chamados *danos em ricochete*.³⁸⁷ Numa abordagem diferente, Maria Helena Diniz esclarece que um mesmo fato pode produzir danos morais e materiais simultaneamente. E sustenta que há danos morais *diretos* quando o fato atinge diretamente os direitos da personalidade; e danos morais *indiretos*, quando o fato produz danos materiais e, reflexamente, provoca lesão moral.³⁸⁸

³⁸⁵ Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro*, v. 7, p. 93: “danos morais consistem na lesão a um interesse que visa à satisfação ou gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade, como a vida, a integridade corporal e psíquica, a liberdade, a honra, o decoro, a intimidade, os sentimentos afetivos, a própria imagem etc. ou, então, nos atributos da pessoa, como o nome, a capacidade, o estado familiar etc.”.

³⁸⁶ Carlos Alberto Bittar. *Os direitos da personalidade*, cit., p. 17.

³⁸⁷ Flávio Tartuce, *Direito civil*, v. 2, cit., p. 398.

³⁸⁸ Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro*, v. 7, p. 93.

Ao que parece, a diferença entre esses dois autores é de abordagem, pois um classifica os danos morais com base nas ações que lhes dão causa, enquanto a outra classifica os danos propriamente ditos, por suas consequências. Preferimos dizer, então, que *danos morais diretos* são aqueles que têm por causa um ataque direto à personalidade da vítima, ao passo que os *danos morais indiretos* ou *em ricochete* têm como causa uma ação indireta.

De modo geral, quando falamos em dano moral ou dano afetivo estamos nos referindo ao ataque aos aspectos internos da personalidade, o que demanda sempre uma abordagem jurídica e psicológica do problema. Além disso, estes ataques podem acontecer em qualquer ambiente: no trabalho, na escola, no lazer, no trânsito, na família etc., razão pela qual a apuração da responsabilidade civil, não raro, exige diálogo entre vários ramos do Direito. Assim, por exemplo, o dano moral decorrente de assédio moral exige análise das relações jurídicas de Direito Civil e de Direito do Trabalho, além de compreensão do fenômeno sob o ponto de vista psicológico; o dano moral decorrente de abandono afetivo requer análise sob o prisma do Direito Civil, do Direito de Família e também da Psicologia.

De todo modo, em se tratando de dano decorrente do ataque direto aos direitos da personalidade ou do rompimento dos relacionamentos afetivos, a matéria é avocada para o campo da responsabilidade civil, que é um capítulo do Direito Civil.

6.2.4 O patrimônio afetivo

Não é demais lembrar que a noção de *patrimônio*, para os fins do que ora se afirma, é *o conjunto dos bens pertencentes a uma pessoa*, compreendendo não somente os bens materiais, de conteúdo econômico imediato, mas também os bens morais que se ligam aos direitos da personalidade.

Vimos no item anterior que os danos se conceituam como a lesão ao patrimônio de alguma pessoa: quando o bem atingido é material, temos danos materiais; quando o bem alcançado é moral, temos danos morais. Considerando que esses danos alcançam a esfera íntima da personalidade, podemos dizer que os danos morais são sinônimos de danos afetivos. Defendemos que os ataques à esfera íntima da personalidade podem incidir diretamente sobre a pessoa e seus atributos, produzindo sentimento de menos-valia; ou podem alcançar algum relacionamento afetivo, produzindo sentimento de perda. No primeiro caso, há ataque direto aos direitos da personalidade, como a honra, o bom nome, a dignidade, a imagem etc.; no segundo, a agressão alcança um relacionamento afetivo que, embora não tenha valor econômico imediato, tem significado para a vítima.

Sabemos, de um lado, que a afetividade pode ser entendida como o conjunto dos afetos – emoções, paixões e sentimentos – que compõe a esfera instintivo-afetiva e, ao lado da esfera intelectual, dá formato ao psiquismo (Debray-Ritzen e Melekian). De outro lado, a afetividade não é sempre igual nos seres humanos, mas se desenvolve desde a primeira infância, até alcançar um grau de maturidade na idade adulta (Piaget); por fim, a afetividade é uma estrutura, de cuja higidez depende a saúde do nosso psiquismo (Freud).

Podemos extrair ainda das lições desses autores, principalmente de Freud e Piaget, que a afetividade se desenvolve e se mantém nos relacionamentos que estabelecemos durante a vida. Essa afirmação é corroborada por autores mais atuais, como Carlos Alberto Plastino, Yves de La Taille e Giselle Groeninga, os quais sustentam a importância dos relacionamentos para a formação da estrutura psíquica, bem como para a manutenção da estabilidade emocional. Na contemporaneidade, esse aspecto torna-se ainda mais relevante, uma vez que a integridade psíquica repercute diretamente na formação da personalidade e, portanto, nas condições de vida de cada um, tanto no que se refere à realização como pessoa, quanto no que tange à projeção da personalidade para a vida em sociedade.

Vem de Piaget a noção de que a personalidade se estrutura com base nos relacionamentos; e a afetividade, como fator inerente à personalidade, segue também essa regra. Não se pode conceber o nascimento e o desenvolvimento de algum tipo de afeto, seja positivo, seja negativo, entre pessoas que não mantenham nenhum tipo de relacionamento.

Na concepção de Maturana, a ética é relacional, posto que se refere sempre à “aceitação do outro como legítimo outro na convivência”. Ao ouvir dizer que 100 mil japoneses morreram por causa das bombas lançadas em Hiroshima e Nagasaki, alguém pode se perguntar: que me importa isso, se eu não conhecia nenhum desses japoneses? Maturana afirma que essa tragédia só diria respeito a alguém que tivesse ao menos imaginação para incorporar aqueles japoneses no seu mundo.³⁸⁹

Com efeito, se disserem que Alberto caiu da bicicleta, nós podemos até imaginar o que aconteceu, mas tal fato em nada nos *afetará*, pois não conhecemos Alberto nem sabemos se ele existe. Mas se nos disserem que Alberto é um garoto de 10 anos de idade, o filho de Conceição, que fez aniversário na semana passada, a cuja festa não pudemos comparecer por causa de outros compromissos, logo faremos sua imagem na mente e perguntaremos se ele se feriu etc. Isso quer dizer que para que a afetividade se estabeleça é necessário que haja relacionamento entre as pessoas.

³⁸⁹ Humberto Maturana, *Emoções e linguagem na educação e na política*, cit., p. 73.

Cada pessoa, no transcorrer da sua vida, estabelece uma infinidade de relacionamentos das mais diversas naturezas e intensidades. Alguns são bons e a fortalecem; outros são maus e a enfraquecem. Em regra, procuramos manter os que nos fortalecem e descartar os que não nos favorecem.³⁹⁰ Os relacionamentos que mantemos com as outras pessoas se assemelham às relações que mantemos com as coisas: procuramos manter as que nos interessam e nos desfazer daquelas que nos prejudicam. Do balanço entre os créditos e débitos, em cada momento das nossas vidas, podemos avaliar se temos um ativo ou um passivo financeiro. De igual modo, é possível avaliar, em cada momento, se temos mais afetos positivos do que negativos, ou o contrário. A nossa estrutura psíquica, em cada momento, depende diretamente da qualidade dos afetos que mantemos.

Considerando que cada relacionamento tem um determinado impacto na determinação da personalidade, pode-se dizer que cada um deles possui um valor, não financeiro, mas afetivo; e que cada pessoa detém um cabedal de relacionamentos, a que se pode dar o nome de *patrimônio afetivo*.

Portanto, *patrimônio afetivo* é o conjunto dos relacionamentos que cada pessoa mantém em determinado momento da sua vida. Esses relacionamentos, conquanto não tenham valor econômico intrínseco, possuem significados importantes para a estruturação da personalidade, o que equivale a dizer que os relacionamentos têm valor; são bens que se ligam à pessoa e compõem um patrimônio imaterial: o patrimônio afetivo.

6.2.5 Danos ao patrimônio afetivo

Vimos, no tópico anterior, que patrimônio é o complexo de bens pertencentes a uma pessoa em cada momento da sua vida e que dano é a lesão injusta que provoque abalo ou diminuição a esse acervo. Vimos também que o conjunto dos relacionamentos afetivos mantidos por uma pessoa compõe o seu patrimônio afetivo, na medida em que cada um desses relacionamentos possui, não um preço, mas um valor ou um significado para a manutenção da sua estrutura afetiva, enfim, para a configuração da sua personalidade.

É intuitivo que, por se tratar de um conjunto de bens com algum significado ou valor para a pessoa, esse acervo possa ser danificado por ação do próprio titular ou de outras

³⁹⁰ Vem de Spinoza a noção de que os relacionamentos positivos nos fortalecem e de que os negativos nos enfraquecem, de modo que para fortalecer o nosso psiquismo é conveniente que nos busquemos e mantenhamos situações que nos fortaleçam. Confira-se Fernando Dias Andrade, Poder familiar e afeto numa perspectiva espinosana, cit.

pessoas. No primeiro caso, não se pode falar propriamente em dano, visto que a própria pessoa age de modo a causar prejuízo para os seus relacionamentos. Mas, se a ação é proveniente de outra pessoa e resulta em baixa ou diminuição de intensidade de algum dos relacionamentos, podemos falar em dano ao patrimônio afetivo ou dano afetivo.³⁹¹

Até há pouco tempo seria impensável afirmar a existência de um patrimônio afetivo, bem como a configuração de dano a esse acervo, uma vez que o Direito não se ocupava da esfera interior da personalidade, isto é, da afetividade. Hodiernamente, porém, a personalidade passou a ser objeto de proteção jurídica, de modo que o Direito deve se ocupar também da proteção da estabilidade afetiva das pessoas, seja porque essa proteção está em linha com a dignidade da pessoa humana, seja porque a afetividade é parte da condição humana e repercute na vida em sociedade.

Interessa-nos, para os fins do nosso estudo, lembrar que a afetividade é indissociável dos seres humanos e é estruturante da personalidade; que a afetividade se realiza nos relacionamentos; cada um dos relacionamentos possui um valor ou significado próprio na formação e desenvolvimento da personalidade; a cada momento, a pessoa mantém um conjunto de relacionamentos que constitui o seu patrimônio afetivo; a agressão a esse acervo produz danos à personalidade.

Resta, portanto, a pergunta: por quais modos se configura o dano afetivo? Uma das hipóteses é essa de agressão direta à personalidade ou a alguns dos seus atributos, de modo a causar na vítima um sentimento de indignação diante do ato praticado. Pode-se dizer que se trata de dano afetivo, porque incide sobre os sentimentos da vítima, os quais são inerentes à sua condição de pessoa humana. O ato injusto produz na vítima um sentimento de menos-valia diante das outras pessoas. É o que ocorre, por exemplo, quando se submete alguém a humilhação em público, a tortura ou a qualquer outra situação que signifique degradação moral, retirando da vítima o sentimento de dignidade própria.³⁹² A outra

³⁹¹ Para a distinção entre dano e prejuízo, confira-se Romualdo Baptista dos Santos, *Teoria geral da responsabilidade civil*, in: Waneska Donato de Araújo (Orient.) e Giselda M. F. Novaes Hironaka (Coord.). *Responsabilidade civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 46: “Por último, é possível perceber que há uma sutil diferença entre dano e prejuízo. Ambos constituem diminuição de patrimônio, mas o dano carrega em si a marca da ilicitude, isto é, decorre sempre da conduta ilícita, ao passo que o prejuízo pode significar uma consequência a que a parte deva se sujeitar, por força da lei ou de decisão judicial. Além disso, o dano pressupõe a existência de um agressor e de uma vítima, ao passo que o prejuízo pode ser causado pela própria pessoa que deve suportá-lo”.

³⁹² Aqui estamos falando de dignidade subjetiva, cuja definição e contraste com a dignidade objetiva foi fornecida pelo psicanalista Cláudio Rossi, no Seminário sobre Direito e Psicanálise realizado no ano passado na Sociedade Brasileira de Psicanálise: “A dignidade subjetiva, aqui, será entendida como a experiência emocional, que uma pessoa tem, de se considerar merecedora de estima e de respeito, dos outros e de si mesma. Nesse sentido é um fenômeno de consciência que ocorre apenas na mente do indivíduo que o vivencia”. Por sua vez, Carlos Alberto Bittar faz menção à dignidade em sentido estrito,

hipótese de configuração do dano afetivo é aquela que incide sobre os múltiplos relacionamentos mantidos pela vítima, os quais possuem significados próprios e especiais e constituem um conjunto a que se pode denominar de patrimônio afetivo.

Podemos extrair das lições de Giselle Groeninga, com apoio em Freud, que a má formação ou a deterioração de algum desses relacionamentos pode produzir danos à estrutura psíquica e, por conseguinte, à personalidade.³⁹³ É o que acontece, por exemplo, quando o pai impede que o filho mantenha relacionamento com sua mãe. Esse relacionamento é de fundamental importância para a formação e estruturação da personalidade da criança e tem um significado próprio e especial no rol dos relacionamentos que a pessoa mantém durante a vida, isto é, tem um valor. Desse modo, a supressão desse relacionamento representa uma perda para aquela pessoa, ou seja, um abalo que pode ir desde um simples desconforto até uma deformação da personalidade.

Concedido que a personalidade se estrutura nos relacionamentos, pode-se dizer, sem assombro, que toda e qualquer agressão que ocasione baixa na intensidade ou mesmo extinção de algum relacionamento representa abalo à personalidade. Resta saber, porém, em cada caso, se esse abalo é de tal gravidade a ponto de originar um dever de reparação.

Como visto, o dano moral é sinônimo de dano afetivo, seja porque representa um ataque direto à personalidade, seja porque significa um ataque aos relacionamentos que lhe dão sustentação. No caso de ataque direto à personalidade, a agressão produz na vítima um sentimento de indignação diante do ato praticado, fazendo-a se sentir diminuída em sua dignidade subjetiva; no caso de ataque indireto, a supressão ou a deterioração de um relacionamento produz alteração na estrutura psíquica da vítima e, por consequência, atinge sua personalidade.

6.2.6 A quantificação dos danos morais ou danos afetivos

Um dos problemas mais tormentosos da teoria e da prática da responsabilidade civil nestes tempos de Pós-Modernidade é a quantificação dos danos morais. Com efeito, sempre que nos referimos aos danos materiais temos em mente a subtração ou diminuição de algum bem de conteúdo econômico intrínseco, cujo valor é quantificável por critérios objetivos. Mas, ao tratarmos dos danos morais ou afetivos, temos presentes aqueles bens de

enquanto modalidade do direito à honra: “o sentimento pessoal de estima, ou a consciência da própria dignidade” (*Os direitos da personalidade*, cit., p. 133 e 139). Enquanto direito da personalidade, a dignidade subjetiva é passível de tutela pela ordem jurídica, evidentemente.

³⁹³ Giselle Groeninga, *O direito à integridade psíquica e o livre desenvolvimento da personalidade*, cit.

natureza imaterial que dizem respeito mais diretamente à existência da pessoa e que, por isso, não têm valor econômico imediato.

Sob esse aspecto é interessante lembrar o raciocínio de Immanuel Kant a respeito do valor das coisas. Segundo o mestre do racionalismo moderno, algumas coisas possuem preço e podem ser substituídas por outras sem perda para o dono; outras não podem ser substituídas e, por isso, não têm preço. Essas coisas que não tem preço têm dignidade.³⁹⁴

Os bens morais são dessa natureza: não podem ser substituídos por outros equivalentes, já que não têm preço, mas possuem valor, significado ou dignidade. É bem por isso que a doutrina sustenta a impossibilidade de indenização dos danos morais, mas tão somente a sua reparação, mediante a concessão de um benefício não idêntico, mas de valor ou dignidade semelhante.³⁹⁵

Diante do fato de que os danos afetivos não podem ser quantificados objetivamente, resta saber por qual mecanismo se procede à sua quantificação. Conquanto não utilizasse a expressão danos morais, o Código Civil de 1916 dizia expressamente que o valor da indenização, em casos de ataques contra a vida, a integridade física, a honra e a liberdade pessoal, seria estabelecido por arbitramento (art. 1.553). O Código atual não contém disposição expressa a esse respeito, havendo propriamente um vazio legislativo que vem sendo preenchido pela jurisprudência, com base nos arts. 953 e 954, embora as hipóteses de reparação de danos morais ou afetivos sejam muito mais amplas do que as previstas nestes dois artigos.

É pacífico, porém, na doutrina e na jurisprudência, o entendimento de que o valor da reparação de danos morais deve ser fixado mediante arbitramento judicial. Ademais, considerando que a Constituição assegura o direito a reparação relacionada com a violação dos direitos da personalidade (art. 5º, V e X), não se justifica o descumprimento desses preceitos constitucionais por falta de previsão legal sobre o modo de se estabelecer o valor da reparação.

Concedido, então, que cabe ao juiz arbitrar o valor da reparação, resta saber quais os critérios devem orientar essa operação.

Um problema que se propõe de imediato é saber se os danos afetivos também estão sujeitos ao disposto no art. 944, *caput*, do Código Civil, segundo o qual *a indenização se*

³⁹⁴ Immanuel Kant, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, op. cit., p. 65: “No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço e, por isso, não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade”.

³⁹⁵ Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro*, v. 7, p. 586.

mede pela extensão do dano. Uma vez que os danos afetivos não são quantificáveis objetivamente, não se podendo precisar exatamente a sua extensão, parte considerável da doutrina,³⁹⁶ com respaldo da jurisprudência,³⁹⁷ tem defendido que esses danos são presumíveis e que sua reparação não depende de demonstração.

Não resta dúvida de que, em muitos casos, os danos morais ou afetivos são *in re ipsa*, isto é, são inerentes ao próprio fato. É o caso da mãe que perde um filho, em que se pode presumir que tenha sofrido abalo moral significativo. É necessário considerar, porém, que as pessoas não são iguais e que não são idênticos os relacionamentos que mantêm com as demais pessoas. Assim, o abalo decorrente da perda de um filho é diferente de uma mãe para outra, se consideradas as características pessoais e familiares de cada uma, as estruturas das suas personalidades e os relacionamentos que mantinham com os seus respectivos filhos.

Em vista disso, é possível afirmar que os danos afetivos podem ser presumidos em relação à *existência*, mas não no que se refere à *extensão*. Considerando o exemplo citado, podemos dizer que todas as mães que perdem um filho sofrem abalo moral (*existência*), mas não o sofrem na mesma intensidade (*extensão*). Por conseguinte, deve-se concluir que também os danos morais ou afetivos se sujeitam ao disposto no art. 944, *caput*, do Código Civil, devendo a vítima alegar e provar para o juiz a extensão dos danos, ou melhor, a intensidade do abalo sofrido, o que servirá de parâmetro para a fixação do montante indenizatório.

Todavia, não se pode confundir *arbitramento* com *arbitrariedade*. Ou seja, a operação realizada pelo juiz para encontrar um valor para a reparação dos danos morais ou afetivos não é arbitrária nem puramente subjetiva, mas sim uma atividade que se desenvolve com base nas circunstâncias do caso *sub judice*. Isso quer dizer que o juiz deve se louvar nos elementos constantes dos autos e, conforme o caso, na sua experiência de vida, para alcançar um valor que seja razoável para aquele caso.

É certo que o novo Código Civil trouxe uma nova linguagem, atribuindo ao magistrado, em vários momentos, o poder de proceder consoante a equidade (art. 413, art. 479, art. 738, art. 928, parágrafo único, art. 944, parágrafo único, arts. 953 e 954). Não se pode perder de vista, porém, que a liberdade do magistrado encontra limite no art. 93, IX,

³⁹⁶ Sérgio Cavalieri Filho, *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 570.

³⁹⁷ Neste sentido, confirmam-se: STJ, REsp 437.316/MG, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 3ª Turma, j. 19.04.2007, *DJ* 21.05.2007; REsp 330.288/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª Turma, j. 27.06.2002, *DJ* 26.08.2002; REsp 261.028/RJ, rel. Min. Menezes Direito, 3ª Turma, j. 30.05.2001.

da Constituição, segundo o qual todas as decisões devem ser fundamentadas. Disso decorre que o arbitramento judicial deve também encontrar fundamento nos argumentos e provas constantes do processo, sob pena de nulidade. Conquanto os danos morais não sejam passíveis de apreciação quantitativa, sua reparação deve ser orientada pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

É comum na prática forense, principalmente nos casos de responsabilidade objetiva, que o autor se limite a relatar o fato e pedir a fixação de um montante indenizatório *segundo o seu prudente arbítrio do juiz*. Nesses casos, podemos dizer que a petição inicial padece de inépcia porque o autor deixa de formular pedido certo e determinado, bem como de oferecer parâmetros que tornem possível uma determinação. O juiz não está em condições de adivinhar o sofrimento da vítima, nem o ânimo que moveu o agressor, nem tampouco a repercussão daquele fato no seio da sociedade. Ao autor cabe alegar e provar esses aspectos que envolvem o fato, assim como cabe ao réu rebatê-los e demonstrar que não ocorreu por aquela forma nem com a pretendida intensidade, pois é desse contraditório que se forma a convicção do magistrado acerca da existência e da extensão dos danos, com base nas quais poderá melhor proceder ao arbitramento da reparação.

A título de contribuição, podemos destacar alguns critérios que devem ser levados em consideração para a fixação do montante da reparação de danos morais: o impacto sobre a pessoa da vítima; a lesividade da conduta; a repercussão do fato nas relações sociais da vítima e no restante da sociedade; a atualidade do fato; a significação econômica do valor arbitrado.

Uma primeira dificuldade que se apresenta é que um mesmo episódio produz *impactos diferentes em cada pessoa*. De fato, há pessoas que são mais calejadas pela vida, seja porque já enfrentaram muitas dificuldades, seja porque têm um temperamento duro e insensível; outras pessoas são mais sensíveis ou são inexperientes; outras são românticas ou idealistas. Cada uma recebe de modo diferente o impacto sofrido, por exemplo, pela perda de um ente querido. O protesto indevido de um título pode ter impacto diferente num experiente comerciante e num trabalhador comum. A prisão indevida de um cidadão comum reflete de modo diferente do que a daquele que já foi preso várias vezes e se encontra habituado à vida no cárcere. A mãe amorosa que perde um filho é diferente daquela que mantém um relacionamento distante ou que nem se relaciona com o mesmo. Enfim, cada pessoa recebe de modo diferente o impacto decorrente de uma agressão direta aos direitos da personalidade ou da perda de um ente querido, uma vez que a estrutura psíquica e emocional de cada uma é peculiar e própria, assim como são diferentes os laços

de afetividade que unem as pessoas, mesmo em se tratando de pais e filhos ou de um mesmo pai ou uma mesma mãe com filhos diversos.

Por isso, não é possível ao magistrado aquilatar qual foi o impacto que um determinado evento produziu na vítima, sem que esta ofereça algum elemento para abalizar tal conclusão. Em regra, a própria indignação da vítima já denota a intensidade do abalo sofrido, o que deve ser corroborado por testemunhas e, em alguns casos, por laudo psicológico.

Por outro lado, cabe considerar a *lesividade da conduta*, perquirindo sobre o ânimo que moveu o agressor. Essa análise produz consequências de duas modalidades: em primeiro lugar, a lesividade da conduta afeta o sentimento da vítima, pois é muito mais difícil, por exemplo, saber que se perdeu um ente querido em decorrência da ação deliberada do agressor, do que saber que o fato se deu por culpa; no entanto, a responsabilidade civil tem também um caráter punitivo, de modo que não seria justo estabelecer igual valor para aquele que agiu com culpa e para o que agiu deliberadamente com a intenção de produzir o resultado. O próprio Código Civil, em seu art. 944, parágrafo único, autoriza o juiz a reduzir o montante da reparação “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano”.

