

(In)viabilidade do princípio da afetividade*

Infeasibility the principle of affectivity

Antonio Jorge Pereira Junior¹
Jose Weidson de Oliveira Neto²

Resumo

O artigo trata da viabilidade do princípio da afetividade como é entendido por parte da doutrina e aplicada por parte do Poder Judiciário e propõe uma nova reconfiguração como princípio da solidariedade familiar. A partir de elementos da ciência hermenêutica, como princípios e regras, analisa a adequação e a configuração do chamado “princípio da afetividade” no Direito de Família. Sustenta uma forma mais adequada para aplicá-lo, em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro. Apresenta breve revisão sobre regras e princípios, nomeadamente nas teorias de Dworkin e Alexy, sob as críticas de Humberto Ávila e Lenio Streck. Sugere a aplicação do princípio, reconfigurado, e enfatiza a importância do respeito dos limites textuais, normas e padrões de referência. Como critérios metodológicos, a pesquisa foi baseada em bibliografia especializada e na jurisprudência dos Tribunais.

Palavras-chave: Hermenêutica jurídica. Princípio da afetividade. Aplicabilidade. Princípio da solidariedade familiar. Família.

Abstract

The article deals with the viability of the principle of affectivity in the Brazilian legal system as it is understood by part of the doctrine and applied by the judiciary, and proposes a new reconfiguration as principle of family solidarity. From hermeneutical science elements as principles and rules, it analyses the appropriateness and configuration of so-called “principle of affectivity” in the Family Law. It suggests a more appropriate way to apply it, in accordance to the Brazilian legal system. It presents brief review about rules and principles, notably the theory of Dworkin and Alexy under criticism of Humberto Avila and Lenio Streck. It suggest the application of the reconfigured principle, and emphasizes the importance of respect of the textual limits, standards and benchmarks of this activity. As methodological criteria, the research was based on specialized bibliography and on the jurisprudence of the Courts.

Keywords: Legal Hermeneutics. Principle of affectivity. Applicability. Principle of family solidarity. Family.

* Recebido em: 28/07/2016.

Aprovado em: 06/11/2016.

¹ Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - Largo de São Francisco (USP). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

² Discente do Programa de Pós Graduação (Mestrado) em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza. Especialista em Direito e Processo de Família e Sucessões.

1 Introdução

O advento da Constituição Federal de 1988 ocorreu em meio à redemocratização do Estado Brasileiro. A reestruturação da sociedade nesse período, e a necessidade de aprovação de um texto de compromisso entre diversas correntes, em um tempo razoável da Assembleia Constituinte, facilitou a criação de normas principiológicas na Constituição de 1988. Isso, por sua vez, representaria maior desafio para a hermenêutica constitucional. A abertura do sistema pode propiciar abusos, especialmente se falta técnica e sobra motivação ideológica aos que se debruçam sobre as normas principiológicas.

Denomina-se de hermenêutica jurídica contemporânea aquela transformada pelo que se convencionou chamar de *virada linguística*³. Trata-se de uma interpretação que supera o método próprio das correntes da hermenêutica clássica, centrando-se na linguagem da norma e suas compreensões pelo intérprete, autônoma da vontade do legislador, adicionada das ideias ontológicas e da pré-compreensão do intérprete. O próprio fenômeno da guinada linguística é assunto corriqueiro nos debates acadêmicos, doutrinários e jurídicos. Intrínseca à nova hermenêutica constitucional é a discussão acerca da definição e da relação entre princípios e regras, bem como de sua aplicação pelo intérprete⁴. Os dois assuntos serão aqui tratados, com a brevidade própria de um artigo cujo escopo é analisar a viabilidade científica de um dado “princípio”.

A nova onda de princípios constitucionais no Brasil, associada à hermenêutica de interpretação da linguagem e o afã de variadas correntes para redefinir a cultura jurídica segundo perspectivas diferentes, facilitou a explosão de princípios de variadas concepções, nem sempre adequadas ao sistema, por juristas de diversas formações. Nesse contexto, magistrados usaram indiscriminadamente alguns princípios, sem maior preparo. Assim, para

o adequado aproveitamento dos benefícios desse movimento criativo, faz-se necessária avaliação e correção dos excessos típicos da primeira hora, mediante revisão técnica de alguns usos da Constituição.

No Brasil, o “princípio da afetividade” surgiu mais de dez anos após a vigência da Constituição de 1988. Amplamente divulgado, está presente em livros de Direito de Família, bem como na jurisprudência⁵. Entretanto, não há consenso doutrinário ou jurisprudencial acerca da sua definição e aplicação. Parcela do Poder Judiciário tem-no utilizado em decisões, especialmente acerca da consideração de novos vínculos familiares⁶ e na imposição de indenização por “abandono afetivo” que, de rigor, seria *falta da conduta de cuidado*, ou seja, algo objetivo e externo, antes que um sentimento, evento subjetivo e interno⁷.