Ademais, para fixar o montante indenizatório, o juiz deve considerar a *repercussão do fato no círculo social da vítima e na sociedade em geral*. Alguns fatos têm impacto apenas na esfera pessoal da vítima, como é o caso, por exemplo, do protesto indevido ou da infidelidade conjugal. Esses mesmos fatos, porém, podem repercutir nas relações pessoais do ofendido, produzindo constrangimentos e mal-estar. Outros fatos, ainda, podem ganhar forte repercussão no meio social, expondo a vítima à curiosidade pública. É evidente que a fixação do valor da reparação moral deve considerar esses aspectos, pois é muito mais grave um fato que transborda da esfera pessoal da vítima, expondo-a no meio social.

Sob o prisma puramente financeiro, é de se considerar o problema da *significação econômica da indenização*, que também varia de pessoa para pessoa, conforme as suas condições sociais. Uma determinada quantia, livremente imaginada pelo magistrado, pode ser absolutamente insignificante para uma certa pessoa ou pode representar uma fortuna para outra.

Cabe lembrar ainda a *atualidade do dano* como um dos fatores a serem considerados pelo juiz quando da fixação do montante indenizatório. É bastante frequente que pessoas vítimas de danos morais deixem o fato de lado e sigam com suas vidas normalmente, mas

posteriormente venham a juízo reclamar reparação, muitas vezes motivadas por dificuldades financeiras ou até mesmo pela superveniência de outro fato que tenha despertado o desejo de vingança. Nesses casos, é necessário indagar, primeiro, se não houve alguma forma de perdão tácito, principalmente quando vítima e agressor são amigos ou familiares. Além disso, deve-se ter em mente que a capacidade de se regenerar é própria dos seres vivos, como consequência do processo de *equilibração* que perdura e se renova durante toda a vida. Esses fatores, conquanto não sejam suficientes para afastar completamente o dever de indenizar, devem ser considerados pelo juiz como um dos critérios para fixação do montante indenizatório.³⁹⁸

Por último, cabe considerar que a necessidade de dar respostas rápidas aos milhares de casos que aportam diariamente ao Judiciário conduz à realização de raciocínios lineares, na tentativa de se criarem parâmetros objetivos para a fixação das indenizações por danos morais. Diante dessa premência de ordem prática, há quem defenda a edição de tabela que fixe os valores das indenizações, dentro de certos limites, de acordo com as várias categorias de danos sofridos. Trata-se de uma tentativa de racionalizar os critérios para fixação dos valores das indenizações, uma vez que os critérios subjetivos muitas vezes conduzem a discrepâncias importantes.³⁹⁹

Entendemos que a fixação de parâmetros pode ser de grande utilidade prática, tanto para o magistrado, que tem a ingente tarefa de arbitrar o montante da reparação, como para a vítima, que saberá de antemão o valor mínimo e máximo a que faz jus. Entendemos, porém, que esses parâmetros não devem ser rígidos, posto que isto representaria um retrocesso em relação a toda a flexibilidade trazida pelo Código Civil de 2002. Ademais, esses parâmetros não devem ser vinculantes, mas apenas referenciais para o juiz, o qual pode e deve ultrapassá-los diante das circunstâncias de cada caso concreto. Melhor seria realmente que os parâmetros não fossem fixados em lei, mas sim oferecidos pela doutrina e pela jurisprudência como referências para a atividade judicial.⁴⁰⁰

³⁹⁸ O processo de *equilibração* é um conceito central na obra de Piaget. Também Maturana afirma que vivemos em congruência com o meio e alteramos nossa estrutura constantemente nessa convivência. Veja-se o que foi dito a esse respeito no item 3.2, supra.

³⁹⁹ Clayton Reis, *Avaliação do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 113-114; Mirna Cianci, *O valor da reparação moral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 151-154. Encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 2.496/2007, de autoria do deputado Vital Rego Filho (PMDB/PE), estabelecendo limites para o valor das indenizações por danos morais nas relações de consumo. No Senado Federal, há dois projetos propondo o tabelamento e prevendo critérios para a fixação dos danos morais: o Projeto de Lei n. 334/2008, do senador Valter Pereira (PMDB/MS) e o Projeto de Lei n. 150/99, do senador Antônio Carlos Valadares (PSB/SE).

⁴⁰⁰ Nesse sentido, merece destaque a profunda análise jurisprudencial realizada por Mirna Cianci na obra referida, capaz de oferecer parâmetros razoáveis para a fixação do valor da reparação moral nas mais diversas situações (Mirna Cianci, *O valor da reparação moral*, cit., a partir da p. 185).

Em suma, o dano moral ou dano afetivo se refere sempre ao abalo ou rompimento sofrido pela vítima em sua integridade psíquica. Esse impacto pode ser direto, quando o fato ocasionar um sentimento de indignação ante o ato praticado ou de menos-valia para consigo mesmo; e pode ser indireto, quando o agressor provoca abalo ou rompimento de algum relacionamento afetivo que é estruturante da personalidade. Os danos afetivos não têm preço, mas valor, conforme o significado próprio que cada relacionamento tem para a vida da vítima. Seu valor deve ser arbitrado pelo juiz, à luz mediante critérios e parâmetros fornecidos pela doutrina e pela jurisprudência e de acordo com as circunstâncias e peculiaridades que envolvem cada caso *sub judice*, a serem evidenciadas pelas partes.

6.3 RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AFETIVO EM ESPÉCIE

Estamos tratando neste capítulo dos modos pelos quais o Direito pode tutelar a afetividade. No primeiro item, explicamos que essa tutela se faz por meio de medidas declaratórias e afirmativas, por medidas corretivas e mediante medidas reparatórias. No item anterior, abordamos alguns aspectos gerais sobre a responsabilidade civil por danos afetivos. Cuidaremos agora de algumas hipóteses de cabimento da responsabilidade civil por danos afetivos.

Lembremos que os danos afetivos são sinônimos de danos morais, já que todo ataque aos direitos da personalidade atinge a estrutura afetiva da vítima. Os danos morais ou afetivos podem acontecer em função de um ataque direto à estrutura psíquica da vítima ou mediante quebra de algum laço de afetividade.

Tendo em conta que a virada paradigmática da Modernidade para a Pós-Modernidade transformou a pessoa humana e seus atributos em objeto central de proteção pelo Direito, são incontáveis as possibilidades de configuração de danos morais passíveis de serem indenizados. Sempre e toda vez que uma determinada conduta produz danos à estrutura afetiva de uma pessoa, surge a possibilidade de se promover a respectiva reparação dos danos morais ou afetivos.

É impossível e também desnecessário dar conta de todas as hipóteses de configuração de danos morais, razão pela qual destacaremos apenas algumas situações mais emblemáticas nos itens a seguir.`

6.3.1 Responsabilidade civil por abandono afetivo

“Tu te tornas responsável por aquilo que cativas.” A frase de Antoine de Sant’Exupéry, lançada na célebre obra *O pequeno príncipe*, revela a importância do afeto,

tomada essa expressão em seu sentido mais lato possível para a existência humana. O fato é que as relações que estabelecemos com as outras pessoas e com as coisas criam vínculos que marcam a nossa existência, alterando em maior ou menor grau o rumo das nossas vidas. Ao mesmo tempo, à medida que estabelecemos relações, influenciemos também as outras pessoas e as coisas, marcando e alterando as suas existências.

Na atualidade, muitos relacionamentos amorosos são marcados pela fluidez e precariedade, visto que as pessoas se unem e se separam com extrema facilidade e rapidez.⁴⁰¹ Alguns relacionamentos se fazem pelo casamento, outros por união estável e muitos outros apenas por alguma forma de namoro.⁴⁰² O fato é que desses relacionamentos fluidos e passageiros não raro decorre o nascimento de filhos, a demandar atenção e cuidado dos pais. São frequentes os casos em que os pais se afastam dos filhos e deixam de lhes prestar a necessária assistência afetiva e material, seja em decorrência do final do relacionamento amoroso com a mãe da criança, seja porque esta foi concebida contra a sua vontade no bojo de um relacionamento sem compromisso.

O chamamento dos pais à responsabilidade por seus filhos vai desde a fixação do dever de prestar alimentos, passa pela regulamentação de visitas e pode, em casos extremos, ensejar a condenação ao pagamento de indenização por abandono afetivo.

A matéria é das mais intrincadas, pois demanda a intersecção entre a responsabilidade civil e o Direito de Família, além do recurso à Psicologia e ao Serviço Social. Além disso, a imposição do dever de reparar implica reconhecer que o pai tem o dever de prestar afeto ao filho, o que significa enfrentar o impasse entre o direito ao afeto e a aparente impossibilidade de exigir juridicamente essa prestação, a que nos referimos nos itens 4.3.2 e 5.3.1.

É preciso considerar, no entanto, que os pais têm o dever de velar pela integridade física e psíquica dos filhos, por força do exercício do poder familiar. É verdade que a legislação nada diz a respeito dos deveres paternos em relação aos filhos, tendo o novo Código Civil simplesmente repetido os dispositivos do Código anterior, sem promover a necessária atualização. Mas infere-se dos poderes constantes do art. 1.634 do Código Civil,

⁴⁰¹ Zygmunt Bauman, *Modernidade líquida*, cit., p. 212-215; Zygmunt Bauman, *Amor líquido*, cit., p. 111-112.

⁴⁰² O professor Euclides de Oliveira discorreu em 2006 sobre a escalada do afeto, que àquele tempo, variava entre o ficar, o namorar, o conviver e o casar (Euclides Benedito de Oliveira, A escalada do afeto no direito de família: ficar, namorar, conviver, casar. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 241-346). Em curto espaço de tempo, já surgiram outras formas ainda mais fluidas de relacionamento, não previstas naquele texto, como é o caso do *pegar*.

bem como do art. 229 da Constituição, que os pais têm o dever legal de velar pela integridade física e psíquica dos filhos.⁴⁰³

Agnes Heller e Ferenc Fehér esclarecem que há dois tipos de responsabilidade: o primeiro significa que somos responsáveis por agir segundo deveres, normas e regras, bem como por aplicá-las com bom senso, sob pena de sermos obrigados a reparar os danos; o segundo inclui um elemento a mais que se refere ao “estar no comando”, a exemplo do capitão de um navio que, em virtude da sua posição, deve responder pela vida e segurança de todos os passageiros.⁴⁰⁴ A responsabilidade dos pais para com os filhos corresponde ao segundo tipo, posto que não basta o cumprimento estrito às normas jurídicas e morais que envolvem o exercício do poder familiar; é necessário considerar a relação de dependência que existe entre pais e filhos.

Por sua vez, a professora Giselda Hironaka percorre toda a evolução e transformação do conceito de família, desde a Antiguidade até os nossos dias, em busca dos fatores que serviram de fundamento, em cada momento da História, para a responsabilidade dos pais em relação aos filhos. E conclui que, na atualidade, esse fundamento é exclusivamente a relação de afeto que caracteriza os relacionamentos familiares, a qual constitui uma potência sobre a qual se erige toda a ação voltada para a proteção da prole.⁴⁰⁵

Convém lembrar que o dano afetivo pode acontecer por dois modos: por agressão ao patrimônio afetivo ou por ataque direto à estrutura psíquica da vítima. No caso do abandono afetivo, o que se tem é uma agressão direta à estrutura psíquica, com o que a vítima se sente diminuída na sua condição de pessoa humana. O pai – em regra, mas pode também ser a mãe – deixa de prestar comportamentos pró-afetivos, isto é, aqueles capazes de proporcionar o surgimento e a manutenção de laços de afetividade. Vale dizer que não se trata simplesmente de uma omissão, mas sim de uma ação deliberada com o sentido de causar na vítima um sentimento de menos-valia. Essa situação, quando ocorrente,

⁴⁰³ Confira-se, a esse respeito, Romualdo Baptista dos Santos, *O Código Civil de 2002: omissões e distorções quanto ao poder familiar*. In: Lucas Abreu Barroso (Org.), *Introdução crítica do Código Civil*, cit.

⁴⁰⁴ Agnes Heller e Ferenc Fehér, *A condição política pós-moderna*, cit., p. 94-95.

⁴⁰⁵ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, *Responsabilidade civil na relação paterno-filial*, cit.: “A responsabilidade dos pais consiste principalmente em dar oportunidade ao desenvolvimento dos filhos, consiste principalmente em ajudá-los na construção da própria liberdade. (...) As relações de família, já que se dão no interior de uma sociedade, tendem a atravessar constantemente essa tensão que ora distancia, ora aproxima, as relações de poder e as relações de afeto. Consideremos que a relação em família não precise ser uma relação de poder, ainda que haja quem considere isso impossível. Mas se ela não é uma relação de poder, ou de dominação, o que ela é ou pode ser? Somente uma relação afetiva. Conceber as famílias como associações determinadas pelo afeto significa necessariamente recusar que sejam determinadas por uma relação de dominação ou poder. Paralelamente, significa dar a devida atenção às necessidades manifestas pelos filhos em termos, justamente, de afeto e proteção”.

caracteriza agressão à estrutura psíquica do filho e enseja a fixação de um valor a título de reparação pelos danos morais.⁴⁰⁶

É o caso da filha que moveu ação contra o pai que, após separar-se da sua mãe, passou a desprezá-la e ignorá-la inclusive nos ambientes sociais que frequentavam, causando-lhe profundo sentimento de indignação. No caso, o juiz reconheceu que “a paternidade não gera apenas deveres de assistência material, e que além da guarda, portanto independentemente dela, existe um dever, a cargo do pai, de ter o filho em sua companhia”.⁴⁰⁷

O exemplo mais significativo de pedido de reparação de danos morais por abandono afetivo ficou conhecido como o caso do menino Alexandre, no qual o autor sustenta que, após o divórcio dos seus pais, foi completamente abandonado pelo pai, que constituiu nova família e teve outra filha, limitando-se desde então a pagar religiosamente a pensão alimentícia fixada pelo juiz. Na defesa, o requerido alegou que visitava regularmente seu filho, tendo-o em sua companhia nos finais de semana; em determinado momento, teve

⁴⁰⁶ Ana Carolina Brochado Teixeira esclarece que o relacionamento entre pais e filhos tem como finalidade proporcionar o desenvolvimento da personalidade destes, com vista à realização da dignidade humana. Nessas condições, a autoridade familiar perde sua característica de poder e assume o papel de facilitador da construção da autonomia dos filhos. A criação liga-se ao atendimento das necessidades dos filhos, o que inclui cuidados na enfermidade, orientação moral, apoio psicológico, manifestações de afeto etc. (Ana Carolina Brochado Teixeira, A disciplina jurídica da autoridade parental. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 102-123).

⁴⁰⁷ O processo tramitou perante a 31ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo. Na inicial, a autora alegou que seu pai abandonou o lar alguns meses após o nascimento da filha; em seguida, o réu se separou da mãe da autora e logo depois constituiu nova família, da qual advieram outros três filhos; a autora se encontrava frequentemente com o réu e com os filhos do seu novo relacionamento, visto que todos membros da colônia judaica; no entanto, o requerido não se dirigia à autora, fingindo não conhecê-la, ao mesmo tempo em que tratava os outros filhos com ternura, na presença da autora; em consequência, a autora passou a se sentir rejeitada, humilhada e inferiorizada, desenvolvendo sérios problemas psicológicos; a autora pediu o ressarcimento das despesas médicas e psicológicas, além do pagamento de indenização por danos morais. Na sentença, o juiz reconheceu o dever de indenizar, entendendo que a conduta do réu causou danos à autora, claramente demonstrados pelo laudo psicológico, bem como que os pais têm o dever de manter relacionamento afetivo com os filhos. Confira-se o seguinte trecho da sentença: “A par da ofensa à integridade física (e psíquica) decorrente de um crescimento desprovido do afeto paterno, o abandono afetivo se apresenta também como ofensa à dignidade da pessoa humana, bem jurídico que a indenização do dano moral se destina a tutelar. É evidente que a separação dos pais não permitirá a quem não detém a guarda o estabelecimento de convivência frequente, ou mesmo intensa. Por esse motivo é que efetivamente não se mostra razoável, em princípio e em linhas gerais, considerar que todo pai ou mãe que se separa e deixa o filho com o outro genitor deva pagar ao filho indenização de dano moral. Mas nem por isso se poderá ir ao outro extremo e negar a ocorrência de dano moral se o pai ou a mãe, tendo condições materiais e intelectuais, se abstém completamente de estabelecer relacionamento afetivo ou de convivência, ainda que mínimo, com seu filho, como se não houvesse um vínculo de parentesco, que, no âmbito jurídico, se expressa também como companhia, transcendendo assim a dimensão estritamente material. Portanto, a decisão da demanda depende necessariamente do exame das circunstâncias do caso concreto, para que se verifique, primeiro, se o réu teve efetivamente condições de estabelecer relacionamento afetivo maior do que a relação que afinal se estabeleceu e, em segundo lugar, se as vicissitudes do relacionamento entre as partes efetivamente provocaram dano relevante à autora”.

necessidade de ingressar com ação revisional de alimentos, fato que provocou a ira da mãe do autor, que então passou a fazer telefonemas insultuosos bem como instruiu o filho para que agredisse sua meio-irmã; além disso, o réu tem realizado viagens de trabalho, o que dificulta ainda mais os encontros com o filho.

A ação foi julgada improcedente em primeiro grau, uma vez que o laudo não constatou sintomas de abalo psicológico no autor em decorrência do afastamento do pai, bem como que não se configurou a intencionalidade da conduta do réu. O Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso do autor, fixando o valor da reparação em R\$ 44.000,00, ante a conclusão de que “A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.” Por fim, o Superior Tribunal de Justiça acolheu Recurso Especial intentado pelo réu, por maioria de votos, para “afastar a possibilidade de indenização nos casos de abandono moral”, uma vez que “escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada.”⁴⁰⁸

O que chama a atenção neste caso, entre tantas peculiaridades, são as várias reviravoltas judiciais: a ação foi julgada improcedente em primeiro grau, teve a sentença reformada pelo Tribunal local e foi novamente julgada improcedente pelo Tribunal Superior, mas por maioria de votos, tudo a evidenciar que a matéria está longe de ser pacificada.⁴⁰⁹

É evidente que o Tribunal se equivocou ao afirmar que o Judiciário não pode obrigar ninguém a amar, posto que, no caso, não se trata de dar amor, mas de dar atenção; não se trata de prestar sentimento, mas de prestar conduta. Ao que se depreende dos autos, o pai afastou-se do filho em virtude de problemas de relacionamento com sua mãe, o que revela ser esta uma conduta deliberada, uma opção do autor e não um gesto involuntário.

Em outro caso, o filho de 13 anos de idade obteve a condenação do pai ao pagamento de 100 salários mínimos a título de reparação por danos morais. O autor, representado por sua mãe, alegou que o réu não reconheceu espontaneamente a paternidade, fazendo-se necessária uma longa e cansativa batalha judicial com a realização de exame de DNA. Mesmo após o reconhecimento judicial da paternidade, o réu se recusou a manter qualquer

⁴⁰⁸ STJ – 4ª Turma, REsp n. 757411-MG, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 29.11.2005.

⁴⁰⁹ No voto vencido, o Min. Barros Monteiro deixou assente que no caso, ocorreram a conduta ilícita, o dano e o nexo de causalidade. O dano resta evidenciado com o sofrimento, com a dor, com o abalo psíquico sofrido pelo autor durante todo esse tempo. Portanto, é devida a indenização por dano moral.

tipo de relacionamento com o filho, o que produz profundo sentimento de tristeza. Na defesa, o requerido alegou que teve um relacionamento eventual com a mãe do autor e, por isso, duvidou da paternidade; que, diante do reconhecimento da paternidade, procurou cumprir suas obrigações e tentou se aproximar do filho, mas foi impedido pela mãe; que esses fatos lhe causaram problemas familiares, visto que já é casado e tem outra filha.⁴¹⁰

Em recente julgado, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo condenou o pai ao pagamento de 500 salários mínimos, a título de reparação por danos morais decorrentes de abandono afetivo. No caso, o autor alega que foi completamente abandonado pelo pai, desde a gravidez da sua mãe, bem como que só obteve reconhecimento da paternidade após longo e tumultuado processo judicial, tendo o réu se recusado reiteradas vezes a realizar o exame de DNA. No acórdão, ficou assentado que “Ninguém é obrigado a amar o outro, ainda que seja o próprio filho. Nada obstante, a situação é previsível, porém, no caso da família constituída, ninguém, só por isso, requer a separação; ocorre que, na espécie, o abandono material e moral é atitude consciente, desejada, ainda que obstada pela defesa do patrimônio em relação aos outros filhos – o afastamento, o desamparo, com reflexos na constituição de abalo psíquico, é que merecem ser ressarcidos, diante do surgimento de nexo de causalidade”.⁴¹¹

Como visto, o dano afetivo representa agressão ao patrimônio afetivo, mediante o rompimento dos laços afetivos já existentes ou significa negação do afeto e da oportunidade de se desenvolverem os laços afetivos. Em ambos os casos há agressão à integridade psíquica.

Toda pessoa tem direito de desenvolver plenamente, o que envolve o desenvolvimento físico e psíquico. O dano afetivo representa agressão direta aos direitos da personalidade, posto que atinge aquela esfera de interesse mais próxima da pessoa, ou seja, atinge a pessoa em sua constituição.

Um dos principais argumentos levantados contra a indenização por abandono afetivo é que a condenação não restabelece o afeto negado ou perdido; ao contrário, pode resultar em um afastamento ainda maior entre as pessoas envolvidas. É preciso ver, no entanto, que se a questão foi trazida a juízo é porque já não existe um bom relacionamento entre as partes, de modo que se esse relacionamento continuar não existindo, nada se perdeu. Além

⁴¹⁰ A sentença foi proferida pela juíza Simone Ramalho Novaes, da 1ª Vara Cível de São Gonçalo, RJ. Disponível em: <<http://www.espacovital.com.br>>. Acesso em: 28 dez. 2006.

⁴¹¹ TJSP – 8ª Câ. Dir. Privado, Apel. Cível n. 511.903-4/7, Marília, rel. Desemb. Caetano Lagrasta, j. 12.03.2008).

disso, dada a complexidade do ser humano, cada pessoa recebe esse fato de maneira diferente, de modo que não é de se duvidar que a propositura de uma ação, em alguns casos, possa até ensejar uma reaproximação entre os parentes afastados. Ainda que tal não aconteça, a indenização por dano moral, como é o caso do abandono afetivo, tem o condão de produzir um conforto na vítima, em substituição ao valor que lhe foi suprimido, mas representa também uma sinalização dada pelo Poder Judiciário de que a conduta é reprovada pela sociedade.

Por último, cabe registrar a existência de dois projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, com propostas de alteração do Código Civil, do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Estatuto do Idoso, instituindo o dever de prestar comportamentos pró-afetivos e prevendo a reparação de danos morais em caso de não prestação dessa conduta (PLS 700/2007, senador Marcelo Crivella – PRB/RJ; PL 4.294/2008, do deputado Carlos Bezerra – PMDB/MT).

6.3.2 Responsabilidade civil entre cônjuges, companheiros e namorados

É indispensável dizer, de saída, que há imensa dificuldade em configurar o dever de indenizar por abandono afetivo em virtude do rompimento dos relacionamentos amorosos. Isso porque, diferentemente dos relacionamentos entre pais e filhos, nesses casos não há o dever de velar pela integridade física e psíquica da outra pessoa. Em outros tempos, considerando que havia ascendência do homem sobre a mulher, poder-se-ia dizer que aquele era responsável por esta, devendo-lhe prestar amparo material e moral. Nos dias atuais, no entanto, diante da alcançada igualdade formal entre homens e mulheres, não se justifica pensar que um é responsável pela integridade do outro.