Com relação à pertinência ao sistema jurídico pátrio, convém notar que o “princípio da afetividade” não está expresso na Constituição Federal de 1988 e tampouco no Código Civil de 2002. O termo “afetividade”, desde a perspectiva da lei, aparece em diplomas mais recentes. É o caso da Lei 12.010, de 3 agosto de 2009, que promoveu alteração de dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, e incluiu a expressão “vínculos de afinidade

⁵ Em acórdão do STJ de 2014, RE no 1.328.380 - MS (2011/0233821-0), nota-se no voto do relator a influência dessa linha de compreensão. O Ministro Marco Aurélio Belizze, a certa altura, diz que “em atenção às novas estruturas familiares, baseadas no princípio da afetividade jurídica (a permitir, em última análise, a realização do indivíduo como consectário da dignidade da pessoa humana), a coexistência de relações filiais ou a denominada multiplicidade parental, compreendida como expressão da realidade social, não pode passar despercebida pelo direito”.

⁶ A respeito veja-se o Agravo de Instrumento nº 70061562815, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul sob relatoria do Desembargador Ricardo Moreira Lins Pastl. Também, no mesmo sentido, a Apelação nº 2966005, de 2013, do Tribunal de Justiça de Pernambuco. O relator, Desembargador Josué Antônio Fonseca de Sena.

⁷ “Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente; ganha o debate contornos mais técnicos, pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *Resp n. 1.159.242/SP*, Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 24 de janeiro de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=15890657&sReg=200901937019&sData=20120510&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 06 fev. 2016.

³ CAMPOS, Juliana Cristine Diniz; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. Nova hermenêutica constitucional e (in)segurança jurídica características e crítica da virada linguística no interpretar da Constituição. *Revista Questio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 782-783, 2015.

⁴ STRECK, Lenio Luiz. Da interpretação de textos à concretização de direitos: a incidibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica (ontologische differenz) entre texto e norma. In: COPETTI, André; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 137-180. p. 156.

e afetividade” em dispositivos que tratam do processo de colocação em família substituta, e a Lei Maria da Penha, Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006, que traz apenas a expressão “relação íntima de afeto”. Desse modo, a doutrina que considera a *afectio* como norma, recorria à “interpretação extensiva” ou “conforme à Constituição”, além de alegada mutação constitucional para afirmar sua presença no sistema⁸.

Para melhor uso e precisão, restaria verificar na própria ciência hermenêutica se há recursos que possam permitir a conceituação do princípio da afetividade, sua delimitação e aplicabilidade no ordenamento jurídico pátrio. Assim, este artigo se propõe a analisar, desde a nova hermenêutica constitucional, a consideração da afetividade como princípio e, caso se entenda ajustada a tal ciência, quais seriam as linhas principais para sua aplicabilidade pelo intérprete, em especial o Poder Judiciário.

2 Princípios na “nova” hermenêutica constitucional

Entende-se por nova hermenêutica constitucional, para efeitos desse trabalho, o fenômeno interpretativo que se estruturou desde a virada linguística, mais voltada para o conhecimento dos seres a partir da expressão linguística e menos preocupada com o método. Data-se o seu surgimento em meados do século XX, com Heidegger e Gadamer. Com eles, a linguagem passou a ser o centro da hermenêutica filosófica, deslocando a lógica formal⁹. Nesse contexto, a hermenêutica constitucional serviu como instrumento oportuno para traduzir algumas perspectivas da teoria política acerca do Estado Democrático de Direito¹⁰ - ideal discursivo do consenso¹¹ e

concretização de direitos fundamentais. De modo prático, identificou-se com o neoconstitucionalismo e seu caráter axiológico de valorização de princípios¹².

Faz parte do universo do Direito a discussão acerca da interpretação das normas. Afinal, de um mesmo texto, segundo os contextos e as técnicas de interpretação, podem surgir diversas compreensões de comandos normativos. Os juízes são considerados os principais intérpretes em razão de seu poder de império: sua decisão receberá a força da coercibilidade estatal. Por isso cobra especial importância avaliar como aplicam as normas.

A Hermenêutica, enquanto Ciência do Direito, ocupa-se da questão dos sentidos das normas em sua concretização como comando concreto. Além do problema de compreensão de sentido das normas em si, enfrenta-se também o desafio de saber qual o limite à interpretação constitucional, ocupando-se do conflito entre a manutenção da segurança jurídica do texto positivado e sua alteração em face de necessidades do convívio social¹³. A percepção inadequada de tais limites propicia tanto um ativismo doutrinário quanto judicial exacerbados, alvos de críticas constantes¹⁴. Quanto a isso, refletia Raimundo Bezerra Falcão:

“[...] Como saber o intérprete ou o aplicador do Direito qual o impedimento, se for o caso, a afastar, não dispondo ele nada mais do que a multiplicidade de sentidos para funcionar a título de “balizamento” de sua opção? Somente as “regras” (digamos assim) da Hermenêutica serão hábeis a conferir condições de seletividade entre os sentidos possíveis, do que surgirá algum rumo para o intérprete poder optar.”¹⁵

Essa nova hermenêutica, portanto, possibilita um Judiciário mais ativista que, mediante decisões ou-

⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 282.

⁹ ERICKSEN, Lauro. Possibilidades de concretização dos direitos fundamentais através do estudo hermenêutico-constitucional. *Revista Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 34, p. 53-77, ago. 2012. p. 57; CAMPOS, Juliana Cristine Diniz; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. Nova hermenêutica constitucional e (in)segurança jurídica características e crítica da virada linguística no interpretar da Constituição. *Revista Questio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 782-783, 2015. p. 776.

¹⁰ MARIN, Jeferson Dytz. Hermenêutica constitucional e realização dos direitos fundamentais: o afastamento das arbitrariedades semânticas na atribuição de sentido. *Revista Sequência: estudos jurídicos e políticos*, Florianópolis, v. 33, n. 65, p. 103-123, dez. 2012. p. 104.

¹¹ CAMPOS, Juliana Cristine Diniz; ALBUQUERQUE, Fe-

lipe Braga. Nova hermenêutica constitucional e (in)segurança jurídica características e crítica da virada linguística no interpretar da Constituição. *Revista Questio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 782-783, 2015. p. 776.

¹² MORAES, George Rezende. Jurisdição constitucional e racionalidade jurídica no contexto do neoconstitucionalismo pós-positivista. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 10, n. 2, p. 16-27, dez. 2014. p. 17.

¹³ ALVES, Fabrício Germano; XAVIER, Yanko Marcus de Alencar. Hermenêutica contemporânea dos Direitos Fundamentais. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 14, n. 1, p. 123-144, jan./jun., 2012.

¹⁴ STRECK, Lênio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, São Leopoldo, v. 1, n. 2, p. 75-83, jul./dez., 2009. p. 77-78.

¹⁵ FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 100.

sadas, por vezes, extrapola sua competência funcional e assume papel legiferante, podendo-se mesmo confundir com o Poder Constituinte, sob alegação de se estar simplesmente a “aplicar princípios”. Com não pouca frequência, esquecem-se inclusive, nessa dinâmica, dos princípios gerais do Direito, para contemplar fictícios princípios constantes na Constituição.

A hermenêutica contemporânea trouxe a euforia de um “Estado Principiológico”, em que se exalta a importância dos princípios e se reduz o valor das regras. Isso acarreta exageros e problemas teóricos que acabam por prejudicar a efetividade do ordenamento jurídico¹⁶. A este problema, Lenio Streck nomeia de “principiolatria” ou “panprincipiolismo”, salientando que tem facilitado o abandono de parâmetros de segurança e de certeza jurídicas pela discricionariedade judicial abusiva. Isso teria atingido também o Direito Civil, no que se refere ao princípio da afetividade¹⁷.

A hermenêutica clássica considerava os princípios gerais do Direito como fontes alternativas da Ciência Jurídica. Com a virada linguística e a “nova hermenêutica” instituída com base na valorização do intérprete e da linguagem, busca-se fortalecer o caráter dos princípios como normas jurídicas, para além de uma função subsidiária ou alternativa¹⁸. Muitos se aventuraram a imaginar princípios, com elasticidade criativa que, todavia, não se coaduna com a melhor técnica.

Em paralelo, insurgiram mais fortemente discussões acerca do conceito e aplicabilidade dos princípios e suas diferenças em relação às regras. Neste diapasão, importam especialmente as contribuições de Ronald Dworkin e Robert Alexy, que se utilizam da distinção forte en-

tre princípios e regras em suas teorias¹⁹, a fim de oferecer formas de aplicação normativa.

3 Dworkin, Alexy, Ávila e Streck: reflexão sobre princípios e regras

Dworkin acata a ideia de que, em caso de lacunas de lei, o juiz deve utilizar os princípios gerais do Direito para julgar o caso concreto. O autor expressa tal afirmativa em crítica às ideias de Hart, para quem, diante de uma lacuna da lei - “textura aberta da norma”, em termos hartianos - se concede ao magistrado “pleno poder discricionário”²⁰. Para Dworkin, princípios são padrões que não são regras. Também não visam promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável - isso é próprio da política - mas objetivariam alcançar a justiça, a equidade e a moralidade²¹. Ele é o idealizador da técnica do sopesamento de princípios. Em situações de conflito entre princípios aplicáveis a um dado caso concreto, dever-se-ia afastar um deles para se aplicar o outro, por meio da atribuição de uma dimensão de peso a cada um, sem que nenhum deles perdesse validade no sistema jurídico. A escolha sobre qual deveria prevalecer obedeceria a um critério classificatório anterior ao conflito. Mas a definição do peso de cada um deles, no caso concreto, seria tarefa do intérprete.

Na doutrina de Dworkin, enquanto os princípios são aplicados em uma dimensão de peso, as regras seguem o modelo “tudo ou nada” onde, no caso concreto, uma terá que ser invalidada pela aplicação da outra²². De todo modo, no caso dos princípios, ao se atribuir peso a um e outro, o princípio “perdedor” curiosamente termina também por ser igualmente afastado.

Robert Alexy, a partir da dimensão de peso dos princípios, desenvolve a técnica da ponderação deles. A saber, Alexy compreende que os princípios são “mandados de otimização” aplicáveis em vários graus, de forma que apenas no caso concreto é que o intérprete poderia decidir pela aplicação de um, considerando as possibili-

¹⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 43.