Além disso, o Direito permite que as pessoas terminem seus relacionamentos, o que afasta ainda mais a possibilidade de reparação por danos morais, visto que o dever de indenizar tem como pressuposto a prática de ato ilícito. Sendo assim, não se pode falar propriamente em abandono afetivo, nos casos em que uma das partes decide por fim ao relacionamento amoroso.⁴¹²

⁴¹² Nesse sentido, confira-se este recente julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “UNIÃO ESTÁVEL – Sentença parcialmente procedente – Reconhecimento da existência da convivência e declaração da respectiva dissolução – Inconformismo da convivente que se limita à improcedência dos pedidos de alimentos e de indenização por danos morais, sob o fundamento de cerceio defensivo, ante o julgamento antecipado da lide – Inocorrência – Apelante que, instada a especificar provas a serem produzidas, deixou de se manifestar – Descabimento, outrossim, de alimentos – Elementos coligidos nos autos que não indicam a existência dos pressupostos legais da necessidade-possibilidade – Não configuração, outrossim, de danos morais – O abandono afetivo não consubstancia ato ilícito, o qual é imprescindível para determinar-se o dever de indenizar – Precedente do Colendo Superior Tribunal de

Entretanto, a maioria dos casos de rompimento traumático de relacionamento amoroso não caracteriza propriamente abandono afetivo, mas sim infidelidade, que nem sempre configura dano moral passível de reparação.⁴¹³

Há casos, porém, em que o desenlace amoroso é permeado por atos exagerados, despropositados, que têm como consequência impingir à outra parte um abalo emocional maior do que aquele naturalmente decorrente do final do relacionamento. É fato que as pessoas têm direito de terminar seus casamentos, uniões estáveis ou simples namoros, mas isso não lhes dá o direito de proceder de modo desleal nem de submeter o parceiro amoroso a um sofrimento desmedido e desnecessário. Caso assim procedam, fica caracterizado o dever de reparar os danos morais.⁴¹⁴

Mesmo entre os especialistas em Direito de Família há divergência quanto à existência do dever de indenizar entre cônjuges, companheiros e namorados. Inácio de Carvalho Neto observa que o nosso Código não contém disposição específica a respeito do assunto, como acontece nos sistemas italiano, alemão e espanhol, mas isso não impede o

Justiça – Recurso desprovido” (TJSP – 6ª Câ. Dir. Privado, Apel. Cível n. 544.159-4/7, Mococa, rel. Desemb. Sebastião Carlos Garcia, j. 04.09.2008).

⁴¹³ Confira-se, a respeito, o seguinte julgado: “Dano moral. Adultério. Circunstância que, em si mesma, salvo excepcionalidade inócua na hipótese, não acarreta dano moral indenizável – O relacionamento extraconjugal é apenas a consequência de uma união cujos sentimentos iniciais não perduraram no tempo, dando ensejo a que outros se sobrepusessem e levassem algum dos cônjuges ou companheiros à relação afetiva com outras pessoas. Considerações e jurisprudência deste TJSP. Improcedência da ação que se impõe. Recurso dos réus provido e prejudicado o da autora” (TJSP – 4ª Câ. Dir. Privado, Apel. Cível n. 361.324-4/7, São Paulo, rel. Desemb. Maia da Cunha, j. 27.03.2008).

⁴¹⁴ Em recente julgado, o Tribunal de Justiça de São Paulo condenou o marido a pagar 300 salários mínimos à mulher, a título de reparação por danos morais, tendo em vista que “A prova oral demonstrou a conduta inadequada do réu, originando, então, no desfazimento do matrimônio, bem como, em razão do curto espaço de tempo do casamento – por volta de sete meses – o abalo da autora é notório, sobretudo porque houve conduta desonrosa do marido ante a exposição perante os vizinhos e amigos e violação de um dos deveres do casamento, qual seja, a fidelidade conjugal. (...) Assim, o polo passivo afrontou a dignidade da pessoa humana em relação ao polo ativo, seu cônjuge, consequentemente, expôs a mulher em situação vexatória, por conseguinte, deve indenizá-la ante a ofensa ocorrida” (TJSP – 7ª Câ. Dir. Privado, Apel. Cível n. 159.981-4/6, São Paulo, rel. Desemb. Natan Zelinski de Arruda, j. 27.02.2008).

Em outro julgado, o TJSP condenou o marido a pagar R\$ 45.000,00 à mulher, por danos morais decorrentes da prática de adultério: “SEPARAÇÃO JUDICIAL – Pretensão à reforma parcial da sentença, para que o autor-reconvindo seja condenado no pagamento de indenização por danos morais, bem como seja garantido o direito de postular alimentos por via processual própria – Fidelidade recíproca que é um dos deveres de ambos os cônjuges, podendo o adultério caracterizar a impossibilidade de comunhão de vida – Inteligência dos arts. 1.566, I, e 1.573, I, do Código Civil – Adultério que configura a mais grave das faltas, por ofender a moral do cônjuge, bem como o regime monogâmico, colocando em risco a legitimidade dos filhos – Adultério demonstrado, inclusive com o nascimento de uma filha de relacionamento extraconjugal – Conduta desonrosa e insuportabilidade do convívio que restaram patentes – Separação do casal por culpa do autor-reconvindo corretamente decretada – Caracterização de dano moral indenizável – Comportamento do autor-reconvindo que se revelou reprovável, ocasionando à ré-reconvinte sofrimento e humilhação, com repercussão na esfera moral – Indenização fixada em R\$ 45.000,00 – Alimentos – Possibilidade de requerê-los em ação própria, demonstrando necessidade – Recurso provido” (TJSP – 1ª Câ. Dir. Privado, Apel. Cível n. 539.390-4/9, São Paulo, rel. Desemb. Luiz Antônio de Godoy, j. 10.06.2008).

reconhecimento do dever de indenizar, com base na cláusula geral da responsabilidade civil.⁴¹⁵ Por sua vez, Maria Berenice Dias afirma que o rompimento de um relacionamento – no caso, o noivado – gera o dever de indenizar tão somente os danos emergentes, não se podendo falar em reparação por danos morais.⁴¹⁶ Maria Celina Bodin de Moraes igualmente sustenta a inexistência do dever de indenizar no caso de rompimento de relacionamento amoroso.⁴¹⁷ Regina Beatriz Tavares da Silva assegura que quem rompe um relacionamento por falta de amor está exercendo regularmente um direito, o que seria uma excludente da responsabilidade civil. Mas, em artigo publicado na internet, a autora assegura que a infidelidade conjugal é ato ilícito, a gerar o dever de reparação por danos morais.⁴¹⁸

Como visto, o problema é tormentoso. Em princípio, não se pode falar em responsabilidade civil por abandono afetivo, visto que a lei não mais impõe relação de dependência e subordinação entre cônjuges, companheiros ou namorados. Mas é possível conceber situações em que um dos parceiros amorosos se encontre absolutamente submetido ao outro; e este, aproveitando-se dessa situação, imponha àquele, propositalmente, um desmedido rebaixamento moral. Trata-se de hipótese de difícil comprovação, tanto mais porque não existe relação de subordinação entre as pessoas envolvidas, como ocorre nas situações de assédio moral de que cuidaremos a seguir.

Além disso, há casos em que uma pessoa rompe o relacionamento de maneira inadequada, causando profundo abalo à estrutura psíquica da outra. A hipótese configura abuso de direito, conforme dissemos no item 5.3.6, acima, uma vez que tal pessoa tem o direito de romper o relacionamento, mas deve fazê-lo de maneira a não causar danos desnecessários ao companheiro. O noivo ou noiva que, não querendo mais se casar, deixa

⁴¹⁵ Inácio de Carvalho Neto, *Responsabilidade civil no direito de família*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2005, p. 401.

⁴¹⁶ Maria Berenice Dias, *Manual de direito das famílias*. 2. ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2007, p. 118.

⁴¹⁷ Maria Celina Bodin de Moraes, Danos morais e relações de família. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 399/415: “Não se vê, de fato, como possa o pleno exercício do princípio da liberdade de casar – decorrência direta e inelutável do princípio fundamental de liberdade – ser sopesado desfavoravelmente em relação à quebra do compromisso pré-nupcial. Na ponderação desses interesses contrapostos, não há como fazer surgir o dever de indenizar, a não ser pelo prejuízo material, eventualmente, ocasionado – prejuízo este que aqui não se discute, uma vez que não pode ser confundido com o dano genuinamente moral”.

⁴¹⁸ Regina Beatriz Tavares da Silva, Débito conjugal. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Org.). *Anais IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 531-541; Regina Beatriz Tavares da Silva, *Alienação do afeto: desamor e traição no casamento podem gerar indenização?* Disponível em: <<http://www.saraivajur.com.br/menuEsquerdo/doutrinaArtigosDetalhe.aspx?Doutrina=195>>. Acesso em: 13 out. 2009.

para manifestar esse seu desejo diante do altar, na presença de todos os convidados, expõe o outro a um vexame desnecessário, causando-lhe danos de natureza afetiva.

Ademais, a infidelidade conjugal constitui ato ilícito, a gerar o dever de reparação por quebra do dever de lealdade. A pessoa casada ou que vive em união estável mantém justa expectativa quanto ao comportamento leal do consorte, de modo que a traição provoca considerável abalo moral, a merecer reparação também na esfera da responsabilidade civil. Deve-se reservar ao réu, contudo, a possibilidade de demonstrar que o casamento ou união estável não mais se revestia dos liames de afeto que lhe são característicos, não havendo, portanto, razão para a manutenção do dever de lealdade. Nesta hipótese, não se pode falar em justa expectativa de lealdade e, por conseguinte, não se pode falar propriamente em traição ou em infidelidade.

Em suma, entendemos que a responsabilidade civil por abandono afetivo entre cônjuges, companheiros e namorados é de difícil configuração, dada a inexistência de subordinação entre parceiros amorosos. Todavia, é possível supor situações de dominação de um parceiro amoroso sobre o outro, bem como situações de rompimento abusivo de relacionamentos, a gerar o dever de reparar por danos morais.

A infidelidade conjugal, por sua vez, está relacionada à justa expectativa que um dos parceiros amorosos tem em relação ao comportamento leal do outro. Havendo esse elemento, justifica-se o dever de reparar por danos morais. Naquelas situações em que o relacionamento já se encontra desintegrado, não se pode se pode falar em justa expectativa de lealdade e, por conseguinte, não há falar em traição ou infidelidade.

Devemos rebater com veemência o argumento de que não cabe indenização por danos morais entre parceiros amorosos pelo simples fato de que estas relações são típicas do Direito de Família. Se há o dever de reparar entre homem e mulher de um modo geral, não é o simples fato de serem casados, namorados ou conviventes que irá afastar a responsabilidade pelos danos eventualmente causados. Em todo caso, são as circunstâncias de cada caso concreto que vão revelar se uma parte agiu de modo a provocar profundo desgosto na outra e diminuí-la em sua condição de pessoa humana.

6.3.3 Responsabilidade civil por assédio moral

O assédio moral constitui modalidade de agressão desferida diretamente contra a estrutura psíquica da vítima. Conforme foi dito ao longo deste trabalho, a afetividade é componente indissociável da personalidade, é estruturante da pessoa e, enquanto tal, deve ser preservada como forma de preservação da dignidade humana. Em consequência das

grandes transformações sociais ocorridas no século passado, com destaque especial para o movimento feminista, o “como eu me sinto” deixou de ser um problema da esfera privada da vida e ingressou na arena pública, constituindo então um valor a ser preservado pelo Direito. A linguagem do afeto, que antes permeava unicamente as relações em família, foi trazida pelas mulheres para os ambientes de trabalho, de modo que, se anteriormente era irrelevante saber dos sentimentos e emoções dos empregados, hoje em dia esse aspecto da subjetividade é objeto de interesse por parte das empresas e corporações. Em razão disso é que se tem trazido à baila, nos últimos tempos, a discussão acerca do fenômeno denominado *assédio moral*.

Assédio moral, na definição da doutrina especializada é a “exposição dos trabalhadores e em geral a situações humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções. O assédio moral decorre de um desvio no exercício do poder nas relações de trabalho, que visa criar ao trabalhador um ambiente hostil, desestabilizando o trabalhador, que hostilizado, com medo do desemprego, o torna dócil e menos reivindicativo”.⁴¹⁹

A importância desse tema tem repercutido no Congresso Nacional e gerado inúmeras iniciativas legislativas no sentido de coibir a prática de assédio moral, mediante sua criminalização,⁴²⁰ por meio de sanções administrativas aos servidores públicos,⁴²¹ por meio de sanções trabalhistas,⁴²² ou, ainda, por meio de restrições à participação das empresas nos processos de licitação realizados pelo poder público.⁴²³

⁴¹⁹ Luiz Salvador, *Assédio moral: doença profissional que pode levar à incapacidade permanente e até à morte*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3326>>. Acesso em: 21 nov. 2008. Confirma-se também, a esse respeito: Maria Ester Freitas, Roberto Heloani e Margarida Barreto, *Assédio moral no trabalho*. São Paulo: Cengage Learning, 2008, passim.

⁴²⁰ O Projeto de Lei n. 4.742/2001, do deputado Marcos Jesus (PL/PB) e o Projeto de Lei n. 5.971/2001, do deputado Inácio Arruda (PCdoB/CE), propõem a criminalização do assédio moral.

⁴²¹ O Projeto de Lei n. 4.591/2001, da deputada Rita Camata (PMDB/ES), propõe a alteração do Estatuto dos Funcionários Públicos Federais, Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, a fim de proibir a prática de assédio moral no serviço público federal, sob pena de advertência, suspensão e até demissão. De acordo com o projeto, o art. 117-A do Estatuto teria a seguinte redação: “Art. 117-A – É proibido aos servidores públicos praticarem assédio moral contra seus subordinados, estando estes sujeitos às seguintes penalidades disciplinares: I – Advertência; II – Suspensão; III – Destituição de cargo em comissão; IV – Destituição de função comissionada; V – Demissão”. O Projeto de Lei n. 5.972/2001, do deputado Inácio Arruda (PCdoB/CE), propõe o acréscimo de um inciso ao art. 117 do Estatuto dos Funcionários Públicos, com previsão semelhante.

⁴²² O Projeto de Lei n. 5.970/2001, do deputado Inácio Arruda (PCdoB/CE), propõe alteração na Consolidação das Leis do Trabalho, Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, com a previsão de sanções trabalhistas para o empregador acusado de praticar assédio moral.

⁴²³ O Projeto de Lei n. 6.161/2002, do deputado Inácio Arruda (PCdoB/CE), propõe alteração na Lei das Licitações, Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, com a criação de um cadastro nacional de assédio moral, a fim de que as empresas cadastradas sejam impedidas de participar de processos de licitação realizados pelo Governo.

O Projeto de Lei n. 4.591/2001, da deputada Rita Camata (PMDB/ES), traz uma definição bastante abrangente de assédio moral, no § 1º do projetado art. 117-A, do Estatuto dos Funcionários Públicos Federais, como segue:

§ 1º Para fins do disposto neste artigo considera-se assédio moral todo tipo de ação, gesto ou palavra que atinja, pela repetição, a autoestima e a segurança de um indivíduo, fazendo-o duvidar de si e de sua competência, implicando em dano ao ambiente de trabalho, à evolução profissional ou à estabilidade física, emocional e funcional do servidor incluindo, dentre outras: marcar tarefas com prazos impossíveis; passar alguém de uma área de responsabilidade para funções triviais; tomar crédito de ideias de outros; ignorar ou excluir um servidor só se dirigindo a ele através de terceiros; sonegar informações necessárias à elaboração de trabalhos de forma insistente; espalhar rumores maliciosos; criticar com persistência; segregar fisicamente o servidor, confinando-o em local inadequado, isolado ou insalubre; subestimar esforços.

Da leitura desse dispositivo pode-se perceber o quanto é difícil a caracterização do assédio moral, uma vez que as condutas que o caracterizam são corriqueiras e podem não representar nada mais do que um evento isolado.⁴²⁴ Do ponto de vista objetivo, o assédio moral se caracteriza pela atitude reiterada do superior hierárquico. Do ponto de vista subjetivo, ao que parece, há uma intenção do chefe de humilhar o empregado e, de outra parte, uma suscetibilidade do empregado ou servidor público.

Outra dificuldade que se apresenta para a caracterização do assédio moral é que o problema normalmente se abate sobre pessoas portadoras de distúrbios psíquicos que se revelam por meio de depressão e manias de perseguição.⁴²⁵

O que se pode extrair de tudo o que foi dito, é que o assédio moral se caracteriza pela ação deliberada do chefe de ofender e humilhar o subordinado; e, da parte deste, há uma suscetibilidade à ação do chefe, agravada pelo temor reverencial e pelo medo de perder o emprego ou sua posição no local de trabalho. Há, portanto, uma ação do agressor que incide diretamente sobre a personalidade do ofendido diminuindo sua autoestima e amedrontando-o.⁴²⁶

⁴²⁴ Maria Ester Freitas, Roberto Heloani e Margarida Barreto, *Assédio moral no trabalho*, cit., p. 25: “Não se pode confundir a violência pontual, derivada da grosseria, nervosismo e mau humor, a que todos estamos sujeitos no nosso cotidiano doméstico ou no trabalho, com a violência insidiosa e destrutiva que se repete no tempo e visa destruir psiquicamente o outro”.

⁴²⁵ É o que se extrai, por exemplo, desse relato fornecido por uma empregada que acusou o chefe de praticar assédio moral: “Ela conta que seu antigo chefe usava critérios diferentes entre os funcionários. Lúcia sempre ficava com uma sobrecarga de trabalho muito maior em relação aos outros colegas do setor. ‘Meu chefe chegou a criar uma função de coordenação do setor, que nunca existiu, e ofereceu para um colega que tinha acabado de entrar na empresa. Sendo que eu já tinha muito tempo lá dentro e sempre resolvia muito mais coisas do que ele. Tudo era feito para me humilhar’, recorda. (...) O assediador passa uma imagem de poder que, na realidade, não existe. ‘A situação é tão rotineira e reiterada que você acaba aumentando tudo. A pessoa se torna maior e mais poderosa do que realmente é’, afirma ela, já recuperada do trauma” (texto extraído do site <<http://www.assediomoral.org/spip.php?article391>>. Acesso em: 17 nov. 2008. Lúcia é um nome fictício).

⁴²⁶ Maria Ester Freitas, Roberto Heloani e Margarida Barreto, *Assédio moral no trabalho*, cit., p. 32-34.

Como visto, o assédio moral é verdadeiramente uma modalidade de ataque à personalidade, o que, como já vimos, caracteriza dano moral passível de ser reparado.⁴²⁷ Em muitos casos, porém, há dificuldade em reconhecer o dever de indenizar, seja porque os fatos não caracterizam assédio moral, seja porque se encontram dentro do poder discricionário do superior hierárquico, em especial no âmbito da Administração Pública.⁴²⁸

6.3.4 Responsabilidade civil por quebra de laço afetivo

Por último, trataremos da responsabilidade civil por rompimento de laços afetivos. Conforme foi exposto nos itens 6.2.4 e 6.2.5, acima, cada pessoa desenvolve uma infinidade de relacionamentos das mais diversas naturezas e intensidades, aos quais se pode dar o nome de *patrimônio afetivo*, visto que cada relacionamento tem um valor ou um significado com o qual concorre para a manutenção da estrutura psíquica.

⁴²⁷ Ementa: “AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – ASSÉDIO MORAL E SEXUAL – CONDUTA PERPETRADA POR SUPERIORES DAS VÍTIMAS – CONSTATAÇÃO DOS ATOS DE PERSEGUIÇÃO – AÇÃO PROCEDENTE. A prova produzida nos autos é contundente no sentido de atribuir aos réus as condutas ilegais e imorais, configurando assédio sexual e moral, além de atos de perseguição no que concerne ao desempenho do serviço, anotando-se que os réus eram superiores das vítimas, demonstrado que a perseguição deu-se em razão de as vítimas terem ligações pessoais com o anterior comandante da corporação, que é da oposição à atual administração. Evidências da deslealdade com que agiram os réus, constatada a improbidade administrativa – RECURSOS AOS QUAIS SE NEGA PROVIMENTO” (TJSP – 1ª Câmara. Dir. Público, Apel. Cível n. 612.235-5/3 – Bragança Paulista, rel. Desemb. Regina Capistrano, j. 30.09.2008).

⁴²⁸ “Assim sendo, para haver assédio moral é necessário unir-se não só a conduta perversa do superior hierárquico, aí qualificada pela perseguição ofensiva, reiterada e direcionada à determinada pessoa (ou grupo de pessoas), com o avassalar de submissão vexatória ou, humilhante, com exteriorização pública, ou não, sobre os ombros do servidor público inferiorizado, circunstâncias essas que não se positivaram e não despontaram do exame do balanço da prova produzida, conquanto se avizinhasse o vivo dissabor e a real turbulência no cotidiano cartorário, o que, sem dúvida, requer providências saneadoras, mas não induz, ordinária e necessariamente, o crédito alusivo ao dano extrapatrimonial por assédio sexual” (trecho de sentença de improcedência, processo n. 053.03.010956-9, 5ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo, 28.08.2008);

“ASSÉDIO MORAL. INDENIZAÇÃO. CARACTERIZAÇÃO. O assédio moral pressupõe agressão continuada e grave, a ponto de causar perturbação na esfera psíquica do trabalhador. Revela também discriminação, pois é especificamente dirigida e concentrada na pessoa daquele indivíduo determinado. Serve, ainda, a algum propósito eticamente reprovável. Hipótese em que, porém, a indicação é de encarregada que se dirigia a todos, indistintamente, de forma grosseira e inadequada. Ausência de propósito específico e de agressão grave e individualizada à dignidade da trabalhadora. Conduta que, embora reprovável, não serve, tecnicamente, à caracterização do assédio moral. Recurso da ré a que se dá provimento, nesse aspecto” (TRT/SP, 11ª Turma, processo n. 00030200604702002/2006, rel. Eduardo de Azevedo Silva, DJ 06.03.2007);

“ASSÉDIO MORAL. Indenização. Apelante que se afirma discriminado, assediado moralmente, pela forma ilegal como foi afastado de suas funções. Remanejamento justificado em razão de acidente com máquina retroescavadeira. Medida de cautela, de cunho discricionário, baseada em juízo de conveniência e oportunidade, sem caráter punitivo. Desnecessária a finalização de processo administrativo para que fosse adotada. Abalo psicológico ou emocional que não decorre de ato abusivo ou ilegal da Administração. Indenização indevida. Recurso não provido” (TJSP, 12ª Câmara. Dir. Público, Apel. Cível n. 741.563-5/0, Piracicaba, rel. Desemb. Edson Ferreira, j. 27.02.2008).

A perda de um ente querido, mormente quando o fato ocorre de maneira trágica ou decorre de uma agressão injustificada, representa um desfalque ao rol dos relacionamentos mantidos pela vítima, ou seja, ao seu patrimônio afetivo. O abalo moral, a dor, a sensação de perda podem ser traduzidas como dano moral. Tal desfalque é insuscetível de reparação integral, mas admite uma compensação aproximada, mediante pagamento de uma quantia fixada pelo juiz, tendo em vista as circunstâncias do fato e as condições das pessoas envolvidas. Supõe-se que o recebimento de uma importância significativa é capaz de proporcionar conforto à vítima e amenizar a dor decorrente da perda afetiva.

A hipótese mais flagrante de quebra de laços afetivos é aquela que decorre da morte de um parente próximo, em situações que vão desde o assassinato puro e simples, passando pelos acidentes de trânsito, acidentes de trabalho, ações policiais, morte de presidiário etc. Em todos esses casos, o que se pode entrever é que a vítima perde um parente próximo, em virtude da ação injustificada do agressor. Não raro, a pessoa falecida era responsável pelo sustento da família, caso em que há lugar também para a indenização propriamente dita pelos danos materiais. Mas, o que nos interessa, nos limites deste estudo, é que a vítima faz jus a uma reparação referente à quebra do laço afetivo que mantinha com a pessoa falecida.

No caso, não se pode falar propriamente em indenização, visto que a dor decorrente da perda de um ente querido não pode ser quantificada em dinheiro. O juiz deve, então, atentar para as circunstâncias do fato, as condições das partes envolvidas e a intensidade dos laços afetivos, para fixar um valor a título de reparação, que não visa repor a vítima ao seu *status quo ante*, mas tão somente proporcionar algum conforto diante o mal sofrido.