¹⁷ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. *O Direito*, Coimbra, ano 143, v. II, p. 43-66, 2011. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/01/Estatuto-epistemol%C3%B3gico-do-Direito-civil-contempor%C3%A2neo-na-tradi%C3%A7%C3%A3o-de-civil-law-em-face-do-neoconstitucionalismo-e-dos-princ%C3%ADpios.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2016.

¹⁸ CAMPOS, Juliana Cristine Diniz; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. Nova hermenêutica constitucional e (in)segurança jurídica características e crítica da virada linguística no interpretar da Constituição. *Revista Questio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 782-783, 2015.

¹⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 59.

²⁰ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 51-52.

²¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 36.

²² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 39.

dades fáticas e jurídicas, o que não invalida o outro. Sua ideia é a de que os princípios devem ser aplicados em seu conteúdo na máxima medida²³.

A diferença entre a ponderação de Alexy e a dimensão de peso de Dworkin – ambas as teorias destinadas exclusivamente à solução de conflitos entre princípios – está no critério classificatório prévio deste, enquanto naquele a decisão ocorre caso a caso, comparativamente²⁴.

Quanto ao modelo “tudo ou nada” de aplicação de regras, Dworkin entende que sempre é válido. Considera que uma regra cujas consequências reguladas possam ser variáveis, deve trazer em seu texto essa abertura. Assim, para ele, é como se na expressão “toda regra tem exceção”, de rigor, o objeto tido como “exceção” estivesse de alguma forma na regra, salvaguardando o “tudo ou nada”. Ou seja, mesmo o efeito tido como “exceção” estaria previsto e, logo, a regra se aplica em cheio²⁵. A criação de exceção às regras em caso de conflito normativo também é elencada por Ávila²⁶.

As ideias de Dworkin servem de base para que Alexy desenvolva seu sistema de princípios e regras, que é, sem dúvida, mais complexo. Na teoria de Alexy, princípios e regras guardam uma interdependência, sendo as regras derivadas de um princípio:

“Como se percebe, há uma mútua dependência entre princípios e regras na teoria da argumentação jusfundamental de Alexy: de um lado, os princípios só adquirem eficácia se deles se puder adscrever regras formuladas em uma linguagem universal; de outro, as regras não podem ser aplicadas sem atenção aos princípios que lhes fundamentam”²⁷.

Para Lênio Streck, a aproximação entre as doutrinas de Dworkin e Alexy é questionável, principalmente quanto à discricionariedade dos juízes enquanto aplica-

dores da lei. Isto porque, conforme afirma Streck, Dworkin se propôs a construir uma teoria jurídica antidiscionária, enquanto em Alexy prepondera a ideia de uma discricionariedade inexorável²⁸.

Aquelas ideias – sopesamento e ponderação de princípios e tudo-ou-nada para regras – são as bases para a crítica de Humberto Ávila. Para este autor, a solução de conflito de norma, ocorreria, caso a caso, mediante a técnica da ponderação, no entanto, aplicando-a tanto para princípios como para regras. Nesta última situação, ponderar-se-iam “as razões justificadoras” de cada regra conflituosa, de forma a alcançar, na maior medida possível, a finalidade delas, ou seja, sem invalidação obrigatória de uma em detrimento da outra²⁹. Ou seja, para Ávila, a distinção entre regras e princípios é mais tênue do que sugeriram os autores referidos, e as técnicas de interpretação e aplicação de uma e outra categoria são similares, preferindo-se, todavia, a aplicação de regras, em razão dos efeitos mais previsíveis.

A crítica de Ávila à ideia de Alexy é a de que ponderação não é técnica exclusiva para solução de conflitos de princípios, mas também de regras, no sentido de que também para estas deve-se buscar a maior realização possível. Já quanto ao pensamento de Dworkin, a crítica é mais intensa, pois não haveria dimensão de peso de princípios em caráter classificatório prévio, somente no comparativo, diretamente na casuística, além de considerar que a ideia se aplica a princípios e regras, e que por sua vez, em seus conflitos, não obedecem ao tudo-ou-nada.³⁰ De certa forma, enquanto Dworkin termina por criar um critério de caráter utilitarista ao intérprete, a posição de Ávila se aproxima de um critério prudencial, similar ao círculo hermenêutico de Larenz³¹.

A teoria dos princípios de Humberto Ávila aponta como condicionante da interpretação a observação de dois “postulados”, voltados à delimitação da aplicação e a

²³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90.

²⁴ BARROSO, Luis Roberto; BARCELOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 25-65, out. 2003.

²⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 39.

²⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 73.

²⁷ BUSTAMANTE, Thomas. Princípios, regras e conflitos normativos: um modelo para a justificação das decisões contra legem a partir da teoria jurídica de Robert Alexy. *Pensar: Revista de ciências jurídicas*, Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 603-627, jul./dez., 2010.

²⁸ STRECK, Lênio Luiz. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 7, p. 345-346, dez. 2013.

²⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 73-86.

³⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 73-86.