Cabe mencionar que a quebra de laços afetivos configura hipótese de agressão indireta aos direitos da personalidade, conforme dissemos no item 6.2.2 acima, uma vez que a agressão não é perpetrada diretamente contra a vítima, mas contra outra pessoa com a qual aquela mantém relacionamento afetivo. Dizemos que se trata de *dano moral indireto* ou *dano em ricochete*.

Nos dias atuais, não há grandes dificuldades em se obter reparação de danos morais decorrentes da morte de pessoas queridas, cabendo acrescentar que, em se tratando da Administração Pública, a responsabilidade é objetiva, por força do art. 37, § 6º, da Constituição, razão pela qual a vítima fica dispensada de provar a culpa, bastando-lhe comprovar o fato e sua ligação com a atividade administrativa. Consideramos que, no caso de quebra de laço afetivo, os danos são presumíveis quanto à existência, cabendo à vítima demonstrar tão somente a sua extensão ou intensidade, nos termos do art. 944, *caput*, do Código Civil, conforme foi dito no item 6.2.6, acima.

6.3.5 Responsabilidade civil por prisão indevida

Outra modalidade de dano moral muito frequente na vida forense é aquela relacionada com a prisão ilegal ou prisão indevida. No caso, a agressão se dirige diretamente contra a estrutura psíquica da vítima, mediante constrangimento à sua liberdade pessoal.

É necessário dizer que a prisão, por si só, não gera o dever de indenizar, uma vez que o Estado tem não apenas o direito, mas também o dever de realizar a persecução penal, apurando eventuais denúncias de crimes. No exercício desse mister, não raro se faz necessário o aprisionamento cautelar do acusado, inclusive para assegurar o bom andamento das investigações. Se, ao final do processo, ocorrer absolvição do acusado, seja porque restou comprovada a sua inocência, seja porque não se conseguiu comprovar a sua culpa, não há falar em erro judiciário nem tampouco em dever de indenizar.⁴²⁹

A prisão indevida se caracteriza, efetivamente, nos casos em que uma pessoa é presa no lugar de outra, por erro na sua identificação, em regra porque teve seus documentos roubados ou extraviados e outra pessoa os utilizou para a prática de crimes. Nesses casos, se a prisão durar maior tempo do que o necessário para esclarecer o equívoco, configura-se o dano moral suscetível de reparação.

Em outros casos, a pessoa é presa quando a acusação que pendia contra si não existe mais. Os casos mais frequentes são aqueles de prisões relacionadas com débito alimentar,

⁴²⁹ PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. PRISÃO QUESTIONADA. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANO MORAL. DESCABIMENTO. I – Tendo sido realizada a prisão dentro dos parâmetros legais, mesmo ante a pertinência da questão afeita à falta de intimação para defesa prévia, não há que se cogitar de teratologia do ato judicial, o que mitiga o erro do judiciário a ponto de não impor a indenização por dano moral. II – Recurso improvido (STJ – 1ª Turma, REsp n. 815.004-RJ, rel. Min. José Delgado, j. 12.09.2006);

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL – Prisão processual – Danos materiais e extrapatrimoniais suportados em virtude de prisão cautelar – Parte acusada de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes – Apreensão de 10 (dez) papérolas de cocaína, no interior de uma mochila, encontradas na residência da parte acusada – Absolvição por insuficiência de provas (art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal) – Indenização – Descabimento – Prisão cautelar que não denota abuso de poder ou ilegalidade – Independência do magistrado para a prolação da sentença não passível de ressarcimento por danos eventualmente causados às partes ou a terceiros – Inexistência de má-fé, abuso de poder, dolo ou erro judiciário – Não configuração da hipótese de reconhecimento à justa indenização – Precedentes do E. Pretório Excelso e deste C. Tribunal de Justiça – Manutenção integral da r. sentença *a quo* – Improvimento (TJSP – 12ª Câ. Dir. Público, Apel. Cível n. 570.462-5/9, rel. Desemb. Prado Pereira, j. 19.11.2008, v.u.);

INDENIZAÇÃO – Responsabilidade Civil do Estado – Absolvição em processo criminal – Insuficiência de provas – Prisão temporária, preventiva e instauração de inquérito policial – Danos morais – Sentença de improcedência – A absolvição não torna a prisão anterior e a instauração do inquérito policial, realizadas com as formalidades legais, fruto de excesso ou de erro judiciário, circunstâncias a serem aferidas, segundo os elementos de fato e de direito existentes no manto da prática do ato judicial, ou do ato policial mantido pelo juiz – Não configuradas as hipóteses do art. 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal – Negado provimento ao recurso (TJSP – 8ª Câ. Dir. Público, Apel. Cível n. 424.011.5-0/00, rel. Desemb. Celso Bonilha, j. 28.09.2005, v.u.).

em que as partes realizam acordo ou até mesmo ocorre o pagamento, mas o Poder Judiciário deixa de expedir contramandado de prisão. A prisão nesses casos, é injusta, é indevida e decorre exclusivamente de falha do serviço público, cabendo indenização por danos morais.⁴³⁰

Em todos estes casos evidencia-se um aviltamento da condição humana da pessoa, que se vê tolhida em sua liberdade, injustamente. Podemos dizer que os danos morais nestes casos são *in re ipsa* quanto à existência, cabendo, porém, à vítima evidenciar para o juiz os elementos capazes de demonstrar sua extensão para fim de quantificação do montante indenizatório (confira-se o que foi dito no item 6.2.6, supra).

⁴³⁰ PROCESSO CIVIL. PRISÃO INDEVIDA. ART. 5º, LXXV, DA CF. APLICAÇÃO. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. ACÓRDÃO RECORRIDO. DECISÃO *EXTRA PETITA* E DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NA APLICAÇÃO DOS DANOS MORAIS. INOCORRÊNCIA. DANOS MORAIS E MATERIAIS MANTIDOS. 1. A prisão por erro judiciário ou permanência do preso por tempo superior ao determinado na sentença, de acordo com o art. 5º, LXXV, da CF, garante ao cidadão o direito à indenização. 2. A concessão pelo *decisum*, confrontado de danos moral e material, não pode ser considerada *extra petita*, quando constar na exordial o pleito da parte autora no pertinente ao referido dano moral. 3. A fixação dos danos morais deve obedecer aos critérios da solidariedade e exemplaridade, que implica a valoração da proporcionalidade do *quantum* e a capacidade econômica do sucumbente. 4. Não se configura divergência jurisprudencial quando o Tribunal *a quo* espousa o mesmo entendimento firmado pelo STJ. 5. Recurso especial a que se nega provimento (STJ – 1ª Turma, REsp n. 434.970-MG, rel. Min. Luiz Fux, j. 26.11.2002); DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PRISÃO ILEGAL. DANOS MORAIS. 1. O Estado está obrigado a indenizar o particular quando, por atuação dos seus agentes, pratica, contra o mesmo, prisão ilegal. 2. Em caso de prisão indevida, o fundamento indenizatório da responsabilidade do Estado deve ser focado sobre o prisma de que a entidade estatal assume o dever de respeitar, integralmente, os direitos subjetivos constitucionais assegurados ao cidadão, especialmente, o de ir e vir. 3. O Estado, ao prender indevidamente o indivíduo, atenta contra os direitos humanos e provoca dano moral ao paciente, com reflexos em suas atividades profissionais e sociais. 4. A indenização por danos morais é uma recompensa pelo sofrimento vivenciado pelo cidadão, ao ver, publicamente, a sua honra atingida e o seu direito de locomoção sacrificado. 5. A responsabilidade pública por prisão indevida, no Direito brasileiro, está fundamentada na expressão contida no art. 5º, LXXV, da CF. 6. Recurso especial provido. (STJ – 1ª Turma, REsp n. 220.982-RS, rel. Min. José Delgado, j. 22.02.2000); AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. Prisão ilegal. Responsabilidade civil do Estado. CARACTERIZADA. Autor indevidamente preso em razão de homonímia, devido a falha no cumprimento do mandado de prisão. Danos morais e materiais. CONFIGURAÇÃO. Negado provimento ao apelo da Fazenda e provido parcialmente o do autor (TJSP – 6ª Câmara. Dir. Público, Apel. Cível n. 766.270-5/6, rel. Desemb. Oliveira Santos, j. 17.11.2008, v.u.); No mesmo julgado são referidas outras decisões da mesma Câmara: “Cabe ao Estado, através de seus órgãos próprios, em obediência do direito fundamental da liberdade, não prender qualquer pessoa, sem a devida ordem de prisão em pleno vigor, e ainda, agilizar a soltura de quem deva ser posto em liberdade. Assim, se o Estado prendeu quem não devia prender, deve responder por isto. Se houve prisão ilegal, havendo necessidade de alvará de soltura, quando aquela não deveria ter ocorrido, é certo que o dano moral está presente, por isso, assiste razão ao apelado” (Apel. Cível n. 718.834.5/4-00, rel. Desemb. Moreira de Carvalho, j. de 25.02.2008, v.u.); “Inequívoca a responsabilidade civil do Estado por levar à prisão, ainda que por pouco tempo, inocente. Manifesta falha do serviço consistente em fazer constar, de mandado de prisão por inadimplência de alimentos decretada contra outrem, o nome e a qualificação do autor” (Apel. Cível n. 678.455.5/4-00, rel. Desemb. Evaristo dos Santos, j. 03.09.2007, v.u.).

7

A AFETIVIDADE E OS PROBLEMAS DO NOSSO TEMPO

A afetividade é um assunto dos nossos tempos, seja pelo aspecto de ser constitutiva e estruturante dos seres humanos, seja pelo reconhecimento da sua natureza de valor jurídico. Diante da constatação de que a afetividade integra os seres humanos, orienta as condutas e influencia a compreensão do mundo, é inevitável indagar sobre os modos pelos quais ela pode nos auxiliar na solução dos problemas jurídicos típicos do nosso tempo e para os quais o racionalismo moderno já deu mostras de sua insuficiência.

É inegável que a razão moderna produziu incomensuráveis avanços nos planos da ciência e da tecnologia, particularmente das ciências biomédicas, capacitando os seres humanos a dominar técnicas que vão desde o transplante de órgãos até a clonagem humana, passando pela reprodução assistida, a decodificação dos genomas, a utilização medicinal das células-tronco, o aborto e a eutanásia. Esses e outros tantos progressos possibilitaram ao homem um domínio enorme sobre os fatos da vida e da natureza, atribuindo-lhe o poder de decidir sobre questões que antes eram simplesmente entregues ao destino.

No entanto, esses poderes resultantes dos avanços da ciência e da tecnologia entram em contraste com a Ética e, especificamente, com o Direito. Ingressamos, então, no campo da Bioética ou do Biodireito, cujo objeto é exatamente o estudo das limitações éticas e jurídicas relacionadas ao uso e à aplicação dos avanços científicos e tecnológicos do nosso tempo.

No entanto, a Pós-Modernidade se caracteriza pela ausência de parâmetros morais anteriormente ditados pela Igreja e pela família. Os seres humanos jamais experimentaram semelhante estado de liberdade, podendo agir sem dar satisfação dos seus atos e sem se sentirem culpados. Este estado de plena liberdade produz situações familiares que anteriormente eram refreadas pelos dogmas religiosos e familiares.

O estudo da afetividade pode nos auxiliar enormemente na compreensão desses problemas, conforme veremos a seguir. No entanto, devemos estar atentos ao risco de pensar que este é o único caminho para solução de todos os problemas, bem como para as tentativas de avassalamento da afetividade. Do mesmo modo que a razão moderna foi

posta a serviço do progresso e do capital, também a afetividade pode ser utilizada para fundamentar os mais diversos interesses.

Se, diante da virada paradigmática da Modernidade para a Pós-Modernidade, constatamos que a razão não é suficiente para dar respostas aos problemas da vida, não podemos cometer o mesmo erro dos modernos e imaginar que a afetividade é a panaceia de todos os problemas e que oferece respostas prontas para todas as nossas indagações.

Procuraremos analisar neste capítulo alguns temas palpitantes da atualidade, com o intuito de aclarar os marcos e verificar como a afetividade colabora para a solução desses problemas.

7.1 INFLUÊNCIAS DA AFETIVIDADE NA BIOÉTICA

Conforme dissemos no início deste estudo, a razão moderna precipitou os seres humanos na Idade Moderna, que se caracterizou, entre outras coisas, pelo progressismo, pelo superlativismo e pelo positivismo. Os seres humanos conheceram o período de maior desenvolvimento da História, em todos os sentidos e, com isso, se tornaram capazes de dominar a natureza e até de virtualizar a realidade. Aliado a isso, os seres humanos se libertaram em grande parte dos dogmas morais impostos pela religião e pela família.

O progresso científico e tecnológico colocou os seres humanos em condições de conhecer, de antemão, a situação de um feto ainda no útero da mãe; possibilitou o planejamento sobre o momento mais conveniente para se ter um filho; viabilizou que certas pessoas evitassem ter filhos e que outras pudessem tê-los a despeito de suas limitações naturais; possibilitou a produção de crianças em laboratório; viabilizou a manutenção artificial da vida de pacientes em estado terminal etc. Estes conhecimentos colocaram os seres humanos em condições de decidir, por exemplo, sobre quem deve nascer e quem deve morrer; sobre quem quer ter filhos e sobre quem não quer tê-los. Numa frase, colocamo-nos em condições de tangenciar a humanidade.

Questões como reprodução assistida, aborto, eutanásia e clonagem humana estão na pauta do dia, a demandar considerações de natureza ética, num instante em que família e religião perderam seus papéis tradicionais; e a razão, na qual se pautava a Ética moderna, dá mostras da sua insuficiência.

7.1.1 Bioética

Já mencionamos que a palavra *ética* comporta inúmeras acepções. Etimologicamente, vem de *ethus*, que era a estrutura individual e necessária de todas as

coisas e, especialmente, do homem, conforme nos explica Fernando Dias Andrade.⁴³¹ No sentido clássico, a Ética está relacionada aos valores e às possibilidades de escolha entre o bem e o mal, sendo este, por sinal, o sentido utilizado no jargão popular.⁴³² Na moderna filosofia do Direito, a Ética surge como possibilidade de escolha entre o bem e o mal, mas adquire um aspecto alteritário, consoante a conceituação de Giorgio Del Vecchio: “é o estudo dos comportamentos possíveis dos homens diante dos outros homens”.⁴³³ E se biparte em direito e moral, conforme já explicamos no item 3, acima.

A noção de ética alteritária está presente em autores contemporâneos como Piaget, Humberto Maturana e também Edgar Morin (vide itens 3.4 e 3.5, acima). Este último, contudo, parece fazer ligação com o *ethus*, ao defender uma ética fundamentada nas condições concretas de vida dos seres humanos, a que dá o nome de *antropoética*.

Entre os juristas, a Bioética é definida como o “estudo da moralidade da conduta humana na área das ciências da vida, procurando averiguar se é lícito aquilo que é científica e tecnicamente possível”.⁴³⁴ A Bioética, assim, estaria relacionada aos questionamentos éticos, nos planos do Direito e da Moral, sobre os avanços das ciências biológicas.

Na doutrina médica, percebemos que os autores rejeitam o quanto podem a definição moderna de Ética, relacionada com os comportamentos dos homens diante dos outros homens, dos quais resultaria uma tábua para medir as condutas, sob o prisma da Moral ou do Direito, provavelmente porque essa orientação levaria ao problema da normatividade jurídica que se pretende evitar. Esses autores fundam a Ética no vocábulo antigo *ethus*, de caráter mais abrangente e que se referia ao bem viver. Assim, definem a Ética como “uma estratégia para organizar o pensamento sobre o viver humano”; e a Bioética como “uma reflexão sobre a adequação das ações envolvendo a vida e o bem viver”.⁴³⁵

Marcos Segre também define a Bioética a partir do sentido mais ancestral da palavra *ethus* e, sob o propósito de abrir a discussão desses assuntos para toda a sociedade, procura deslocar o foro de discussão, retirando do Poder Judiciário a competência para dizer o que adequado ou inadequado para a vida em sociedade.⁴³⁶ Com isso, objetiva-se

⁴³¹ Fernando Dias Andrade, Poder familiar e afeto numa perspectiva espinosana, cit., p. 381.

⁴³² Jurandir Freira Costa, Família e dignidade. In: Rodrigo da Cunha Pereira. *Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 15-16.

⁴³³ Giorgio Del Vecchio, *Lezioni di filosofia del diritto*, apud Miguel Reale, *Filosofia do direito*, cit., p. 344.

⁴³⁴ Maria Helena Diniz, *O estado atual do biodireito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 13.

⁴³⁵ José Roberto Goldim, Bioética complexa: uma abordagem abrangente para o processo de tomada de decisão. *Revista da Associação Médica do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, jan./mar. 2009, p. 58-63.

⁴³⁶ Marco Segre, Definição de bioética e sua relação com a ética, deontologia e diceologia. In: Marco Segre e Cláudio Cohen (Org.). *Bioética*, 3. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2002, p. 31:

declaradamente abrir o debate sobre a questão ética para além dos limites do Direito e da Moral. Neste caso, o autor propõe uma bioética complexa que inclua outros sistemas como as crenças e a *afetividade*.

Em todo caso, bioética é um termo que aparece sempre que se trata dos relacionamentos entre os profissionais da medicina e seus pacientes. Seja qual for o ângulo de abordagem, cuida-se sempre de discutir parâmetros para a conduta desses profissionais. Entendemos que a discussão desses parâmetros pode ocorrer nos mais diversos fóruns, o que é saudável e necessário numa sociedade democrática, mas cabe ao Direito a definição e a aplicação das regras de conduta em termos de coercitivos.

7.1.2 Reprodução assistida

Dentre as várias faces que a afetividade apresenta nas nossas vidas, lembramos aquela em que os afetos são colocados como finalidades últimas da nossa existência. Trata-se da busca pela felicidade (item 3.6, acima). Conforme nos lembra Fernando Dias Andrade, com lastro em Spinoza, somos seres desejantes e, por isso, nutrimos desejos das mais diversas ordens, que colocamos como finalidades a serem alcançadas.⁴³⁷ Um dos desejos mais comuns a todos os seres humanos é o de ter filhos, o que por certo está relacionado com a ideia de prolongamento da vida e da história de cada um, mas também com o instinto de perpetuação da espécie humana. Não é raro, porém, que esses desejos sejam frustrados por limitações de ordem fisiológica, o que certamente produz profundos sentimentos de frustração e angústia.

A ciência e a tecnologia modernas colocaram os médicos em condições de auxiliar as pessoas por vários modos, tanto para evitar que tenham filhos indesejáveis como também para realizar o desejo de tê-los. As técnicas vão desde a aplicação de hormônios e medicamentos que estimulem a produção de espermatozoides e de óvulos até a fertilização artificial chamada de reprodução assistida.

“Matérias como a engenharia genética, a reprodução assistida, o aborto, o planejamento familiar, a disponibilidade (ou não) de órgãos para transplante, o suicídio assistido (inadequadamente denominado de eutanásia), interessam à pessoa, portanto ao cidadão, sendo que sua regulamentação, procedida democraticamente, é um coroamento dos ‘direitos da cidadania’. Não serão mais colegiados de médicos ou de juízes (ou de qualquer outro grupamento corporativo) que haverão de decidir sobre matérias que dizem respeito aos aspectos mais íntimos da vida de cada ser humano. São eles, somos nós, todos os seres humanos, atuando como sujeitos (e não como objetos) de nosso destino, que vamos nos manifestar sobre o que consideramos adequado ou inadequado, construtivo ou destrutivo, para o nosso convívio em sociedade”.

⁴³⁷ Fernando Dias Andrade, Poder familiar e afeto numa perspectiva espinosana, cit.

Na doutrina médica, define-se a reprodução assistida como “o conjunto de técnicas laboratoriais que visa obter uma gestação, substituindo ou facilitando uma etapa deficiente no processo produtivo”.⁴³⁸ Entre os juristas, é definida como “o conjunto de operações para unir, artificialmente, os gametas masculino e feminino, dando origem a um ser humano”.⁴³⁹

À falta de legislação específica em torno do tema, ganham em importância as diretrizes éticas fixadas pela Resolução n. 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina, a saber: a utilização apenas por pessoas inférteis e com probabilidade de êxito; o anonimato do doador; a gratuidade da doação; a impossibilidade de selecionar sexo, exceto em casos de doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer; o número máximo de quatro embriões a serem transferidos; a impossibilidade da redução embrionária; o prévio consentimento do marido ou do companheiro à técnica escolhida; a garantia da semelhança fenotípica e imunológica; o destino a ser dado aos embriões excedentes e criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento; que a doadora de útero pertença à família da doadora genética, em parentesco de até 2º grau.⁴⁴⁰

O procedimento mais comum é chamado de fertilização *in vitro*, que consiste na retirada de material reprodutivo – óvulos e espermatozoides – das pessoas interessadas para fertilização em laboratório. Após o desenvolvimento inicial, os embriões são implantados no útero da mulher. A fertilização pode ser feita por aproximação ou por injeção. Outra importante técnica de reprodução assistida é a doação anônima de gametas, nos casos em que o homem ou a mulher não os produzem ou em que se pretende evitar a transmissão de doenças genéticas. A questão ética que surge é o envolvimento de uma terceira pessoa no processo de reprodução, pois atualmente se reconhece o direito da pessoa de conhecer sua origem genética. Como consequência, discutem-se problemas como o pagamento pela obtenção dos gametas, eventuais danos afetivos para a criança, bem como os riscos decorrentes do desconhecimento da sua identidade genética. Por fim, a clonagem se apresenta como uma forma de reprodução por meio da duplicação, em que o indivíduo é gerado a partir da carga genética de uma única pessoa.⁴⁴¹

A reprodução assistida se desdobra em vários questionamentos, a começar pelo anonimato dos doadores de sêmen, a possibilidade de escolha do sexo do bebê, a utilização

⁴³⁸ Mariângela Badalotti, *Bioética e reprodução assistida*. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/bioetica/cont/mariangela/bioeticaereproducao.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2009.

⁴³⁹ Maria Helena Diniz, *O estado atual do biodireito*, cit., p. 551.

⁴⁴⁰ José Roberto Moreira Filho, *Conflitos jurídicos da reprodução humana assistida*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2588>>. Acesso em: 30 ago 2009.

⁴⁴¹ José Roberto Moreira Filho, *Conflitos jurídicos da reprodução humana assistida*, cit.

do útero de outra mulher (barriga de aluguel), a implantação dos embriões *post mortem* ou após o término do casamento, até o destino dos embriões excedentes e sua eventual utilização para pesquisa e tratamento de doenças.

Quanto ao destino dos embriões excedentes, tal problema acontece porque normalmente são produzidos embriões além do necessário, os quais são congelados com o objetivo de serem implantados posteriormente, caso não ocorra a gravidez ou a mulher queira ter outro filho. Há ainda a possibilidade desses embriões serem utilizados para pesquisa e para tratamento de doenças graves.

Neste ponto, incide novamente a questão ética, havendo quem defenda que os embriões são seres humanos em potencial e, por isso, devem ter sua dignidade preservada;⁴⁴² de outro lado, há quem advogue que não são detentores de direitos próprios dos humanos, sendo “mais sábio utilizá-los nas pesquisas científicas do que jogá-los no lixo”;⁴⁴³ por fim, há quem adote posição intermediária, no sentido de que os embriões, conquanto não sejam pessoas humanas, devem ter sua dignidade preservada, não podendo ser comercializados.⁴⁴⁴

A questão dos embriões excedentários esbarra em indagações acerca do início da vida e da personalidade: os *natalistas* defendem que a vida se inicia ao nascimento e os *concepcionistas*, que ela começa desde a concepção. O Código Civil não esclarece a questão, mas, ao contrário, acende ainda mais a sua chama, ao dizer, no art. 2º, que a personalidade civil começa com o nascimento e que a lei põe a salvo os direitos do nascituro desde a concepção. Este dispositivo já foi objeto de estudos em profundidade, como é o caso da professora Silmara Chinelatto, acerca dos direitos do nascituro, havendo entre os juristas praticamente um consenso no sentido de que a vida se inicia no momento da concepção; e a personalidade civil, aqui considerada a capacidade para contrair direitos e obrigações, inicia-se ao nascimento.

Mas, diante do que dispõe o art. 1º, III, da Constituição, surge uma nova questão: quando começa a dignidade humana? É preciso considerar que a dignidade de uma pessoa

⁴⁴² Maria Helena Diniz, *O estado atual do biodireito*, cit., p. 127: “O embrião, ou o nascituro, tem resguardados, normativamente, desde a concepção, os seus direitos, porque a partir dela passa a ter existência e vida orgânica e biológica própria, independente de sua mãe. Se as normas o protegem é porque tem personalidade jurídica”.

⁴⁴³ Marco Segre e Fermin Roland Schramm, Quem tem medo das (bio) tecnologias de reprodução assistida. In: Marco Segre e Cláudio Cohen (Org.). *Bioética*. 3. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2002, p. 49.

⁴⁴⁴ Heloisa Helena Barboza, Embriões excedentários e a lei de biossegurança: o sonho confronta a realidade. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Org.). *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, cit., p. 457-468.

não é a sua mera pulsação fisiológica, mas abrange a sua circunstancialidade, o seu estar no mundo e o seu projetar-se para a vida em sociedade, de modo que a personalidade é resultante da potência ou do impulso vital que existe dentro de cada ser humano, que se desenvolve e se projeta para o convívio social (confira-se o que discutimos no item 3.4, acima). Sendo assim, não se pode dizer que um embrião seja uma coisa inerte que não afeta e que não é afetado pela circunstância que o envolve.

De todo modo, parece razoável a posição intermediária adotada por Maria Celina Bodin de Moraes, que considera os embriões como algo relacionado à pessoa humana e, por isso, não podem ser objetos de comércio. Esta posição se alinha com o conceito kantiano de dignidade, a que nos referimos no capítulo anterior.⁴⁴⁵

A Lei de Biossegurança incide sobre esse ponto ao permitir a utilização das células-tronco embrionárias na pesquisa e no tratamento de doenças, desde que obedecidos determinados critérios e condições, dentre os quais se destaca a vedação da comercialização (Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005, art. 5º). A lei vem sendo objeto de críticas, como é o caso da ação direta de inconstitucionalidade promovida pelo Procurador Geral da República e julgada improcedente por maioria de votos.⁴⁴⁶

Outro problema relacionado com a reprodução assistida é a implantação do embrião no útero de outra mulher, procedimento que se tornou conhecido popularmente como *barriga de aluguel*. A dificuldade é que a pessoa ou o casal que pretende ter um filho precisa envolver terceira pessoa no procedimento, tal como ocorre com a doação de gametas, mas com a agravante de que essa terceira pessoa terá contato direto com o feto desde a implantação até o nascimento. Ou seja, essa pessoa participará diretamente da geração da criança.

Por fim, há o problema da implantação *post-mortem* ou posterior ao término do relacionamento amoroso, em que mulher decide implantar o embrião em seu útero após a morte do marido ou após o término do casamento, gerando direitos relacionados com o pagamento de pensão alimentícia, dever de guarda e sustento, bem como direitos sucessórios.

O art. 1.597 do Código Civil dispõe que se presumem filhos do casamento aqueles havidos por fecundação homóloga, mesmo depois de falecido o marido; havidos a qualquer

⁴⁴⁵ No mesmo sentido, confira-se Miguel Kottow, para quem ser humano e pessoa não são sinônimos. Ao se constituir pessoa, o ser humano adquire a condição de agente moral (*Bioética del comienzo de la vida? cuantas veces comienza la vida?*, *Revista de Bioética e Ética Médica da Conselho Federal de Medicina*, v. 9, 2001, p. 25-42).

⁴⁴⁶ STF, Pleno, ADI-3510, rel. Min. Carlos Brito, j. 29.05.2008, maioria.

tempo por fecundação homóloga, mediante utilização de embriões excedentários; havidos por inseminação heteróloga com autorização prévia do marido.

Mário Delgado, com respaldo de Zeno Veloso, defende que a mulher pode optar por implantar os embriões inseminados artificialmente, mesmo após a dissolução do casamento, obrigando o ex-marido a assumir a paternidade.⁴⁴⁷ É o que diz a lei, mas trata-se, evidentemente, de uma solução exagerada por atribuir à mulher o poder de dispor isoladamente sobre situação tão fundamental.

Não será demais lembrar que a decisão do marido de realizar a inseminação teve como base sentimentos relacionados com o desejo de ter filhos com aquela mulher, em determinado momento. Esses sentimentos certamente não serão os mesmos após a dissolução do casamento. Entendemos que, se marido e mulher decidiram em conjunto sobre a inseminação artificial, devem proceder da mesma forma sobre o momento da implantação. Afinal, casamento é comunhão de vidas, o que pressupõe projetos comuns principalmente no que se refere a ter filhos. O divórcio é a falência do projeto de vida em comum; e a morte é o seu término, de modo que não há sentido em prosseguir com os planos anteriormente traçados, à revelia ou até mesmo contra a vontade do parceiro.

Acresça-se a isso que, de acordo com Agnes Heller e Ferenc Fehér, a responsabilidade está relacionada a quem tem o poder de decidir, não sendo correto atribuir responsabilidade ao marido por uma decisão que a mulher venha a tomar isoladamente após o término do casamento.

Em suma, as soluções engendradas pelo legislador, neste caso, em nada ajudam na pacificação dos conflitos, mas, ao contrário, tende a produzir situações conflituosas no âmbito familiar, especialmente nos casos de divórcio. O marido sofrerá imenso desgosto, por ter que assumir responsabilidade material e afetiva em relação a uma criança que não deseja e a criança provavelmente enfrentará problemas psicológicos relacionados com essa rejeição.

Considerando que o Direito tem como objeto central de proteção a pessoa humana e seus atributos intrínsecos e que a estrutura psíquica é estruturante da personalidade, entendemos que as disposições contidas no art. 1.597 contrariam esta orientação, pois a propósito de favorecer a posição da mulher casada, dá ensejo a situações conflituosas que desfavorecem o adequado desenvolvimento da estrutura afetiva da criança gerada nos

⁴⁴⁷ Mário Delgado, *O novo Código Civil e a inseminação artificial*. Disponível em: <http://www.intelligentia juridica.com.br/v3/artigo_visualizar.php?id=656>. Acesso em: 30 ago. 2009.

processos de reprodução assistida. Melhor andaria o legislador se considerasse que a família se estrutura e se estabelece mediante laços de afetividade, de modo que, na ausência destes, particularmente após a dissolução do casamento ou da união estável, torna-se temerário insistir na concepção de filhos ao arrepio da vontade do ex-marido ou ex-companheiro.

A afetividade participa do debate relacionado com a reprodução assistida ao menos em três momentos: primeiro, porque são os aspectos de ordem afetiva que delineiam a vontade de ter filhos, sobretudo naquelas pessoas portadoras de alguma limitação fisiológica; segundo, porque a discussão dos problemas resultantes da reprodução assistida pouco ou nada tem de racional, já que nesses assuntos as pessoas se baseiam naquilo que Maturana denomina de “premissas fundamentais aceitas *a priori*”, cuja natureza é puramente afetiva.⁴⁴⁸ Além disso, as decisões adotadas em matéria de reprodução assistida repercutem na esfera afetiva daquele que está por nascer, razão pela qual devemos nos preocupar em proporcionar-lhe um ambiente isento de situações confusas, indeterminadas ou mal-resolvidas, capazes de desestruturar-lhe a personalidade.

7.1.3 Aborto e eutanásia

Eutanásia e *aborto* são termos similares, pois ambos significam a deliberação no sentido de abreviar a vida de outra pessoa. Eutanásia é a abreviação da vida de pessoa que se encontra em estado vegetativo ou que está acometida de doença grave, em estágio terminal, sem possibilidade de melhora ou de cura. Já o aborto significa a interrupção do ciclo vital quando a pessoa ainda se encontra em fase de gestação.

A diferença básica existente entre os dois procedimentos é que, em regra, a eutanásia tem a motivação altruística de abreviar o sofrimento daquele que agoniza no leito de morte, ao passo que o aborto frequentemente objetiva livrar aquele que o pratica dos inconvenientes de uma gravidez não desejada e da responsabilidade pelo filho que vai nascer. Ressalve-se que, muitas vezes, o aborto se oferece como opção necessária, quando a gravidez oferece sério risco para a vida da mãe, quando o feto apresenta má formação genética irreversível ou quando a gravidez é resultante de violência sexual.

O aborto e a eutanásia sempre foram praticados ao longo da história e sempre esbarraram em problemas éticos. Mas o avanço da medicina moderna proporcionou aos seres humanos a possibilidade de conhecer, com elevado grau de certeza, as reais

⁴⁴⁸ Humberto Maturana, *Emoções e linguagem na educação e na política*, cit., p. 17 e 72.

possibilidades de cura daqueles que se encontram à beira da morte ou que sofrem de doenças degenerativas irreversíveis, assim como a tecnologia tornou possível evidenciar ainda no útero materno as reais condições de vida e de saúde do feto.

Diante de tamanha certeza em torno desses assuntos, a eutanásia e o aborto se apresentam como possibilidades de solução. Afinal, argumenta-se, é desumano permitir que uma pessoa agonize no leito de morte durante anos a fio, sem possibilidade de cura ou de melhora, do mesmo modo que é desumano exigir que a mulher carregue no seu ventre, durante nove meses, um feto que não tem nenhuma possibilidade de viver ou que é fruto de violência hedionda.

É inescandível que as decisões de praticar aborto e eutanásia são imensamente permeadas por afetos das mais diversas ordens. Num caso, prevalece a compaixão pelo moribundo; no outro, há um turbilhão de sentimentos e emoções, pois a mãe hesita em abrir mão do sonho de ter o filho. Em qualquer caso, há o problema ético que emerge tanto sob o aspecto moral quanto sob o jurídico. No âmbito da moral, é a própria pessoa que se torna juiz da sua conduta, conquanto tenha em perspectiva a pessoa do outro. Sob o aspecto jurídico a censura é imposta pela coletividade e tem força coercitiva.

O direito positivo contém disposição expressa e genérica no sentido de que é proibido matar ou atentar contra a vida das outras pessoas. Assim, a questão da eutanásia se resolve com simplicidade, mediante aplicação da regra contida no art. 121 do Código Penal. Já o crime de aborto é previsto nos arts. 124 a 126, com as ressalvas contidas nos arts. 127 e 128 do mesmo Código.

As disposições contidas no art. 128, na realidade, refletem uma abertura do Direito para a complexidade e para a interdisciplinaridade, de modo a considerar, nessas hipóteses, que o atentado contra a vida de outra pessoa não se traduz em simples caso de homicídio, mas se reveste de aspectos afetivos a justificar, ao menos parcialmente, a prática desses atos.

Cabe lembrar aqui que a pessoa humana e sua dignidade encontram lugar central no ordenamento jurídico. Solidariedade e afetividade são princípios que se ligam à dignidade humana e, portanto, devem ser considerados na solução e equacionamento das questões jurídicas que surgem na vida em concreto.

No caso da eutanásia, o Direito deve se encaminhar no sentido de reconhecer a sua legitimidade, nos casos que se apresente como a única medida apta a promover a dignidade da pessoa que se encontra enferma em estágio terminal ou que vive em estado vegetativo. A decisão que põe termo à vida, nessas condições, é imantada por afetos positivos, que podem ser reduzidos à expressão altruísmo.

No caso do aborto, a questão se bifurca em duas importantes vertentes. Ora o aborto assume um caráter altruísta, cujo sentido é proteger a vida e a saúde da gestante, ora assume um caráter egoísta, tendo como único escopo livrar os pais de uma gravidez inconveniente e da responsabilidade pelo filho que vai nascer. Neste segundo caso, a prática do aborto é motivada por sentimentos baixos e afronta diretamente a dignidade da pessoa humana, bem como os princípios da solidariedade e da afetividade.

Não será demais lembrar que a ciência e a tecnologia moderna proporcionaram às mulheres o poder de evitar a gravidez, por um sem número de métodos contraceptivos, não se justificando que a criança, ainda em fase de gestação, pague pelo eventual esquecimento ou falta de cuidado da mãe em adotar medidas de prevenção da gravidez. A liberdade sexual, que sempre foi proporcionada aos homens e que se estendeu às mulheres a partir da década de 1960, não pode ser convertida em direito de dispor livremente da vida humana, muito menos da vida daqueles a quem se deve proteção.

Deve ser ressaltada, neste passo, a situação da mulher vítima de estupro, que se divide entre abortar o filho e conviver com a evidência viva da violência sofrida. Não existe uma solução linear que possa ser instituída por lei e aplicada a todos os casos indiscriminadamente, de sorte que a melhor solução legislativa é simplesmente permitir o aborto, a critério da mulher, tal como faz o art. 128, II, do Código Penal. Seja qual for a solução adotada em cada caso, a mãe necessitará de amparo familiar e de assistência psicológica.

Outra importante questão relacionada a este tema é a do aborto do feto anencéfalo. Conforme já dissemos, o progresso científico e tecnológico experimentado desde a instauração da Modernidade possibilitou que os seres humanos entrem em contato com realidades que anteriormente eram insondáveis. Hoje é possível detectar com antecedência e com altíssimo grau de certeza eventuais deformidades no feto, como é o caso da anencefalia.

A anencefalia é definida na doutrina como a má-formação fetal decorrente do não fechamento do neuroporo anterior do tubo neural do embrião, o que implica a ausência ou deformidade dos hemisférios cerebrais, vulgarmente conhecida como ausência de cérebro. O feto não reúne condições de desenvolver vida fora do ventre materno, embora haja relatos de sobrevivência por 7, 10, 14 e até 30 meses.⁴⁴⁹

⁴⁴⁹ Suelen Chirieleison Terruel, *Anencefalia fetal: causas, consequências e possibilidade de abortamento*. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/4787/1/anencefalia-fetal-causas-consequencias-e-possibilidade-de-abortamento/pagina1.html>>. Acesso em: 9 set. 2009.

A anencefalia se caracteriza por grave deficiência neurológica que retira do feto a possibilidade de desenvolver vida psíquica e corporal, sensibilidade, mobilidade e funções corpóreas.⁴⁵⁰ Além disso, produz uma impressionante deformidade física, razão pela qual fenômeno é definido vulgarmente como uma monstruosidade.⁴⁵¹

Diante da constatação de que o feto é deformado, surge a possibilidade de interromper a gravidez, seja porque o feto é em grande parte inviável, seja porque o prosseguimento da gestação acarretaria graves danos psicológicos para os pais e, particularmente, para a mãe.

Todos acompanharam o debate recentemente travado no Supremo Tribunal Federal em torno da questão do aborto do anencéfalo, em Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental movida pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (ADPF n. 54-8). A ação visava, em síntese, afastar a aplicação dos arts. 124, 126 e 128 do Código Penal aos casos de aborto terapêutico, especialmente quanto se tratasse de feto anencefálico.

A ação suscitou amplo debate na sociedade, com a participação de várias entidades na audiência pública designada pelo Tribunal. A medida liminar foi concedida, mas posteriormente cassada em parte apenas para sobrestar os processos criminais relacionados à prática de aborto de anencéfalo. A ação encontra-se pendente de julgamento pelo mérito.

Conforme afirmamos no item acima, estas questões estão longe de serem resolvidas no terreno da argumentação, pois envolvem ideologias frontalmente opostas. De acordo com Maturana, conseguimos entrar em acordo quanto às *coerências operacionais do raciocínio*, mas nos enfurecemos quando o desacordo é ideológico, relacionado com as *premissas fundamentais* do nosso pensar, as quais são aceitas ou rejeitadas *a priori*, a partir da emoção. Isso quer dizer que, mesmo no plano técnico-científico, a defesa de uma ou de outra posição é, antes de tudo, ideológica e dificilmente pode ser modificada mediante argumentos racionais.

No entanto, o estudo da afetividade nos ajuda a compreender esses fenômenos jurídicos, tanto mais se tivermos presente que ela se traduz num princípio que permeia

⁴⁵⁰ Suelen Chirieleison Terruel, *Anencefalia fetal*, cit.: “O feto anencéfalo é gravemente deficiente no plano neurológico. Faltam-lhe as funções que dependem do córtex e dos hemisférios cerebrais. Faltam, portanto, não somente os fenômenos da vida psíquica, mas também a sensibilidade, a mobilidade, a integração de quase todas as funções corpóreas. Um feto anencefálico não desfruta de nenhuma função superior do sistema nervoso central ‘responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade.’ Geralmente é mantido um controle mais ou menos eficaz da função respiratória e circulatória, funções que dependem das estruturas localizadas no tronco encefálico”.

⁴⁵¹ Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*, cit., p. 119.

todas as relações humanas, bem como que o afeto é um valor a ser preservado pelo Direito. A prática do aborto e da eutanásia deve ser motivada por razões altruísticas, imantada por afetos como o amor e a compaixão e voltada para promover a dignidade da pessoa humana.

A reprovação ética pode ser moral ou jurídica e, em ambos os casos, há forte influência dos fatores afetivos que circundam a questão. Juridicamente, a aprovação ou reprovação das condutas se traduz em licitude ou ilicitude, vale dizer em conformidade ou desconformidade ao ordenamento jurídico. Nos dias atuais, porém, a aplicação das normas jurídicas não ocorre de maneira simétrica, mas atende a uma infinidade de fatores e, especialmente, aos princípios gerais que orientam a vida em sociedade. O que é lícito ou ilícito nos dias de hoje depende da complexidade e da circunstancialidade de cada situação jurídica posta sob julgamento.⁴⁵²

A afetividade ingressa nesse contexto e auxilia na busca pela solução mais adequada, pois, como dito, o aborto e a eutanásia praticados por razões altruísticas, fundados em sentimentos nobres, tende a receber aprovação da sociedade e, por conseguinte, do Direito; ao passo que a prática egoística, fundada em sentimentos baixos, tende a ser reprovada.

7.1.4 Clonagem humana

Conforme dissemos desde o início deste estudo, a razão moderna projetou os seres humanos na Modernidade, cujas características principais são o progressismo e o positivismo. Os avanços científicos e tecnológicos experimentados desde a primeira modernidade possibilitaram aos seres humanos entrar em contato com realidades inimagináveis. Entre tantas outras conquistas, hoje podemos pensar, por exemplo, na replicação dos seres vivos, como é o caso da ovelha Dolly, com reais possibilidades de se utilizar esse procedimento também nos seres humanos.

Todavia, o advento da Pós-Modernidade se apresenta como um alerta para o perigo de conduzirmos este tipo de experiência às últimas consequências. A bem da verdade, a tragédia do Holocausto não deixou de ser uma experiência com seres humanos e que desencadeou, não somente a morte, mas sobretudo a degradação da espécie humana e da sua dignidade. A clonagem de seres humanos, então, encontra óbice nos valores éticos vigentes na sociedade, nestes tempos de Pós-Modernidade.

⁴⁵² Neste sentido, confira-se Zygmunt Bauman, *Modernidade líquida*, cit., p. 14: “São esses padrões, códigos e regras a que podíamos nos conformar, que podíamos selecionar como pontos estáveis de orientação e pelos quais podíamos nos deixar guiar, que estão cada vez mais em falta” (...) “Hoje, os padrões e configurações não são mais ‘dados’ e menos ainda ‘autoevidentes’; eles são muitos, chocando-se entre si e contradizendo-se em seus comandos conflitantes”.

A clonagem consiste em um processo de duplicação de organismos a partir de uma célula ou de um conjunto de células. Trata-se, portanto, de um processo de reprodução assexuada, a partir do material genético de um único organismo que gera um ser geneticamente idêntico ao anterior. Rita Kelch esclarece que a clonagem é um fenômeno comum na natureza, tanto nas espécies que se reproduzem de forma assexuada quanto nos animais superiores nos casos de formação de gêmeos univitelinos.⁴⁵³

Dráuzio Varella explica que, no processo natural de reprodução, a célula resultante da fecundação do óvulo pelo espermatozoide se duplica seguidamente até formar o blastocisto que vai se implantar no útero. Inicialmente, as células são pluripotentes, podendo formar qualquer tecido orgânico, mas, à medida que se multiplicam, vão perdendo essa capacidade. A novidade é que os pesquisadores escoceses liderados por Ian Wilmut descobriram um modo de realizar a duplicação em laboratório e que é possível fazê-lo a partir de células adultas, reprogramando-as para voltarem a formar células-tronco.⁴⁵⁴

O principal interesse na replicação dos seres vivos, naturalmente, é a duplicação de seres humanos, o que, de certo modo, conduziria à imortalidade. Este sentido da clonagem, porém, deságua em um verdadeiro mar de incertezas, a começar porque a duplicação não levaria exatamente à imortalidade, já que cada réplica seria uma *pessoa* diferente da matriz. Ademais, há – ou pelo menos deveria haver – uma séria indagação acerca da estrutura afetiva e moral de seres reproduzidos artificialmente.

Mas a técnica da clonagem é de enorme utilidade, no que se refere ao tratamento de doenças graves. Aqui o assunto se liga à questão das células-tronco.

A clonagem pode ser *terapêutica* ou *reprodutiva*. Com a clonagem terapêutica objetiva-se a produção de células-tronco embrionárias para serem utilizadas na pesquisa científica e no tratamento de doenças graves. Com a clonagem reprodutiva objetiva-se a produção de um novo indivíduo com carga genética idêntica à do anterior.⁴⁵⁵

Dráuzio Varella diz que a clonagem reprodutiva deve ser proibida por lei, independentemente dos julgamentos morais e religiosos, uma vez que não há certeza sobre a boa formação dos bebês. Mas defende a aprovação da clonagem terapêutica de células-tronco e registra o inconformismo da comunidade científica diante da Lei de

⁴⁵³ Rita Kelch, *Clonagem humana e os direitos da personalidade*, cit., p. 50.

⁴⁵⁴ Dráuzio Varella, *Clonagem humana*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142004000200018&script=sci_arttext>. Acesso em: 30 ago. 2009.

⁴⁵⁵ Rita Kelch, *Clonagem humana e os direitos da personalidade*, cit., p. 51-53.

Biossegurança que proíbe as pesquisas relacionadas com a clonagem humana, ainda que destinadas a fins terapêuticos.⁴⁵⁶

Os juristas, de modo geral, relacionam a questão da clonagem humana à dignidade da pessoa humana, ao direito à vida, à igualdade, à solidariedade etc. Maria Helena Diniz, por exemplo, analisa detidamente vários aspectos éticos e científicos relacionados com a clonagem e conclui que a possibilidade de clonar seres humanos encontra limites não apenas técnico-científicos, mas sobretudo éticos e jurídicos, tendo em vista a proteção da dignidade humana.⁴⁵⁷ Também Maria Cláudia Crespo Brauner afirma que clonagem reprodutiva agride o direito à identidade, na medida em que pretende produzir indivíduos idênticos em série. Partindo do princípio da dignidade da pessoa humana, diz que o ser humano deve ser respeitado na sua singularidade e não deve ser instrumentalizado, como aconteceu durante o período nazista.⁴⁵⁸ Rita Kelch, que dedicou sua dissertação de mestrado ao tema, também se posiciona frontalmente contrária à prática da clonagem reprodutiva em seres humanos.⁴⁵⁹

Há ainda os argumentos fundamentados em razões religiosas, que abominam a pretensão dos cientistas de ocupar o lugar de Deus na criação e na transformação do mundo.⁴⁶⁰ Consideramos, porém, que reduzir a opinião daqueles que se opõem ao tangenciamento do ser humano, em matérias como clonagem, reprodução assistida, aborto e eutanásia, às razões de cunho meramente religioso é uma tática que favorece os defensores dessas ideias, pois a questão é muito mais complexa e a resistência aos avanços da ciência e da tecnologia tem forte fundamentação filosófica que extrapola o âmbito da fé religiosa.