³¹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 6. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1991. p. 286-291; PIEPER, Joseph. *Virtudes fundamentais*. Lisboa: Aster, 1960. p. 19-33.

solução dos conflitos normativos (regras e princípios)³². Exemplifica como tais postulados a proporcionalidade e a razoabilidade. Neste diapasão, ascende a ideia de que o princípio, além de enfrentar a limitação do que já está disposto na regra, é aplicado na medida, por exemplo, da razoabilidade e proporcionalidade do caso.

Assim como Ávila³³, que critica a interpretação que ultrapassa os limites do texto (exemplifica que “restrito” jamais poderá ser interpretado como “amplo”), Lênio Streck³⁴ defende a limitação da atividade interpretativa do aplicador da norma pelo próprio texto desta. Afirma que não extrapolar os limites semânticos do texto é condição de possibilidade para a existência do próprio Estado Democrático de Direito. No entanto, há quem julgue que a interpretação admita inclusive a modalidade da “construção”, técnica que permitiria “construir” novos dispositivos, independentemente de emendas, indo-se, portanto, além do texto. A própria mutação constitucional seria um tipo de construção, que surgiria da alteração do sentido expresso do texto constitucional³⁵. O tema se faz polêmico, em razão de eventual manipulação de conceitos a encobrir o desrespeito à separação de Poderes.

Ao comentar o assunto, Sarmento ressalta ainda a importância das regras – pois geram maior previsibilidade e segurança jurídica aos seus destinatários – para um sistema jurídico funcional, estável e harmônico com os valores do Estado Democrático de Direito. Posiciona-

-se favoravelmente a um neoconstitucionalismo que não descarte a importância das regras, mas aceite a ponderação de princípios, de forma a racionalizar seu uso.³⁶

4 Considerações acerca do princípio da afetividade

A nova hermenêutica constitucional, o neoconstitucionalismo e a recente perspectiva do Direito Civil-Constitucional são apontadas como correntes interpretativas responsáveis pelo efeito de reler o Direito Civil pelo viés constitucional, além de trazer novos princípios para o ordenamento jurídico, introduzidos mediante a utilização da interpretação extensiva e da mutação constitucional pelos Tribunais Superiores.

Parte da doutrina civilista brasileira tem afirmado que o Direito de Família passa por uma “despatrimonialização”, ao passo em que se torna cada vez mais “pessoalizado”³⁷. Dizem isso no sentido em que o objeto de tutela do Direito passaria a priorizar aspectos subjetivos interpessoais. Daí insurgiria o “princípio da afetividade” nas relações de família. Portanto, o *locus* de onde emerge o princípio seria o Direito de Família, ramo do Direito Civil. Mas, dada a tendência a buscar na Constituição Federal um arrimo para princípios, de modo a lhe reforçar com a hierarquia formal, em face da ausência da afetividade no texto respectivo no Texto Fundamental, buscou-se apoio no desgastado conceito de dignidade humana, usado como coringa por tantos.

O reconhecimento do “princípio da afetividade” no ordenamento jurídico, todavia, ainda não é consensual na doutrina. Nem mesmo sua vinculação à dignidade humana. De um lado, doutrinariamente, como se dizia, há autores que consideram o “princípio da afetividade” como constitucionalmente válido, mediante interpretação extensiva do princípio da dignidade da pessoa humana, elencada no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988. Essa consideração tem adentrado a jurisprudência dos Tribunais Superiores ilimitadamente, e por meio de aparentes mutações constitucionais, tem-se admitido a consideração do “princípio da afetividade” cada vez mais.

³² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 164.

³³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 43.

³⁴ STRECK, Lênio Luiz. Os limites semânticos e sua importância na e para a democracia. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 41, n. 135, p. 173-187, set. 2014. p. 174.

³⁵ BULOS, Uadi Lamego. Construção constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, v. 36, n. 36, p. 181-206, 1999. “O recurso da construção constitucional, enquanto veículo de mutação da Constituição, encontra seu fundamento no fato de que o Direito funda-se na experiência. As necessidades de uma época, a moral dominante e as teorias políticas, confessadas ou inconscientes, e até os preconceitos que os juízes partilham com seus concidadãos, representam papel muito mais importante que o silogismo na determinação das normas pelas quais se regulam as condutas humanas. A substância do Direito em qualquer momento corresponde, aproximadamente, dentro de sua esfera, àquilo que se acredita ser conveniente, mas sua forma e maquinismo, assim como o grau em que pode produzir os resultados desejados, dependem muito de seu passado” (p. 206).

³⁶ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 09-49.

³⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 48-49.

Deve-se perguntar: esse uso, por si, faz que surja o “princípio constitucional da afetividade”?