Quaisquer que sejam os argumentos utilizados para alimentar o debate, fato é que as razões que movimentam os dois lados são ideológicas, vale dizer que se encontram enraizadas no plano afetivo. Por isso, a discussão se estende e não encontra solução de consenso, cabendo lembrar quanto a isso a colocação preciosa de Humberto Maturana:

⁴⁵⁶ Dráuzio Varella, *Clonagem humana*, cit.

⁴⁵⁷ Maria Helena Diniz, *O estado atual do biodireito*, cit., p. 533.

⁴⁵⁸ Maria Cláudia Crespo Brauner, *Clonagem humana: algumas premissas para o debate jurídico*. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/clobrau.htm>>. Acesso em: 30 ago. 2009.

⁴⁵⁹ Rita Kelch, *Clonagem humana e os direitos da personalidade*, cit., p. 222: “Vista sob uma análise da ética na sociedade atual, a clonagem humana não pode ser admitida em razão de suas consequências para o ser humano individualmente considerado, para as gerações futuras e para toda a humanidade, significando um verdadeiro rompimento com os deveres éticos, a ruptura da busca pelo bem e pela felicidade e a limitação do direito do homem à liberdade”.

⁴⁶⁰ Confira-se, exemplificativamente, Julio Severo, *Clonagem humana: manipulando a vida*. Disponível em: <<http://providafamilia.org/doc.php?doc=doc92185>>. Acesso em: 3 set. 2009.

“conseguimos superar com relativa facilidade os dissensos relacionados com aspectos funcionais da inteligência, mas não superamos aqueles enraizados nas razões ideológicas”.⁴⁶¹

O que já foi dito em relação ao aborto, à eutanásia e à reprodução assistida aplica-se integralmente à clonagem humana, no que se refere à influência dos aspectos afetivos da personalidade na discussão desses assuntos. Mas, se na reprodução assistida há – ou deveria haver – uma séria preocupação com a estrutura psíquica da pessoa a ser gerada, esse aspecto representa uma incógnita no que tange à possibilidade de gerar réplicas humanas por processo de clonagem. Se ainda existem muitas incertezas quanto à estrutura física do ser clonado, não se pode sequer sondar a respeito da sua estrutura psíquica. Seriam os clones seres frios, sem sentimentos nem sensibilidade? Herdariam eles as características das matrizes ou teriam estruturas afetivas próprias?

Considerando que a estrutura psíquica é determinante da personalidade e que a qualidade dos seres humanos qualifica a vida em sociedade, entendemos que esse é um aspecto da mais alta relevância, a ser acrescentado nas discussões que envolvem a possibilidade de produzir clones humanos.

7.2 INFLUÊNCIAS DA AFETIVIDADE NA FAMÍLIA: OS CONTORNOS E DESAFIOS NOS DIAS ATUAIS

Duas importantes bandeiras da primeira modernidade foram a ruptura com os dogmas religiosos e a busca pela liberdade em todos os sentidos, as quais, levadas à últimas consequências, se traduzem nos dias atuais à ausência dos parâmetros morais que anteriormente eram ditados pela Igreja e pela família. Os seres humanos jamais experimentaram semelhante estado de liberdade, podendo agir sem dar satisfação dos seus atos e sem se sentirem culpados. Este estado de plena liberdade produz situações familiares que anteriormente eram refreadas pelos dogmas religiosos e familiares.

Consoante o olhar de Zygmunt Bauman, a Pós-Modernidade se caracteriza pela leveza, pela fluidez, pela instantaneidade e pela precariedade de tudo.⁴⁶² Disso decorre que tanto os relacionamentos das pessoas com as coisas quanto os relacionamentos entre pessoas se tornaram extremamente precários, provisórios: duram apenas o tempo necessário ao atendimento das necessidades imediatas de cada um.

⁴⁶¹ Humberto Maturana, *Emoções e linguagem na educação e na política*, cit., p. 17 e 72.

⁴⁶² Zygmunt Bauman, *Modernidade líquida*, cit., p. 7-22; Zygmunt Bauman, *Amor líquido*, cit., p. 111-112.

Se a Modernidade se caracterizou pela substituição de Deus pela Razão, a Pós-Modernidade se anuncia com constatação de que a Razão é insuficiente, sem que nada se apresente em substituição. Daí o estado de perplexidade e a sensação de nevoeiro a que nos referimos no Capítulo 1.

Até meados do século XX, família e religião serviam de peias para as ações humanas, mas também serviam de referência moral. A liberação desses entraves representou um avanço magnífico, mas, por outro lado, produziu uma infinidade de situações para as quais a sociedade deve oferecer soluções éticas, tanto morais quanto jurídicas, sem dispor, como é próprio destes tempos de Pós-Modernidade, das referências oferecidas pela família e pela religião ou de qualquer outra que venha em substituição.

Uma das consequências da liberalização ocorrida a bordo da virada paradigmática da Modernidade para a Pós-Modernidade, tendo como pano de fundo a liberação sexual e o movimento feminista deflagrados a partir da década de 1960, foi o surgimento de vários modos de agremiação familiar. Hoje, não se pode mais sequer falar em modelo de família, posto que há verdadeiramente uma ampla liberdade de constituição. O modelo tradicional, constituído por pai, mãe e filhos, tendo como características a matrimonialidade, a consanguinidade, o patrimonialismo e a hierarquia patriarcal,⁴⁶³ foi demolido paulatinamente, ponto por ponto, nas últimas quatro décadas, de modo que hoje não há mais um modelo e as famílias podem se constituir praticamente por qualquer modo.

Considerando que a história evolui progressivamente, não se pode pretender um retrocesso, a fim de que a família e a religião retomem os papéis que outrora desempenharam na vida em sociedade. Resta, portanto, avaliar os caminhos e as possibilidades que se abrem para o futuro.

7.2.1 Principais formas de agremiação familiar

Conforme dissemos, não se pode falar propriamente em modelo de família nos tempos atuais, visto que é possível estabelecer entidade familiar pelos mais diversos modos. Até a Constituição de 1969, a família era constituída exclusivamente pelo

⁴⁶³ Julie Cristine Delinsk, *O novo direito da filiação*, cit., p. 11; Paulo Luiz Netto Lobo, Princípio jurídico da afetividade na filiação, cit.

casamento indissolúvel (CF/1969, arts. 167 e 175).⁴⁶⁴ A Constituição de 1988 dispõe sobre a família em seu artigo 226, sem exigir que se constitua unicamente pelo matrimônio. Ao contrário, atribui a natureza de entidade familiar à união estável entre homem e mulher, bem como à comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos e prevê que o casamento pode ser desfeito pelo divórcio.⁴⁶⁵

A flexibilização do direito positivo, na verdade, veio para regulamentar as situações que já ocorriam normalmente na vida em sociedade, visto que as famílias se constituíam pela união entre homens e mulheres, com ou sem casamento. Essa flexibilização trouxe como consequências, entre tantas outras, não somente a possibilidade de se constituir e desconstituir família seguidamente, mas também de se constituir família por diversos modos. De maneira especial, observa-se na contemporaneidade uma grande quantidade de famílias constituídas apenas por um dos pais e seus filhos, bem como a formação de famílias reconstruídas a partir da dissolução de vínculos anteriores. Além disso, se esboça no horizonte o reconhecimento das famílias formadas a partir de uniões homossexuais.

A esta altura, podemos arriscar a formulação de um rol dos principais modos de agremiação familiar existentes na atualidade:

- Tradicional – constituída pelo casamento, que reúne o pai, a mãe e os filhos.
- União estável – resultante da união livre entre homem e mulher, que congrega o pai, a mãe e os filhos.
- Uniparental – reúne o pai ou a mãe e seus filhos provenientes de relacionamentos anteriores.
- Mosaica – constituída pela união entre pessoas provenientes de relacionamentos desfeitos e seus respectivos filhos.
- Anaparental – reúne irmãos, primos, tios e outros parentes sem a presença de um pai ou de uma mãe.

⁴⁶⁴ O direito de família passou a ter assento constitucional a partir da Carta de 1934 (art. 134), cujas disposições foram repetidas em constituições de 1937, 1946 e 1967/69 (Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 140). Sobre a evolução legislativa do direito de família, confira-se: Romualdo Baptista dos Santos, Considerações sobre a lei de divórcios e separações extrajudiciais. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, ano IX, n. 41, abr./maio 2007, p. 41-65; Romualdo Baptista dos Santos, A aplicabilidade da Lei 11.441/2007 aos pedidos de divórcio por conversão. In: Antônio Carlos Mathias Coltro e Mário Luiz Delgado (Coord.). *Separação, divórcio, partilhas e inventários*. São Paulo: Método, 2007.

⁴⁶⁵ O divórcio foi inserido anteriormente pela Emenda Constitucional n. 9/1977 e regulamentado pela Lei n. 6.515, de 15 de dezembro de 1977, que se tornou conhecida como Lei do Divórcio.

- Solidária – reúne pessoas sem nenhum laço de parentesco, mas com necessidades comuns.
- Simultânea – envolve situações em que uma pessoa mantém duas famílias simultaneamente.
- Homoafetiva – constituída pela união de homossexuais e filhos havidos de relacionamentos anteriores, bem como por adoção ou por inseminação artificial.

Cabe considerar que os três primeiros modos de constituição de família são expressamente previstos no art. 226 da Constituição, ao passo que o Código Civil deixa entrever a constituição das famílias mosaicas nos arts. 1.588 e 1.637. As uniões homoafetivas, conquanto não sejam vedadas, não encontram assento na lei nem na Constituição.

Deixaremos de lado, as famílias constituídas pelo casamento e pela união estável entre homem e mulher, que contam com expressa previsão legal. Ressaltaremos a seguir alguns aspectos das famílias uniparentais, mosaicas e homoafetivas.

7.2.2 Famílias uniparentais

As famílias uniparentais encontram assento no art. 226, § 4º, da Constituição e se constituem por qualquer um dos pais e seus descendentes. É provável que, ao prever essa modalidade de família, o legislador constitucional tenha pensado nas agremiações resultantes de casamentos desfeitos, mas o fato é que a família uniparental pode resultar tanto da dissolução do casamento como da união estável entre homem e mulher; pode também ser fruto de um namoro desfeito ou até mesmo de um relacionamento esporádico; pode resultar da morte de um dos pais; pode ser constituída por pessoa solteira e seus filhos adotivos. O que importa é que, como resultado final, tenhamos um núcleo formado pelo pai ou pela mãe e os seus filhos.

Cabe considerar que na atualidade as pessoas podem se unir e se desunir várias vezes, de modo que os filhos, nas famílias uniparentais, podem ser provenientes de relacionamentos diversos.

Outro aspecto importante nas famílias uniparentais é que, em regra, quando ocorre dissolução do casamento ou da união estável, os filhos permanecem com a mãe, podendo o pai visitá-los e devendo pagar-lhes pensão alimentícia. Disso resulta que a maior parte

dessas famílias é constituída pela mãe e seus respectivos filhos resultantes de um ou de vários relacionamentos anteriores. A doutrina familiarista tem dado especial destaque a esse aspecto, sobretudo para ressaltar o papel da mulher na vida em sociedade.

Mas é importante perceber que as famílias uniparentais são um fenômeno sociológico a produzir sérias consequências na vida e no destino das pessoas. Conforme destacamos no item 5.3.1, supra, há dois fatores presentes necessariamente nas relações familiares: *interdependência* e *responsabilidade*, destacando-se que ambos incidem sobre a estrutura econômica e afetiva dos seus integrantes. O desfalque de um dos pais certamente produz um certo grau de carência de recursos financeiros para manter a estrutura econômica da família, assim como uma carência na sua estrutura afetiva.

Aquele que permanece com os filhos após o fim do casamento ou da união estável, fica sobrecarregado com a *responsabilidade* de suprir a ausência do outro, tanto no aspecto econômico quanto no âmbito afetivo. No que se refere à *responsabilidade econômica*, a carência é ainda mais acentuada porque as mulheres possuem nível de renda reconhecidamente inferior ao dos homens no mercado de trabalho.⁴⁶⁶ Quanto à *responsabilidade afetiva*, por maior que seja o seu esforço, o pai ou a mãe que permanecer com os filhos não será capaz de suprir integralmente a ausência do outro.

Por isso, a proliferação das famílias uniparentais é um fenômeno social importante, a merecer atenção por parte da sociedade e do Estado, com o sentido de avaliar os impactos que tal fenômeno exerce sobre estrutura das pessoas envolvidas, sobretudo na formação das crianças e jovens que são dependentes econômica e afetivamente dos pais.⁴⁶⁷

Considerando o que foi dito ao longo deste trabalho, no sentido de que a estrutura afetiva das pessoas, particularmente das crianças, é determinante para a formação da personalidade, devemos indagar em que medida a proliferação de famílias uniparentais repercute na formação das pessoas, bem como na qualidade da vida em sociedade e até mesmo no desenvolvimento do Estado.

⁴⁶⁶ Ana Maria Goldani destaca que “A maior parte das unidades domésticas brasileiras em 1989, encontram-se em áreas urbanas e 1/3 delas estão abaixo da chamada linha de pobreza. Com um rendimento médio mensal de 7,2 salários mínimos no total, encontramos que são as unidades domésticas formadas por mãe com filhos e sem cônjuge as que apresentam os rendimentos mínimos e no outro extremo estariam os casais com filhos e outros parentes” (Ana Maria Goldani, *As famílias no Brasil contemporâneo e o mito da desestruturação*. Disponível em: <<http://www.pagu.unicamp.br/files/cadpagu/Cad01/pagu01.06.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2009).

⁴⁶⁷ Confira-se, neste sentido, Ana Maria Goldani, *Família, gênero e políticas: famílias brasileiras nos anos 90 e seus desafios como fator de proteção*. Disponível em: <http://200.130.7.5/spmu/estudos_pesquisas/estudos/familia_genero.pdf>. Acesso em: 15 set. 2009.

7.2.3 Famílias mosaicas

Conforme dissemos acima, a flexibilização do Direito, a partir da última quadra do século passado, possibilitou que as pessoas se *casem* e se *descasem* seguidamente. De acordo com a lei, as famílias podem ser constituídas pelo casamento, pela união estável entre homem e mulher ou pela convivência entre um dos pais e seus filhos. Fora isso, as famílias podem ser constituídas por diversos modos não previstos, mas também não vedados pela lei.

Não raro, as pessoas descasadas se unem a outras também descasadas, dando origem a um novo núcleo familiar. Não raro também essas pessoas trazem para a nova união os filhos provenientes das uniões anteriores, os quais estabelecem uma diversidade de relacionamentos com o padrasto, a madrasta e com os filhos destes. A esse tipo de agremiação familiar formado por pessoas provenientes de relacionamentos desfeitos e por seus respectivos filhos dá-se o nome de *família mosaico* ou *famílias mosaicas*.

De acordo com Jussara Nasser Ferreira e Konstanze Röhrmann, o que caracteriza as famílias mosaicas é a multiplicidade de vínculos, a ambiguidade dos compromissos e a interdependência em relação às famílias de origem. Essa especial modalidade de organização familiar resulta da união entre pessoas egressas de uniões anteriores, que trazem filhos daquelas uniões, aos quais se somam os filhos resultantes da nova união. A situação se densifica quando uma família mosaica se desfaz e as pessoas buscam reconstruir suas vidas afetivas mediante novas uniões, buscando outros pares com seus filhos. As autoras sustentam que as famílias mosaicas são um fenômeno social e jurídico tipicamente brasileiro, mas a Constituição de 1988 não as contemplou expressamente. Por isso, reclamam a sua proteção, com base na principiologia jurídica que norteia o Direito de Família.⁴⁶⁸

Valdyr Grisard Filho denomina de *famílias reconstituídas* a estrutura originada de uma nova união, quando ao menos um dos integrantes do novo casal tem filhos de uma relação precedente, ou seja, ao menos um é padrasto ou madrasta. O autor assinala que dessa reconstrução surge a necessidade de se estabelecerem novas regras de convivência que atentem para as diferentes condições individuais, culturais e sociais dos seus integrantes.⁴⁶⁹

⁴⁶⁸ Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira e Konstanze Röhrmann, *As famílias pluriparentais ou mosaicos*, cit.

⁴⁶⁹ Valdyr Grisard Filho, *Famílias reconstituídas, novas relações depois das separações, parentesco e autoridade parental*. In: Rodrigo da Cunha Pereira, *Anais IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2004, p. 657-675.

O surgimento das famílias mosaicas suscita forte inquietação entre os estudiosos, exatamente porque refoge ao modelo tradicional que se baseava no casamento e supera o modelo baseado na união estável que já representava uma quebra de paradigma. Ao instituir o divórcio e a possibilidade de novos casamentos, o legislador não previu a possibilidade de se constituírem novos núcleos familiares a partir das famílias desfeitas. Provavelmente, imaginou que os pais e mães divorciados viveriam para sempre com seus filhos, conforme prescreve o art. 226, § 4º, da Constituição.

As preocupações que rodeiam o assunto referem-se à instabilidade, à ausência de regras predeterminadas, a falta de controles. Cabe notar, porém, que a família mosaica é uma das consequências da possibilidade de se casar e descasar seguidamente; logo, é um exercício da liberdade individual. Entretanto, é também uma eloquente demonstração da solidariedade e da generosidade humanas, posto que se forma a partir de gestos de tolerância, de abnegação e de acolhimento. E, sobretudo, o surgimento das famílias mosaicas demonstra a força do princípio da afetividade para a consolidação de situações familiares, a despeito das ligações genéticas eventualmente existentes entre as pessoas.

Bauman, citando uma entrevista de Jonathan Rutherford, alerta para o problema da instabilidade dos modelos de instituição, dando como exemplo exatamente a família. Tratar-se-ia, a seu ver, de uma espécie de *instituição zumbi*, que se encontraria “morta e ainda viva”.⁴⁷⁰ Entendemos, porém, que o aparecimento das famílias mosaicas demonstra que não se trata propriamente da morte da instituição familiar, mas sim da sua transformação em outros modos de constituição, além daqueles ditados pelas normas jurídicas, morais e religiosas. A toda evidência, a sociedade está construindo também por este caminho uma nova moralidade lastreada em valores atuais, marcados pela liberdade, pela solidariedade e, sobretudo, pela afetividade.

Retomando a discussão travada no item anterior, referente à preocupação com a estrutura afetiva dos filhos provenientes de casamentos desfeitos, temos que as famílias mosaicas apresentam melhores condições do que as uniparentais. Isto porque, como dissemos, as famílias uniparentais caracterizam-se por algum déficit de afetividade decorrente da ausência de um dos pais, ao passo que nas mosaicas esse déficit não ocorre ou, então, é compensado pelo acolhimento proporcionado pelos outros componentes da nova família. Por definição, as famílias mosaicas se caracterizam pelo entrecruzamento de relações afetivas, envolvendo não somente o novo casal e seus respectivos filhos, mas

⁴⁷⁰ Zygmunt Bauman, *Modernidade líquida*, cit., p. 12-13.

também a participação dos ex-companheiros em vários aspectos da vida em família. Enquanto nas famílias uniparentais sente-se a ausência de um dos pais, nas famílias mosaicas os fluxos de afetividade são incentivados ou ao menos não obstaculizados.

7.2.4 Famílias homoafetivas

O termo *família homoafetiva* foi cunhado por Maria Berenice Dias na obra *União homossexual: o preconceito e a justiça*.⁴⁷¹ Conceitualmente, seria aquela família que se constitui a partir do relacionamento amoroso entre pessoas homossexuais. Porém, no plano do Direito, as famílias homoafetivas ainda não são uma realidade, conquanto se desenhem para o futuro como uma forte possibilidade.

A jurisprudência não reconhece a natureza de entidade familiar às uniões homoafetivas, sob o argumento de que a Constituição não contempla essa modalidade. O argumento é insubsistente por várias razões, a começar por que corresponde ao pensamento dominante na primeira modernidade, segundo o qual direito era apenas aquilo que fosse reconhecido como tal pelo direito positivo. Ocorre que, no Direito Privado, direito é aquilo que está previsto ou não vedado pela legislação, de modo que se a Constituição não contempla nem veda, nada impede o reconhecimento da natureza familiar às uniões homoafetivas. Entretanto, as uniões homoafetivas são fatos sociais definidos pelas ciências psicológicas, biológicas e sociológicas, que são ciências do *ser*. Uma vez estabelecido que as uniões entre homossexuais são uma realidade social, cabe ao Direito realizar juízo de valor, reconhecer a sua existência e regulamentar as suas consequências em termos de *dever-ser*.

Conquanto não reconheça a natureza familiar às uniões homoafetivas, a jurisprudência tem reconhecido efeitos de natureza patrimonial semelhantes aos que atribui às uniões heteroafetivas, como o direito a partilha dos bens adquiridos pelos companheiros e o direito de receber benefícios previdenciários.⁴⁷²

A polêmica em torno da atribuição de natureza familiar às relações homoafetivas ultrapassa a fronteira dos interesses das pessoas diretamente envolvidas, isto é, dos parceiros amorosos e avança sobre outros temas relacionados com a obtenção de eventual prole, seja por meio de adoção, seja por inseminação artificial. O assunto é recorrente no noticiário, cabendo lembrar aqui, a título de exemplos, o caso da cantora Cássia Eller e o recente caso de Adriana e Munira.

⁴⁷¹ Maria Berenice Dias, *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 186.

⁴⁷² Ana Carla Harmatiuk Mattos, *Filiação e homoafetividade*. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. São Paulo: IOB/Thompson, 2006, p. 71-101, item 8.

Cássia Eller e Maria Eugênia Vieira Martins foram companheiras homoafetivas por 14 anos até o falecimento da cantora. Cássia tinha um filho biológico, Francisco Ribeiro Eller, apelidado de Chicão, cujo pai faleceu antes do nascimento da criança. Como a cantora mantinha uma vida repleta de compromissos profissionais, era Eugênia quem cuidava da educação do menino, que a chamava de mãinha. Com o falecimento de Cássia, seu pai postulou a tutela do neto, provavelmente motivado por interesses financeiros, já que não tinha nenhuma afinidade com a criança. No entanto, a justiça concedeu a guarda provisória a Maria Eugênia e, posteriormente, a tutela definitiva, mediante acordo judicial.⁴⁷³

Frequentemente, os casais homossexuais femininos recorrem à inseminação artificial para terem um filho e, assim, completar aquilo que seria o sonho de constituir uma família na acepção mais ampla do termo. Normalmente, recorre-se a algum banco de sêmen para proceder à fecundação do óvulo de uma das parceiras que, implantado no útero, desenvolve-se e produz uma criança. Adriana Tito Maciel e Munira Kalil El Ourra procederam de modo semelhante, com o detalhe de que os óvulos de uma companheira foram inseminados artificialmente e, em seguida, implantados no útero da outra. Desse procedimento nasceram dois filhos. Feito isto, as companheiras homoafetivas ingressaram na justiça de São Paulo com pedido de alvará judicial para registrar os filhos em nome das duas mães. O pedido foi indeferido pelo juiz, havendo possibilidade de recurso para o Tribunal de Justiça.⁴⁷⁴

Simultaneamente, a justiça de Porto Alegre, RS, autorizou duas mulheres de Blumenau, SC, Michele Kaners e Carla Regina Cumiotto, a registrar seus filhos gêmeos, havidos por inseminação artificial, em nome das duas mães. Chama a atenção neste caso, o parecer desfavorável do Ministério Público e a declaração da advogada das mulheres de que moveu a ação em Porto Alegre porque a justiça gaúcha é reconhecidamente mais avançada nessas questões.⁴⁷⁵

Quanto à obtenção de filhos por adoção, o problema é semelhante ao da inseminação artificial, pois a lei não veda a adoção por pessoa homossexual, mas não permite que a criança seja registrada em nome dos parceiros sexuais. A propósito, o art. 1.622 do Código

⁴⁷³ Reportagens da *Revista IstoÉ* e da *Revista Época*. Disponíveis em: <http://www.terra.com.br/istoegente/128/reportagem/cassia_chicao_2.htm> e <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,EDG53360-6011,00.html>>. Acesso em: 16 set. 2009.