Por outro lado, cabe ainda questionamento acerca das limitações à sua aplicabilidade. Para tanto seria necessário enunciar o próprio conceito e suas especificidades. Aqueles que advogam pela existência de tal princípio partem de uma definição do “princípio da afetividade” como simples consideração da dimensão afetiva do indivíduo, enquanto integrante da sua dignidade. A partir desta conceituação, questiona-se: o ordenamento jurídico brasileiro vigente comportaria, nesse molde, o “princípio da afetividade”? Sendo a afetividade elemento da interioridade, como dar-lhe *status* de princípio jurídico, sendo que o Direito prima pela dimensão objetiva das relações sociais? Nenhum princípio jurídico se refere a algo da dimensão interna do indivíduo, exatamente porque isso escapa ao Direito. Pelo contrário, os princípios referem-se a situações objetivas ou relacionais, como a boa fé objetiva, o *pacta sunt servanda*, o *rebus sic stantibus*, a equidade, o melhor interesse da criança, etc. Além disso, os afetos, por si mesmos, são movimentos da sensibilidade involuntários (portanto sem autocontrole), por vezes contrários ao bem comum e à justiça. Todo o plano dos desafetos, não se deve olvidar, também compõem o universo afetivo. Como se vê, de rigor, os afetos não podem ser, por si, associados à dignidade humana, sendo muitas vezes movimentos contrários a ela.

Apesar disso, e sem fazerem um exame mais detido do sentido antropológico e filosófico dos “afetos” e da “afetividade” humana, muitos defendem sua existência, constitucionalidade, e aplicabilidade. Ana Carla Harmatiuk Matos anota que a família contemporânea é como um “tecido de fios de afeto que agasalham a pessoa e sua dignidade”, e que seu centro é a socioafetividade e não mais o modelo patrimonialista³⁸. Vale notar a criação de uma falsa dicotomia neste argumento: ou a pessoa adere à compreensão da afetividade como elemento central do Direito de Família, ou ela é uma “patrimonialista”. Há erro lógico formal e material nessa afirmação, de caráter mais panfletário e “afetivo”, do que “científico” e reflexivo. Afinal, pode-se defender a solidariedade como elemento central do Direito de Família, que não se confunde, de

modo algum, com a afetividade e, não se trata de posição patrimonialista. A solidariedade entra no plano externo das relações humanas.

Rodrigo Calderón, em obra intitulada “Princípio da Afetividade no Direito de Família”, afirma que o texto da Constituição de 1988 trouxe um novo modelo de família, em que se prepondera o afeto, o respeito e a dignidade. Afirma ainda que, a partir de uma hermenêutica civil-constitucional, foi possível perceber um “outro direito de família”, no qual *implicitamente* se reconheceria o princípio da afetividade³⁹ (grifo nosso). Não fica claro, no entanto, pelo texto constitucional, como chegar a tal compreensão, uma vez que o conjunto textual, a par de algumas atualizações, tem perfil assemelhado às constituições brasileiras anteriores. Além disso, parte-se para uma construção nebulosa, ela também construída sob um contexto afetivo.

O presidente nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) compartilha do entendimento de Calderón, e afirma a existência jurídica do “princípio da afetividade” e sua consideração como fundamento para o reconhecimento de múltiplos modelos familiares, inclusive o novel poliamor⁴⁰, que seria um arranjo relacional que envolve, em caráter romântico-erótico, mais de duas pessoas. O presidente-fundador do IBDFAM, de longa data, defende que as mais diversas combinações afetivas, entre diversos homens e mulheres, sejam equalizadas às situações de casamento, por exemplo, com igual consideração e idêntica promoção estatal. Exatamente porque ali estariam afetos. Novamente, deve-se notar que os afetos, quando desvinculados da justiça, muitas vezes levam à traição, a contrariar o dever de fidelidade inclusive, que se torna elemento menor na visão de Rodrigo da Cunha Pereira. Seria realmente essa a verdadeira vocação e serventia do Direito de Família? Sendo o afeto uma realidade individual, encerrada naquele que sente, não estaria exatamente a exaltação dele nas antípodas do Direito de Família, onde mais se deve primar pela solidariedade objetiva, pelo serviço ao outro, ainda que os sentimentos individuais venham a falhar? Deve a filiação e o compromisso entre homem e mulher estar, jurídica-

³⁸ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Famílias recompostas: em busca de seu pleno reconhecimento jurídico. In: MENEZES, Joyceanne Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.). *Direito das famílias por juristas brasileiros*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 319-336. p. 320.

³⁹ CALDERÓN, Rodrigo Lucas. *Princípio da afetividade no direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 239.

⁴⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Nova revolução na constituição de famílias*. 2013. Disponível em: <http://cahali.adv.br/noticias/NOVA_REVOLUÇÃO_NA_CONSTITUIÇÃO_DE_FAMÍLIAS_-_Rodrigo_da_Cunha_Pereira.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2015.

mente, à mercê dos afetos – ou seja, a própria imposição dos deveres aqui estaria condicionada aos afetos - ou antes devem estar sobre fatos objetivos e sobre declarações de compromisso? Se todo afeto justificasse uma conduta como “justa”, logo, não haveria mais como circunscrever deveres objetivos e conferir segurança às relações.

Não obstante parte da doutrina defender que o afeto seja fator central da família contemporânea, há que se ponderar sobre a repercussão dessa consideração para o Direito. Infere-se que tanto a família jurídica tipificada em modelos, quanto as relações sociais afetivas diversas, atípicas, podem – sem qualquer prejuízo – ter definições distintas, havendo, por óbvio, maior diversidade na segunda categoria. E, claro, por serem diferentes, nessa mesma medida cabe tratamento jurídico diverso.

Socialmente, diversos modelos de organização da vida pessoal podem ser experimentados e observados. A melhor forma de o Estado lidar com eles é garantir a autonomia privada na constituição do próprio lar, livre de intervenções estatais. Ao que parece, o Estado deve tolerar tal pluralidade, sem promover modalidade alguma, afora os modelos mínimos necessários para a subsistência social (“base da sociedade”, segundo o texto constitucional), elencados no art. 226 da Constituição Federal como credores de “especial proteção”, termo restritivo por si mesmo (“especial”), deixando as demais situações sob a proteção geral.

Ademais, outra parte da doutrina defende que o Direito não inclui afeto como valor jurídico. “Uma última consideração antes de concluirmos. Será que o Direito considera o afeto, elemento subjetivo, como elemento-cerne das relações jurídico familiares? Não. Para o pasmo de muitos, o direito considera o compromisso de formar uma família e a assunção de deveres, ou seja, o amor”.⁴¹

Nessa linha de interpretação, amor e afeto são coisas distintas: aquele se enquadra na dimensão da vontade humana, e pode se consubstanciar em uma conduta, enquanto a afetividade representa simples impulsos e desejos momentâneos, esgotando-se, de rigor, em uma sensação, a partir da qual podem advir as mais diversas condutas⁴². Por essa razão, não deve o Direito ocupar-se

de desejos e impulsos que são de uma esfera totalmente privada, íntima e involuntária do indivíduo.

Enquanto regulação da vida social, o Direito de Família se pautaria pelo princípio da solidariedade, que se traduz na responsabilidade pelos compromissos assumidos ou na realização de deveres decorrentes de fatos objetivos geradores de situações familiares, antes que pela indagação dos sentimentos individuais. Portanto, deve-se pautar por aspectos que adquiram feição objetiva, antes que afeição subjetiva.

O compromisso que nasce do amor somente adentrará no direito mediante declaração negocial ou comportamento externo que permita identificar um *status* familiar semelhante ao que esteja previsto no ordenamento. Por outro lado, vale lembrar que o Direito não considera o afeto, *vis attrativa* de algumas das relações humanas, como fonte imediata de direitos, sobretudo nas relações familiares, senão o compromisso objetivo, com a assunção dos deveres daí decorrentes⁴³. No mesmo sentido é o posicionamento de Regina Beatriz Tavares da Silva ao afirmar que o afeto é sentimento e não valor jurídico⁴⁴.

Além disso, o termo “afetividade” tem sido utilizado com diversas acepções, comprometendo a identidade jurídica no termo. Apesar de longa, oportuna a citação de Otávio Luís Rodrigues a esse respeito: “No que se refere ao “princípio da afetividade, impressiona a variedade de acepções que ele assume na doutrina. É um claro exemplo de que “o rei está nu”, mas sem que haja uma criança corajosa, no meio da multidão, para o dizer se, como princípio, a afetividade representa tudo o que dela se afirma, ela nada representa. Vejam-se alguns exemplos dessa criatividade conceptual: a) afetividade como meio de execução da dignidade humana nas relações familiares, com o objetivo de “assegurar aos seus membros o direito a um ambiente sadio e harmonioso, isto para que as crianças, seres

das políticas públicas preventivas em face da vulnerabilidade sexual de crianças e adolescentes. In: LOPES, Ana Maria D’Ávila; ANDRADE, Denise Almeida de; SALES, Andreia da Silva Costa Castelo Branco (Org.). *Exploração sexual de mulheres e crianças no turismo sexual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito, 2015. p. 259-306. p. 297-298.

⁴³ FERNANDES, André Gonçalves. Homossexuais: direito ao matrimônio? In: PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo (Org.). *Direito e dignidade da família*. São Paulo: Almedina, 2012. p. 113-137. p. 127.

⁴⁴ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Estatuto das família retoma proposições desastrosas*. 2013. Disponível em: <<http://www.reginabeatriz.com.br/academico/artigos/artigo.aspx?id=380>>. Acesso em: 25 nov. 2015.

⁴¹ PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. Da afetividade à efetividade do amor nas relações de família. In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (Coord.). *Afeto e estruturas familiares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 57-78. p. 72.

⁴² PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. Mudança conceitual

humanos em formação, se desenvolvam como cidadãos dotados de valores éticos e morais”; b) elemento caracterizador, em substituição à vontade, das relações jurídico-familiares; c) “na atualidade, a ideia de família está ligada à de espaço de realização pessoal, no qual a afetividade se expande e a personalidade se desenvolve, independentemente do casamento institucional”. Na jurisprudência, persiste idêntico sincretismo terminológico. Encontra-se o princípio da afetividade para fundamentar: a) a formação de vínculos de parentesco, além dos naturais e legais, com base na chamada convivência socioafetiva; b) a indenização por dano moral, em razão de ofensa à “afetividade da pessoa”, quando há disparo indevido do alarme contra furto em estabelecimento comercial”⁴⁵.