⁴⁷⁴ Confira-se a esse respeito: <<http://www.conjur.com.br/2009-mai-11/casal-homossexual-nao-direito-registrar-bebes-duas-maes>>. Acesso em: 16 set. 2009.

⁴⁷⁵ Confira-se a notícia em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1060928/casal-homossexual-consegue-registrar-filhos-em-nome-de-duas-maes>>. Acesso em: 16 set. 2009.

Civil diz que não pode ser efetuada por duas pessoas, salvo se forem casadas ou se viverem em união estável. Sendo assim, o reconhecimento de natureza familiar às uniões homoafetivas abriria o caminho para que os parceiros amorosos pudessem ter filhos por adoção.

Cabe anotar que o problema da obtenção de filhos por parceiros homossexuais não é apenas legal, mas envolve antes de tudo o preconceito que gira em torno dessas uniões e o desconhecimento da verdadeira dinâmica de vida das pessoas em parceria homossexual, tudo a demandar sérias preocupações com a estrutura afetiva das crianças geradas e criadas nesses ambientes de aparente irregularidade.

De fato, devemos considerar que o preconceito normalmente é parceiro da ignorância. Todos temos receio do que é desconhecido, diferente ou anormal. Por não compreendermos o diferente e o desconhecido quase sempre os rejeitamos. Bauman, citando Claude Levis-Strauss, diz que ao tratarmos com estranhos podemos adotar duas atitudes: antropofágica ou antropeômica. Isso quer dizer que ou devoramos os outros, de modo a destruí-los completamente e torná-los pelo metabolismo parte dos corpos que os ingerem, ou os vomitamos de modo a impedir o contato, o diálogo ou qualquer outra forma de interação.⁴⁷⁶

A homossexualidade, conquanto seja um fator presente na sociedade desde sempre, apresenta-se como algo diferente, estranho e anormal, sobretudo por causa dos preceitos religiosos enraizados na nossa cultura. A homossexualidade sempre foi associada ao pecado, ao erro, à conduta inadequada, razão pela qual tendemos a rejeitar comportamentos e tendências homossexuais.

Todavia, a homossexualidade sempre esteve associada à degradação moral, à promiscuidade, à vida noturna, à violência, ao uso de entorpecentes etc. Provavelmente por causa do preconceito, as pessoas homossexuais procuraram ao longo do tempo se manter na obscuridade, no anonimato, levando vidas duplas e buscando muitas vezes refúgio nas sombras da noite e no submundo das drogas. Trata-se, ao que parece, de um círculo vicioso, pois as pessoas se mantinham na obscuridade por causa do preconceito e sofriam preconceito por levarem uma vida obscura.

Nos últimos tempos há, ao que parece, um arrefecimento dos preconceitos, precisamente porque não há mais tanta resistência na sociedade, na família e na religião em relação a quem se reconhece homossexual. Ademais, o homossexualismo deixou de ser

⁴⁷⁶ Zygmunt Bauman, *Modernidade líquida*, cit., p. 118.

considerado uma doença ou um desvio de caráter, cuja cura deveria ser alcançada inclusive com tratamentos psicológicos e passou a ser encarado como uma opção sexual ou como uma aptidão inata de cada pessoa. Conquanto ainda haja preconceito, existe maior tolerância e compreensão, no sentido de que a opção ou a aptidão sexual da pessoa é irrelevante para a constituição do seu caráter.⁴⁷⁷

Cabe, no entanto, atentar para a ausência de estudos sérios sobre a dinâmica de vida dos parceiros homossexuais que se dispõem a constituir família, à semelhança daquelas constituídas por parceiros heterossexuais. Mesmo porque nos tempos de completa liberdade sexual em que vivemos, o fato de praticar sexo, seja entre homossexuais seja entre heterossexuais, não tem nenhuma relação com a intenção de constituir família.

Entretanto, quando um casal heterossexual resolve conviver maritalmente, é fácil perceber que pretendem constituir família porque temos como paradigma o modelo anterior constituído por meio do casamento. As pessoas se casavam para poderem manter relações sexuais regulares, gerar filhos, adquirir patrimônio comum, enfim estabelecer relações de interdependência e responsabilidade afetiva e econômica. Há toda uma história que informa o modelo de família tradicional, de modo a se presumir que a convivência continuada entre homem e mulher teria a natureza de entidade familiar.

Já com respeito às uniões homoafetivas, não há modelo próprio e a história que as precede é relacionada com as vicissitudes acima mencionadas: promiscuidade, pecado, obscuridade etc. Se, na convivência entre homem e mulher, se presume a divisão de tarefas, a fidelidade conjugal, o nascimento de filhos, o exercício do poder familiar etc., porque assim acontecia nos casamentos, não se pode presumir nada em relação à dinâmica de vida dos parceiros homoafetivos porque nada se sabe sobre o modo como se organizam na vida em comum.

Conforme dissemos, uma das principais fontes do preconceito é o desconhecimento ou a ignorância sobre o fato que se tem sob apreciação. Diante do desconhecido, tendemos a destruí-lo ou a expulsá-lo ao invés de compreendê-lo.

Enquanto os homossexuais se mantiveram na obscuridade; enquanto se escondiam e se envergonhavam; enquanto pensávamos que eram doentes, podiam ser simplesmente ignorados pela sociedade e pelo Direito. À medida que reivindicam seu espaço na sociedade e pugnam pelo direito de constituir família e de ter filhos, torna-se inevitável o enfrentamento da questão. Sob o véu da ignorância, era possível adotar num primeiro

⁴⁷⁷ Ana Carla Harmatiuk Matos, *Filiação e homoafetividade*, cit.

momento uma atitude antropofágica ou antropeômica, combatendo-os e negando-lhes direitos até que fossem engolidos pela sociedade e se tornassem como nós; ou repudiando-os e negando-lhes qualquer forma de interação. Certamente, não é mais o caso de se manter o enfrentamento, mas sim de buscar a compreensão e o conhecimento acerca da realidade de vida dos homossexuais, particularmente os hábitos e costumes daqueles que pretendem se organizar em agremiações familiares semelhantes às aquelas constituídas por casais heteroafetivos.

Não resta dúvida de que o desconhecimento ou a ignorância sobre a dinâmica de vida dos parceiros homoafetivos constitui fonte de preconceitos que alimenta dúvidas e preocupações acerca do destino das crianças havidas e criadas a partir desses relacionamentos. Mesmo os autores que defendem o reconhecimento da natureza familiar às uniões homoafetivas manifestam preocupação com o denominado *melhor interesse da criança*, o qual seria afetado pelo preconceito vigente na sociedade. Por isso, defendem que o reconhecimento da natureza familiar às uniões homoafetivas representaria a regularização desses relacionamentos e ajudaria a afastar o preconceito.⁴⁷⁸

Percebemos que o princípio da afetividade atravessa este assunto em todos os sentidos. Em primeiro lugar, é a afeição que reúne parceiros homossexuais, mas não somente a emoção passageira relacionada com a atração sexual e, sim, o aparecimento de sentimentos mais profundos e estáveis que se transformam em afinidade e motivam essas pessoas a tracejarem um caminho comum. É sob este aspecto que se deve buscar, em cada relação homoafetiva, a identificação de sentimentos relativamente estáveis que caracterizam as entidades familiares e orientam o compromisso ou, por outra, que façam gerar laços de interdependência econômica e afetiva entre os parceiros. No entanto, são os sentimentos de compaixão e de generosidade que movem todas as pessoas, inclusive as homossexuais, a haverem filhos por adoção. Senão isso, são as emoções e, sobretudo, o desejo de ter filhos, que as fazem buscar as soluções apresentadas pela ciência e pela tecnologia, a fim de terem filhos por inseminação artificial.

Mas a afetividade ingressa nessa discussão por um outro caminho, na medida em que é estruturante da personalidade, mormente das crianças ainda em formação. Nesse sentido, revela-se a preocupação, que não é descabida, com os eventuais distúrbios que possam afetar os filhos havidos e criados nessas condições.

⁴⁷⁸ Ana Carla Harmatiuk Matos, *Filiação e homoafetividade*, cit.

Devemos considerar que a afetividade não é a panaceia para todos os problemas do mundo. Do mesmo modo que a racionalidade não é suficiente para dar todas as respostas, também a afetividade não pode postular esta posição, sob pena de incorreremos no mesmo erro da primeira modernidade. Todavia, o estudo da afetividade revela-se importante em mais este ponto porque são os afetos, em última análise, que determinam as ações das pessoas na busca pela afirmação dos seus direitos, assim como a resistência daquelas que se opõem a essa pretensão.

O Direito, então, se imanta do princípio da afetividade, de parte a parte, seja para considerar os afetos que unem as pessoas em relacionamentos homoafetivos, seja para investigar se a natureza e intensidade dos vínculos afetivos são suficientes para dar suporte a uma organização familiar e para acolher filhos por adoção ou por inseminação artificial, seja, enfim, para avaliar em que medida a natureza e a intensidade desses relacionamentos vai afetar a personalidade das crianças acolhidas em lares com tal configuração.

É indispensável, na análise de fatos dessa natureza, ter em vista a complexidade dos fenômenos e recorrer à interdisciplinaridade. Com efeito, as pessoas não são iguais nem são idênticos os relacionamentos que estabelecem, de modo que nem todo relacionamento sexual possui estabilidade suficiente para dar base a uma entidade familiar, fazendo-se necessário o surgimento de outros sentimentos próprios e característicos das relações familiares. No entanto, nem todas as entidades familiares são aptas a receber filhos, já que a maternidade-paternidade requer antes de tudo vocação; e isso varia de pessoa para pessoa. Por isso, o concurso de disciplinas como a Psicologia e o Serviço Social é indispensável na análise de cada caso, a fim de que o juiz possa encontrar a melhor solução jurídica.

Em suma, a análise acurada da estrutura afetiva das pessoas, da natureza e intensidade dos laços afetivos que as envolvem, bem como a possível repercussão desses aspectos sobre a estrutura afetiva das crianças, é indispensável para a solução dos casos de obtenção de filhos por parceiros homoafetivos.

7.2.5 Situações familiares especiais

Como dito, a Constituição de 1988 possibilitou não apenas que os casamentos e uniões estáveis sejam feitos e desfeitos seguidas vezes, mas também que as pessoas possam se reorganizar seguidamente em famílias das mais diversas ordens. Atualmente, não se pode falar propriamente em um modelo de família, visto que esta pode se constituir por diversos modos.

Ao lado das famílias constituídas a partir do casamento e da união estável e dos modelos especiais mencionados no item anterior, podemos lembrar ao menos outros três modelos apontados pela doutrina: anaparental, solidária e simultânea.

A *família anaparental* caracteriza-se pela convivência entre parentes dentro de uma estruturação com identidade de propósitos, sem relação de descendência entre seus membros. O exemplo típico é o dos irmãos que continuam a viver na mesma casa após o falecimento dos pais. Pode ocorrer também entre primos, entre tios e sobrinhos nas mesmas condições.⁴⁷⁹

A *família solidária* assemelha-se à família anaparental. Reúne pessoas sem nenhum vínculo de parentesco, mas unidas pela necessidade premente de se auxiliarem mutuamente. A doutrina cita como exemplos a convivência entre pessoas idosas, cujos parentes não têm condições de assisti-las, bem como pessoas com necessidades especiais que adaptam uma casa e compartilham serviços de enfermeiros, fisioterapeutas etc. para proverem suas necessidades.⁴⁸⁰

A *família simultânea* envolve situação em que uma pessoa casada ou que vive em união estável mantém outro casamento ou outra união estável com pessoa diversa. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a situação em que uma pessoa casada que mantém outra família configura concubinato, relação espúria que não gerava nenhum direito em favor da outra pessoa.⁴⁸¹ Não obstante, a doutrina, com respaldo da jurisprudência dos tribunais estaduais, tem anunciado a configuração de famílias simultâneas em alguns casos, seja porque os membros da família aceitam a situação de não exclusividade, seja porque um deles desconhece o fato de que o companheiro mantém casamento ou união estável previamente constituído.⁴⁸²

É necessário compreender, em todos esses casos, qual é o tipo de afeto que permeia as relações humanas, a ver se é possível caracterizá-las como relações familiares. Conforme dissemos anteriormente, as famílias se caracterizam pela existência de *interdependência* e *responsabilidade* nos planos afetivo e econômico. Dentre as modalidades especiais apontadas neste item, a *família anaparental* é verdadeiramente a única em que tais aspectos se mostram mais evidentes. No exemplo citado, dos irmãos

⁴⁷⁹ Maria Berenice Dias, *Manual de direito das famílias*, 5. ed., cit., p. 48-49.

⁴⁸⁰ Ana Carla Harmatiuk Matos, Aspectos jurídicos das famílias homossexual, simultânea e solidária. In: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce e José Fernando Simão (Coord.). *Direito de família e das sucessões: temas atuais*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 383-404.

⁴⁸¹ STJ – 3ª Turma, REsp n. 931.155/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 07.08.2007.

⁴⁸² Ana Carla Harmatiuk Matos, Aspectos jurídicos das famílias homossexual, simultânea e solidária, cit.; Maria Berenice Dias, *Manual de direito das famílias*, 5. ed., cit., p. 50-54.

cujos pais faleceram, há verdadeiramente uma continuidade da família, muitas vezes em torno da memória dos pais falecidos.

Nas denominadas *famílias solidárias* o que se tem são pessoas ligadas por necessidades comuns, como idosos ou deficientes físicos que necessitam de cuidados especiais e compartilham serviços de enfermeiros, fisioterapeutas e outros, a fim de viabilizar o atendimento das suas necessidades. Há alguma dificuldade de se atribuir natureza familiar plena a esses modos de agremiações, uma vez que inexistem os laços de afeto característicos das relações familiares.

Já as *famílias simultâneas* ou *paralelas* possuem todos os requisitos caracterizadores das entidades familiares, esbarrando, porém, no impedimento legal para o seu reconhecimento. Mas é exatamente a natureza dos vínculos afetivos que dão qualidade a essas agremiações, de modo que é necessário realizar um esforço de interpretação, a fim de incluir tais situações no âmbito da proteção jurídica, a que se refere o art. 226, § 6º, da Constituição.

CONCLUSÕES

É fato que a afetividade revela-se importante nas relações jurídicas de Direito Penal, de Direito Civil e de Direito de Família, mas é neste último que se coloca como elemento essencial, visto que a família só se constitui a partir de vínculos afetivos, ou seja, não se pode falar na constituição da família sem vínculos afetivos. E são exatamente esses vínculos entre marido e mulher, entre pais e filhos e entre os parentes de modo geral, que avocam as relações jurídicas para o ramo do Direito de Família. No entanto, a afetividade tem sido compreendida, cada vez mais, como uma necessidade para o adequado desenvolvimento da pessoa, a ser atendida no contexto familiar, razão pela qual muito se tem discutido recentemente acerca da possibilidade de se impor juridicamente o dever de prestar afeto.

Convém lembrar, neste passo, que a emancipação feminina desencadeou uma série de transformações no meio social e, em especial, nas relações de família, com repercussão na ordem jurídica. Uma das consequências da emancipação feminina foi a *visibilidade para o Direito*, com o que a mulher, à medida que passou a fazer parte do poder, procurou inserir na apreciação jurídica valores que antes eram inteiramente desconhecidos. Assim, o afeto, que antes fazia parte apenas da linguagem feminina, desponta no meio jurídico como uma necessidade a ser atendida no âmbito das relações familiares, especialmente nos casos de famílias desfeitas.

Todas essas transformações ocorridas na sociedade e no Direito reclamam a atenção daqueles que se ocupam da ciência jurídica, o que inclui o problema da afetividade que, conforme se disse, é corolário a todas as relações familiares.

Mas não é só, pois a afetividade se apresenta como fator inerente ao ser humano e, por isso, é ínsita em toda ação, seja no relacionamento entre as pessoas, seja no processo de conhecimento do real. Sempre que se diz que o ser humano é um animal racional, deve-se acrescentar que é também afetivo, posto que assim como a racionalidade é indissociável do homem, também a afetividade lhe é inerente.

A decisão de estudar esse tema nos conduz, inicialmente, à busca do seu conceito e de suas características, o que, no entanto, deve ser buscado fora dos limites da ciência jurídica. Na Psicologia Comportamental, encontramos um conceito de afetividade, em

Badrig Melekian e Pierre Debray-Ritzen, a partir da definição encontrada no *Dictionnaire de la Psychologie Larrouse*. Além disso, a busca por um conceito de afetividade nos leva necessariamente ao estudo da teoria psicanalítica de Sigmond Freud e da psicologia do desenvolvimento de Jean Piaget, o qual nos revela a importância da afetividade como fator determinante para a constituição da personalidade.

Esses estudos nos aproximam da Psicopedagogia, da Antropologia e da Sociologia, pois nos fazem perceber a estreita relação entre afetividade e inteligência, isto é, a importância da afetividade para o processo de conhecimento do real; nos fazem compreender que razão e emoção são igualmente inerentes ao ser humano e, por fim, nos ensinam que a afetividade é determinante para o desenvolvimento da personalidade, por meio da qual o ser humano se relaciona com os outros seres humanos e com o ambiente que o cerca.

A compreensão de que a afetividade é tão indissociável do ser humano quanto a racionalidade harmoniza-se com o pensamento da complexidade, segundo o qual o ser humano deve ser considerado com todos os seus atributos: racionalidade, afetividade, espiritualidade, transcendentalidade, sociabilidade etc. e não apenas como *animal racional*.

Compreender o ser humano em toda a sua complexidade, enquanto ser constituído de razão e de emoção, significa superação do paradigma da modernidade, que se fundava na disjunção cartesiana entre sujeito e objeto, este dotado de uma essência e aquele de uma inteligência; significa repensar toda a teoria do conhecimento, visto que não é mais possível afirmar que o homem apreende a essência realidade apenas com a sua inteligência, mas sim que no processo de conhecimento há um entrelaçamento, em que o sujeito comparece integralmente, com sua complexidade e se envolve com a realidade cognoscível, considerada também em suas inúmeras possibilidades; significa dizer que toda ação humana tem por fundamento não somente a razão, mas também a afetividade, isto é, que a afetividade está na base da conduta humana. Assim, se considerarmos que o Direito se ocupa exatamente de regular a conduta humana, a afetividade está na base do Direito.

Os textos consultados, relacionados à Psicologia, à Psicanálise, à Pedagogia e à Antropologia, nos dão conta de que essas disciplinas já avançaram muito nesse modo de pensar, enquanto o Direito ainda se vê às voltas com as exigências do racionalismo moderno. A ideia de que “o homem é um animal racional” ainda prevalece no mundo jurídico, em especial quando se exige que o juiz seja imparcial, despidendo-se de toda a subjetividade para aplicar a lei aos casos concretos; ou quando se exige o cumprimento

incondicional dos contratos, com olvide das circunstâncias que envolvem o negócio jurídico nele tratado.

A afetividade está relacionada a essas questões, pois, ao se exigir que o juiz simplesmente execute um silogismo (premissa maior, premissa menor e síntese), o que se está a exigir verdadeiramente é que ele seja puramente racional, não se deixando levar pelos sentimentos e pelas emoções; que se despoje de uma parte considerável de sua personalidade, isto é, que deixe de ser ele mesmo em sua inteireza. Do mesmo modo, ao interpretar um contrato, se não tivermos presentes as condições subjetivas que envolvem o negócio, estaremos deixando de fora dessa interpretação a sua parte mais importante, qual seja a sua repercussão sobre o ser humano.

Portanto, o reconhecimento, proporcionado pelas ciências psicológicas, de que a afetividade é constitutiva da personalidade; a contribuição, dada pela Psicopedagogia, de que a afetividade e a inteligência participam necessariamente do processo cognitivo; o reconhecimento, dado pela Antropologia, de que a razão e a afetividade são conjuntamente determinantes da conduta humana, são exigências que precisam ser levadas em conta pela ciência jurídica nesta sua fase de reelaboração e de reconstrução.

Todavia, o reconhecimento de que a afetividade é indissociável da personalidade, não quer dizer que o ser humano deixou de ser racional e passou a ser puramente afetivo. Ao contrário, significa que a racionalidade deve ser enriquecida para considerar que o homem é complexo, assim como também é complexa a realidade que o cerca. Ao procurar compreender a realidade, o ser humano age com uma nova forma de razão, que pressupõe uma personalidade constituída de corpo e mente, de razão e emoção, de inteligência e afetividade. Entretanto, o ser humano percebe e compreende que a realidade se compõe de objetos relacionados entre si e, quando essa realidade, a ser compreendida, é o próprio ser humano, também se constitui de corpo e alma, razão e emoção, inteligência e afetividade etc.

Sem desconhecer a importância do paradigma moderno para o progresso da Humanidade, é necessário avançar em direção ao paradigma da complexidade, que concebe o ser humano em toda a sua circunstância, envolvido pela realidade que procura conhecer; que concebe a realidade em todas as suas possibilidades, a exemplo da *parábola do bosque* de José Ortega y Gasset.

Nesse sentido, é possível falar em uma nova racionalidade, ou neorracionalidade, que não mais se restringe a destacar um objeto e expurgá-lo de todas as suas possibilidades para tentar conhecer a sua essência, nem se resume a conceber um sujeito ideal, abstrato,

isento de todas as circunstâncias que possam envolver o ser humano, o qual então se ache em condições de conhecer aquele objeto. A nova racionalidade se propõe a considerar o sujeito cognoscente como pessoa concreta, inserida num meio ambiente comum e que procura conhecer esse ambiente em todas as suas possibilidades.

A nova racionalidade deve considerar que o ser humano é animal, racional, afetivo, espiritual, social, visto que em nenhuma hipótese pode ser dissociado dessas características. Todavia, o conhecimento de um objeto implica conhecê-lo em sua complexidade, em suas ligações com os demais objetos que compõem o real. E, principalmente, a nova racionalidade deve levar em consideração que o ser humano, ao tentar conhecer o real, também se acha inserido no real.

No caso do Direito, lidamos com uma parte da Ética, isto é, com “os comportamentos possíveis do ser humano diante dos outros seres humanos”, de modo que a afetividade é ínsita àqueles que se propõem a conhecer a realidade jurídica e também àqueles que se acham envolvidos nas relações jurídicas. O ser humano que estuda e conhece o Direito é um ser humano complexo e a realidade que se procura conhecer é ainda mais complexa.

Isso quer dizer que o legislador, ao elaborar as normas jurídicas, age como ser humano racional e afetivo que é; o juiz, ao aplicar a lei aos casos concretos, não mais executa um silogismo puramente racional, mas atua com toda a sua personalidade, com os seus sentimentos, as suas preferências políticas e religiosas, os seus gostos pessoais; e as relações jurídicas devem ser analisadas, antes de tudo, como relações entre pessoas, as quais eventualmente podem ser comerciantes, empregados, pais de família, mães etc., circunstâncias essas que podem ser determinantes e que devem ser levadas em consideração pelo legislador ao elaborar a norma jurídica e pelo juiz quando da solução dos litígios.

Podemos dizer que a afetividade é indissociável do ser humano; a afetividade e a razão são determinantes da conduta; a afetividade é característica das relações jurídicas, especialmente das relações de Direito de Família; a afetividade é também um valor jurídico, visto que é necessária ao desenvolvimento adequado da personalidade da criança e à estabilidade do adulto.

Essas afirmações estão em linha com a derrocada do paradigma moderno, que era pautado na disjunção entre sujeito e objeto, na racionalidade pura, ou seja, no racionalismo. E se afinam com o movimento denominado pós-moderno, que procura compreender o ser humano em sua complexidade, da qual faz parte indissociável o fator

afetivo, assim como reconhece a complexidade do real, no qual também se inclui o ser humano.

A rigor, as afirmações acima formuladas representam uma mudança de perspectiva e, por isso, um enorme desafio para a ciência jurídica que agora terá que lidar com a realidade jurídica à luz dessas asserções. Até onde se sabe, a questão da afetividade vem sendo tratada mais em seu aspecto adjetivo do que no aspecto substantivo; ou seja, tem se destacado as qualidades da afetividade e sua importância para as relações jurídicas, sem se indagar da sua essencialidade. No entanto, podemos pensar que a partir de um conceito mais ou menos seguro de afetividade, a ser buscado, num esforço interdisciplinar, no âmbito da Psicologia e da Psicanálise, é possível enfrentar as questões que o Direito se propõe.

O presente trabalho tem exatamente esse objetivo: colocar a afetividade no lugar que lhe cabe, isto é, no âmago da personalidade humana; na base da conduta; como traço característico das relações de Direito de Família e como valor jurídico passível de proteção.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor Wiesengrund. *Textos escolhidos*. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1999 (Coleção Os Pensadores).

ADORNO, Theodor Wiesengrund. *Vida e obra*. Consultoria de Paulo Eduardo Arantes. São Paulo: Nova Cultural, 1999 (Coleção Os Pensadores).

ADORNO, Theodor Wiesengrund; HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1985.

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Adoção à brasileira e a verdade do registro civil. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 347-366.

ALVES, Jones Figueirêdo. Abuso de direito no direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 481-505.

AMARAL NETTO, Francisco dos Santos. *Direito civil: introdução*. 6. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ANDRADE, Fernando Dias. Poder familiar e afeto numa perspectiva espinozana. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 367-393.

ARISTÓTELES. *A política*. Tradução de Baby Abrão. São Paulo: Nova Cultural, 1999 (Coleção Os Pensadores).

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2003 (Coleção A obra-prima de cada autor).

ARISTÓTELES. *Política, III*, 16. Tradução de Baby Abrão. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

BADALOTTI, Mariângela. *Bioética e reprodução assistida*. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/bioetica/cont/mariangela/bioeticaereproducao.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2009.

BARBOSA, Águida Arruda. Amor e responsabilidade. *Boletim do IBDFAM*, n. 33, 2006.

BARBOZA, Heloisa Helena. Embriões excedentários e a lei de biossegurança: o sonho confronta a realidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.

BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, v. 14, jul./set. 2002.

BARROS, Sérgio Resende de. A tutela constitucional do afeto. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 881-889.

BARROSO, Lucas Abreu (Org.). *Introdução crítica do Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARROSO, Lucas Abreu. Situação atual do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 5, jan./jun. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 8. ed. atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. O neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 851, nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 11 mar. 2007.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BAUMAN, Zygmunt. *A arte da vida*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

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

BERMAN, Marshall. *Tudo o que é sólido se desmancha no ar: a aventura da modernidade*. Tradução de Carlos Felipe Moisés e Ana Maria L. Ioratti. São Paulo: Schwarcz, 1986.

BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto civile*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2000.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *A justiça em Aristóteles*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Família, sociedade e educação: um ensaio sobre individualismo, amor líquido e cultura pós-moderna. *Revista Brasileira de Direito de Família*, nov./dez. 2007.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. 10. ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BORGES, Rosana Cardoso Brasileiro. Proibição de disposição e de limitação voluntária dos direitos de personalidade no Código Civil de 2002: crítica. In: BARROSO, Lucas Abreu (Org.). *Introdução crítica do Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *Clonagem humana: algumas premissas para o debate jurídico*. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/clobrau.htm>>. Acesso em: 30 ago. 2009.

BRUNO, Denise Duarte. Posse do estado de filho. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 461-472.

CARLOS, Jairo Gonçalves. *Interdisciplinaridade no ensino médio: desafios e potencialidades*. Disponível em: <http://www.unb.br/ppgec/dissertacoes/proposicoes/proposicao_jairocarlos.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2008

CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade civil no direito de família*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

CASSETTARI, Cristiano. Aspectos controvertidos na sucessão decorrente da união estável. In: BARROSO, Lucas Abreu. (Org.). *Introdução crítica ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CASTRO, Ronaldo Souza de; OLIVEIRA, Renato José de. Cognição, dialética e educação ambiental. In: LOUREIRO, Carlos Frederico B.; LAYRARGUES, Philippe Pomier; CASTRO, Ronaldo Souza de (Org.). *Pensamento complexo, dialética e educação ambiental*. São Paulo: Cortez, 2006. p. 187-210.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2005.

CHAUÍ, Marilena de Souza; FERREZ, Olegária Chaim. *Nietzsche: vida e obra*. São Paulo: Nova Cultural, 1999 (Coleção Os Pensadores).

CHAUÍ, Marilena. *Heidegger: vida e obra*. São Paulo: Nova Cultural, 1999 (Coleção Os Pensadores).

CHAUÍ, Marilena. *Pascal: vida e obra*. São Paulo: Nova Cultural, 1999 (Coleção Os Pensadores).

CIANCI, Mirna. *O valor da reparação moral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

COSTA, Jurandir Freira. Família e dignidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.

DEBRAY-RITZEN, Pierre; MELEKIAN, Badrig. *Perturbações do comportamento da criança*. Tradução de Berenice Fialho Moreira. São Paulo: Círculo do Livro, sob licença da Ed. Nova Fronteira, s.d.

DELGADO, Mário Luiz Régis. Direitos da personalidade nas relações de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 679-739.

DELGADO, Mário. *O novo Código Civil e a inseminação artificial*. Disponível em: <http://www.intelligentia_juridica.com.br/v3/artigo_visualizar.php?id=656>. Acesso em: 30 ago. 2009.

DELINSKI, Julie Cristine. *O novo direito da filiação*. São Paulo: Dialética, 1997.

DESCARTES, René. *Discurso do método*. Tradução de Enrico Corvsieri. São Paulo: Nova Cultural, 1999 (Coleção Os Pensadores).

DIAS, Maria Berenice. Conversão de separação de corpos em divórcio: salutar novidade. In: BARROSO, Lucas Abre. (Org.). *Introdução crítica ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.449-461.

DIAS, Maria Berenice. Filiação homoafetiva. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 393-398.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: RT, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 19. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 7 – Responsabilidade civil.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1 – Teoria geral do direito civil.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 5 – Direito de família.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

EDELMAN, Bernard. La dignité de la personne humaine, un concept nouveau. In: PAVIA, Marie-Luce; REVET, Thierry (Coord.). *La dignité de la personne humaine*. Paris: Économica, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto do patrimônio mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil: à luz do novo Código Civil brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A tutela jurídica da confiança aplicada ao direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 241-271.

FAZENDA, Ivani. Interdisciplinaridade-transdisciplinaridade: visões culturais e epistemológicas. In: FAZENDA, Ivani (Org.). *O que é interdisciplinaridade*. São Paulo: Cortez, 2008.

FERRARO JÚNIOR, Luiz Antônio. Recifes, arquipélagos, faróis e portos: navegando no oceano de incertezas da educação ambiental. In: LOUREIRO, Carlos Frederico B., LAYRARGUES, Philippe Pomier; CASTRO, Ronaldo Souza de (Org.). *Pensamento complexo, dialética e educação ambiental*. São Paulo: Cortez, 2006.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 2. ed. rev. e aum. 18. reimp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RÖRHMANN, Konstanze. As famílias pluriparentais ou mosaicos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 507-529.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhe. 35. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*. São Paulo: RT, 1980. v. 1.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 44. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

FREITAS, Maria Ester; HELOANI, Roberto; BARRETO, Margarida. *Assédio moral no trabalho*. São Paulo: Cengage Learning, 2008.

FREUD, Sigmund. *Totem e tabu e outros trabalhos*. Tradução de Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1996. v. XIII (Obras psicológicas completas).

GAMBOGI, Luís Carlos Balbino. *Direito: razão e sensibilidade (as intuições na hermenêutica jurídica)*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

GARDNER, Richard A. *A syndrome de alienação parental*. Tradução de Rita Rafaeli. Disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/6155591/Sindrome-da-Alienacao-Parental-Richard-Gardner>>. Acesso em: 2 nov. 2009.

GIANETTI, Eduardo. *Felicidade: diálogos sobre o bem-estar na civilização*. 9. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GOLDANI, Ana Maria. *As famílias no Brasil contemporâneo e o mito da desestruturação*. Disponível em: <<http://www.pagu.unicamp.br/files/cadpagu/Cad01/pagu01.06.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2009.

GOLDANI, Ana Maria. *Família, gênero e políticas: famílias brasileiras nos anos 90 e seus desafios como fator de proteção*. Disponível em: <http://200.130.7.5/spmu/estudos_pesquisas/estudos/familia_genero.pdf>. Acesso em: 15 set. 2009.

GOLDIM, José Roberto. Bioética complexa: uma abordagem abrangente para o processo de tomada de decisão. *Revista da Associação Médica do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, jan./mar. 2009.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 9. ed. revista de acordo com o novo CC. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRISARD FILHO, Valdyr. Famílias reconstituídas, novas relações depois das separações, parentesco e autoridade parental. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Anais IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2004. p. 657-675.

GROENINGA, Giselle Câmara. Descumprimento do dever de convivência: danos morais por abandono afetivo. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). *A outra face do Poder Judiciário*. São Paulo: Del Rey, 2005. p. 402-432.

GROENINGA, Giselle Câmara. Direito e psicanálise: um novo horizonte epistemológico. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Anais IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2004.

GROENINGA, Giselle Câmara. Família: um caleidoscópio de relações. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; GROENINGA, Giselle Câmara (Coord.). *Direito e psicanálise*. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

GROENINGA, Giselle Câmara. O direito à integridade psíquica e o livre desenvolvimento da personalidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 439-455.

GUIMARÃES, Carlos Antonio Fragoso. *Erich Fromm: psicologia, ética, humanismo e a liberdade de ser humano*. Disponível em: <<http://www.geocities.com/Vienna/2809/Fromm.html>>. Acesso em: 10 jan. 2008.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Bueno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Bueno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. II.

HALL, Calvin S.; NORDBY, Vernon J. *Introdução à psicologia junguiana*. Tradução de Heloysa de Lima Dantas. São Paulo: Cultrix, s/d.

HELLER, Agnes; FEHÉR, Ferenc. *A condição política pós-moderna*. Tradução de Marcos Santarrita. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. In: BARROSO, Lucas Abreu (Org.). *Introdução crítica ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil na relação paterno-filial. *Novos Estudos Jurídicos* – Revista Semestral do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Univali, ano VII, n. 14, abr. 2002.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Sobre peixes e afetos: um devaneio acerca da ética no direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 424-437.

HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*. Tradução de Sebastião Uchoa Leite. São Paulo: Centauro, 2002.

HUME, David. *Investigação acerca do entendimento humano*. Tradução de Anuar Aiex. São Paulo: Nova Cultural, 1999 (Coleção Os Pensadores).

IHERING, Rudolf von. *Luta pelo direito*. Tradução de João Vasconcelos. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

JAPIASSU, Hilton. *Interdisciplinaridade e patologia do saber*. Rio de Janeiro: Imago, 1976.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução de Valério Rohden e Udo Bardur Moosburger. São Paulo: Nova Cultural, 1999 (Coleção Os Pensadores).

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. São Paulo: Nova Cultural, 1980 (Coleção Os Pensadores).

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2005 (Coleção A obra-prima de cada autor).

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Tradução de Antônio Ulisses Cortês. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

KAUFMANN, Arthur. *La filosofía del derecho en la posmodernidad*. 2. ed. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1998.

KELCH, Rita. *Clonagem humana e os direitos da personalidade*. São Paulo: Método, 2009.

KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. Tradução de João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KOTTOW, Miguel. Bioética del comienzo de la vida ¿cuántas veces comienza la vida? In: *Revista de Bioética e Ética Médica da Conselho Federal de Medicina*, v. 9, p. 25-42, 2001.

LA TAILLE, Yves de. O lugar da interação social na concepção de Jean Piaget. In: LA TAILLE, Yves de; OLIVEIRA, Marta Kohl de; DANTAS, Heloísa. *Piaget, Vygotsky e Wallon: teorias psicogenéticas em discussão*. São Paulo: Summus, 1992.

LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. *Novos ensaios sobre o entendimento humano*. Tradução de João Luiz Baraúna, Consultoria de Marilena de Souza Chauí. São Paulo: Nova Cultural, 1999 (Coleção Os Pensadores).

LERBERT, Georges. *Piaget*. Tradução de Nadyr de Salles Penteado. São Paulo: Nacional, 1976.

LOBO, Paulo Luiz Netto. A nova principiologia do direito da família e suas repercussões. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando (Coord.). *Direito de família e das sucessões: temas atuais*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 1-19.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 505-530.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 89-107.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da súmula n. 301/STJ. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 795-810.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 41. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>>. Acesso em: 6 nov. 2004.

LOCKE, John. *Ensaio acerca do entendimento humano*. Tradução de Anoar Aiex. São Paulo: Nova Cultural, 1999 (Coleção Os Pensadores).

LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. Tradução de Ricardo Corrêa Barbosa. Posfácio de Silviano Santiago. 10. ed. Rio de Janeiro: José Olímpio, 2008.

MADALENO, Rolf. A tutela cominatória no direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha Perera (Coord.). *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 533-563.

MATTOS, Ana Carla Harmatiuk. Aspectos jurídicos das famílias homossexual, simultânea e solidária. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando (Coord.). *Direito de família e das sucessões: temas atuais*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 383-404.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Filiação e homoafetividade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. São Paulo: IOB/Thompson, 2006. p. 71-101.

MATURANA, Humberto. *Cognição, ciência e vida cotidiana*. Organização e tradução de Cristina Magro e Victor Paredes. 2ª reimp. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2006.

MATURANA, Humberto. *Emoções e linguagem na educação e na política*. Tradução de José Fernando Campos Fortes. 4ª reimp. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2005.

MICELI, Vincenzo. *Principii di filosofia del diritto*. 2. ed. Milano: Via Ausonio, s/d.

MIGUEL FILHO, Raduan. O direito/dever de visitas, convivência familiar e muitas cominatórias. In: Rodrigo da Cunha Pereira. *Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 811-818.

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Manual de direito penal*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1989. v. 1.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil, parte geral*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1979.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista Estado, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro, PUC-RJ, v. I, 1991.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, v. 9, ano 29, p. 233-258, jul./dez. 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 613-661.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos morais e relações de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 399-415.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Deveres parentais e responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 31, p. 39-66, 2005.

MOREIRA FILHO, José Roberto. *Conflitos jurídicos da reprodução humana assistida*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2588>>. Acesso em: 30 ago. 2009.

MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Tradução de Eliane Lisboa. Porto Alegre: Sulina, 2005.

MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. Tradução de Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. Revisão técnica de Edgar de Assis Carvalho. 10. ed. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: Unesco, 2005.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Compartilhando a guarda no consenso e no litígio. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 591-601.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *A ciência gaia*. Livro V, § 343: nós, os sem-medo; Assim falou Zaratustra, 2ª parte, dos compassivos; Humano, demasiado humano. Tradução de Rubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Além do bem e do mal*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *O crepúsculo dos ídolos ou a filosofia a golpe de martelos*. Tradução de Edson Bini e Márcio Pugliesi. São Paulo: Hemus, 1976.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Para além do bem e do mal: prelúdio de uma filosofia do porvir*. São Paulo: Nova Cultural, 1999 (Coleção Os Pensadores).

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1.

OLIVEIRA, Armando Mora de. *Wittgenstein: vida e obra*. São Paulo: Nova Cultural, 1999 (Coleção Os Pensadores).

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. A escalada do afeto no direito de família: ficar, namorar, conviver, casar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 241-346.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso. *Razão e afetividade: o pensamento de Lucien Lévy-Brühl*. 2. ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2002.

ORTEGA Y GASSET, José. *Meditaciones del Quijote*. Madrid: Revista Del Occidente en Alianza Editorial, 2005.

PASCAL, Blaise. *Pensamentos*. Tradução de Olívia Bauduh. São Paulo: Nova Cultural, 1999 (Coleção Os Pensadores).

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. v. V – Direito de família.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 16. ed. revista e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. V.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. v. I – Introdução ao direito civil e teoria geral de direito civil.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

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

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Uma principiologia para o direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERROT, Michele. O nó e o ninho. *Veja*, 25 anos: reflexões para o futuro. São Paulo: Abril, 1993.

PESSANHA, José Américo Motta. *Os pré-socráticos*. São Paulo: Nova Cultural, 1999 (Coleção Os Pensadores).

PESSANHA, José Américo Motta. *Santo Agostinho: vida e obra*. São Paulo: Nova Cultural, 1999 (Coleção Os Pensadores).

PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela. A violência doméstica contra a mulher e a proteção dos direitos humanos. In: SÃO PAULO (ESTADO). Procuradoria Geral do Estado. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos. *Direitos humanos no cotidiano jurídico*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 2004, p. 43-70.

PLASTINO, Carlos Alberto. *O primado da afetividade: a crítica freudiana ao paradigma moderno*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.

PLATÃO. *A República*. Tradução de Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 1999 (Coleção Os Pensadores).

PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial*. 4. ed. Campinas: Millennium, 2008.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rimoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. *A boa-fé no Código Civil*. Disponível em: <[http:// www.miguelreale.com.br](http://www.miguelreale.com.br)>. Acesso em: 16 ago. 2003.

REALE, Miguel. *Espírito da nova lei civil*. Disponível em: <[http:// www.miguelreale.com.br](http://www.miguelreale.com.br)>. Acesso em: 4 jan. 2003.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 8. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1981.

REALE, Miguel. *Sentido do novo Código Civil*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br>>. Acesso em: 30 mar. 2002.

REALE, Miguel. *Um artigo-chave do Código Civil*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br>>. Acesso em: 21 jun. 2003.

REALE, Miguel. *Visão geral do projeto de Código Civil*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br>>. Acesso em: 8 dez. 2005.

REIS, Clayton. *Avaliação do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

RIBEIRO, Wilson Santos. O homem e sua circunstância: introdução à filosofia de Ortega y Gasset. Revista Eletrônica Print by Funrei, *Metanóia*, São João Del Rei, n. 1, p. 61-64, jul. 1998/1999. Disponível em: <<http://www.funrei.br/revistas/filosofia>>. Acesso em: 21 out. 2006.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil, parte geral*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1979. v. 4 – Responsabilidade civil.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil. Direito de família*. 28. ed. rev. e atualizada por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6.

ROUANET, Sérgio Paulo. *Mal-estar na modernidade: ensaios*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

RUSSELL, Bertrand. *História do pensamento ocidental*. Tradução de Laura Alves e Aurélio Rebello. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.

SALVADOR, Luiz. *Assédio moral: doença profissional que pode levar à incapacidade permanente e até à morte*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3326>>. Acesso em: 21 nov. 2008.

SANTO AGOSTINHO. *Cidade de Deus*. Tradução de J. Oliveira Santos e A. Ambrósio de Pina. São Paulo: Nova Cultural, 1999 (Coleção Os Pensadores).

SANTO AGOSTINHO. *Confissões*. Tradução de J. Oliveira Santos e A. Ambrósio de Pina. São Paulo: Nova Cultural, 1999 (Coleção Os Pensadores).

SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. 4. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

SANTOS, Boaventura de Souza. *La reinvenición del Estado plurinacional*. Santa Cruz de la Sierra: Cenda-Cejis-Cedib, 2007.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. A aplicabilidade da Lei 11.441/2007 aos pedidos de divórcio por conversão. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.). *Separação, divórcio, partilhas e inventários*. São Paulo: Método, 2007.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. Considerações sobre a lei de divórcios e separações extrajudiciais. *Revista Brasileira de Direito de Família*, ano IX, n. 41, abr./ maio 2007, p. 41-65.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. É possível trocar de pai? In: HIRONAKA, Giselda Maria Novaes Fernandes (Coord.). *A outra face do Poder Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, São Paulo: Escola Paulista de Direito, 2005. p. 365-393.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. O Código Civil de 2002: omissões e distorções quanto ao poder familiar. In: BARROSO, Lucas Abreu Barroso (Org.). *Introdução crítica do Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. Teoria geral da responsabilidade civil. Responsabilidade civil por fato da coisa ou do animal. Responsabilidade civil por abuso de direito e responsabilidade civil do Estado. In: ARAÚJO, Vaneska Donato de; HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes (Coord.). *Responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 5 (Coleção Direito Civil).

SEGRE, Marco. Definição de bioética e sua relação com a ética, deontologia e diceologia. In: SEGRE, Marco; COHEN, Cláudio (Org.). *Bioética*. 3. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2002.

SEGRE, Marco; SCHRAMM, Fermin Roland. Quem tem medo das (bio) tecnologias de reprodução assistida. In: SEGRE, Marco; COHEN, Cláudio (Org.). *Bioética*. 3. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2002.

SERRES, Michel. *Filosofia mestiça: lê tiers instruit*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

SEVERO, Julio. *Clonagem humana: manipulando a vida*. Disponível em: <<http://providafamilia.org/doc.php?doc=doc92185>>. Acesso em: 3 set. 2009.

SICHES, Luis Ricaséns. *Introduccion al estudio del derecho*. México: Porrúa, 1977.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 1991.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Alienação do afeto: desamor e traição no casamento podem gerar indenização?* Disponível em: <<http://www.saraivajur.com.br/menuEsquerdo/doutrinaArtigosDetalhe.aspx?Doutrina=195>>. Acesso em: 13 out. 2009.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Débito conjugal. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Anais IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SÓCRATES (escritos de Platão). *Apologia de Sócrates, Xenofonte e Ditos e feitos memoráveis de Sócrates*. Tradução de Enrico Corvisieri e Mirtes Coscodai. São Paulo: Nova Cultural, 1999 (Coleção Os Pensadores).

SOUSSUMI, Yusaku. *Afetos, sobrevivência e desenvolvimento na neuropsicanálise*. Disponível em: <<http://www.abp.org.br/artigos>>. Acesso em: 19 abr. 2006.

SPINOSA, Baruch de. *Ética demonstrada à maneira dos geômetras*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2005 (Coleção A obra-prima de cada autor).

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Método, 2008. v. 2.

TARTUCE, Flávio. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. *Revista Brasileira de Direito de Família*, ano VIII, n. 35, p. 5-32, abr./maio 2006.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A disciplina jurídica da autoridade parental. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 102-123.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Direito quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*. 8. ed. rev. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TERRA, Márcia Regina. *O desenvolvimento humano na teoria de Piaget*. Disponível em: <<http://www.unicamp.br/iel/site/alunos/publicacoes/textos/d00005.htm>>. Acesso em: 31 jul. 2006.

TERRUEL, Suelen Chirieleison. *Anencefalia fetal: causas, consequências e possibilidade de abortamento*. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/4787/1/anencefalia-fetal-causas-consequencias-e-possibilidade-de-abortamento/pagina1.html>>. Acesso em: 9 set. 2009.

TRINDADE, Diamantino Fernandes. Interdisciplinaridade: um novo olhar sobre as ciências. In: FAZENDA, Ivani (Org.). *O que é interdisciplinaridade*. São Paulo: Cortez, 2008. p. 65-84.

VARELLA, Dráuzio. *Clonagem humana*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142004000200018&script=sci_arttext>. Acesso em: 30 ago. 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil. Direito de família*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

VERDÙ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução e prefácio de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VILELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, n. 21, 1979.

WALTON, Stuart. *Uma história das emoções*. Tradução de Ryta Vinagre. Rio de Janeiro: Record, 2007.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999 (Coleção Os Pensadores).

ZACHARIAS, Vera Lúcia Câmara F. *Piaget*. Disponível em: <<http://www.centroreducacional.com.br/piaget.html>>. Acesso em: 31 jul. 2006.