Em face dos itens acima apresentados, deve-se perguntar: falta regra específica para exigir o cumprimento dos deveres ou atingir os fins ali expostos? A resposta é negativa. As regras e princípios já reconhecidos no ordenamento jurídico são mais que suficientes, sendo despidendo o princípio da afetividade. Senão, vejamos: quanto ao item “a”, não há como o Direito garantir “ambiente sadio e harmonioso” dentro do lar para além dos deveres de caráter pessoal exigidos nas regras da filiação, casamento e união estável, expressos no Código Civil. Nesse contexto, a enunciação da “afetividade” não altera o fato, uma vez que o afeto não pode ser forçado a ninguém. Quanto ao item “b”: o afeto, elemento íntimo, não compõe o suporte fático para a incidência de deveres jusfamiliares. O suporte fático deve se ajustar a condutas que se externalizam.

Quanto à jurisprudência, vale notar que relativamente ao item “a”, o que importa ao Direito, antes de qualquer afeto de pai por filho de criação, é a conduta de pai, o “status”, e não o “feelings”. O status se traduziria pela externalização de conduta de cuidado paterno. Fosse o afeto a ditar as situações, além da dificuldade de medir sua presença, por outro lado, com base nessa mesma interpretação, a filiação poderia se tornar relação instável, ao sabor dos afetos entre uma criança e outros

homens quaisquer, diversos de seu pai, de quem ela viesse a gostar como pai. Ora, eis que isso não parece ser critério condizente no sentido de “proteção especial” do Estado. Geraria, antes, instabilidade sem par no quadro da paternidade. Quanto ao item “b”: a percepção de dano moral não se deve ao afeto, senão à limitação de uma conduta da vítima em razão do ato que de algum modo lhe inibe⁴⁶.

Não obstante, as considerações acerca da diferenciação entre “amor” (comportamento) e “afeto” (sentimento), e entre compromisso (declaração), dever *ex facto* ou por força de lei, os Tribunais Superiores, por vezes, têm considerado o afeto como bem jurídico, inclusive passível de compensação pecuniária em caso de lesão, como se observa no Recurso Especial Nº 1.159.242 – SP⁴⁷, em que o Superior Tribunal de Justiça manteve direito a indenização por abandono afetivo de filha em que o pai foi ausente na criação. Por isso, entende-se seja importante alterar a denominação “princípio da afetividade”, para “princípio da solidariedade familiar”, mais adequada para descrever a fonte dos deveres jurídicos perante o ordenamento. Afinal, os deveres derivam de uma situação objetiva, antes que de um sentimento, subjetivo, ainda que este possa estar presente, ou não, na base factual de onde decorre o dever.

O “princípio da afetividade” tem sido invocado ainda judicialmente para reconhecerem-se novos modelos de família, como ocorreu na polêmica decisão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4227/DF, que estendeu a união estável do art. 1.723 do Código Civil à união romântica de pessoas do mesmo sexo, e equiparou-as às entidades familiares. Da ementa do acórdão, extrai-se que foram invocados princípios como dignidade da pessoa humana, “princípio” da liberdade (que

⁴⁵ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Estatuto epistemológico do direito civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. *O Direito*, Coimbra, ano 143, v. II, p. 43-66, 2011. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/01/Estatuto-epistemol%C3%B3gico-do-Direito-civil-contempor%C3%A2neo-na-tradi%C3%A7%C3%A3o-de-civil-law-em-face-do-neoconstitucionalismo-e-dos-princ%C3%ADpios.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2016.

⁴⁶ Quanto ao dano moral, a dimensão afetiva é apenas um dos meios de percepção de que algo lesivo possa ter acontecido à pessoa. O efeito real do dano, portanto, está para além da dimensão dos sentimentos, e se projeta na deterioração da autoimagem ou de outros elementos que podem inibir o comportamento da pessoa, operando-se lesão, nesse sentido, em sua capacidade de livre ação. Cf. PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. *Direitos da criança e do adolescente em face da TV*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 271.

⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *Resp n. 1.159.242/SP*. Terceira Turma. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 24 de janeiro de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=abandono+afetivo&b=ACOR&p=true&l=10&i=10>>. Acesso em: 06 fev. 2016.

não é princípio, senão direito) e o “direito à busca da felicidade” (que também “não é exatamente um “direito”, senão uma aspiração legítima que pode se realizar mediante garantia de direitos), para fundamentar reconhecimento de uma união estável baseada no afeto⁴⁸. Deve-se atentar ao fato de que nem mesmo para o casamento civil se alega a necessidade de tais princípios, ou conexão de tais elementos. Por quê? Porque, desde a perspectiva objetiva do Direito, a declaração das partes e os fatos impositivos de deveres são suficientes, e não deve o Direito adentrar na dimensão movediça dos sentimentos para alicerçar deveres perduráveis como são os familiares. Não se trata de desprezá-los, mas sim de dar juridicidade a fatos mais relevantes, como declarações públicas de compromisso e os acontecimentos que traduzem, objetivamente, uma dada relação social.

O “princípio da afetividade”, como outros, surgiu em face do que Humberto Ávila denominou de “Estado Principiológico”: a tendência a supervalorizar – e logo depois inventar – princípios em detrimento de regras⁴⁹. Assim, para testar a substantividade do “princípio da afetividade”, convém, primeiro, verificar se há efetiva base textual no ordenamento nacional para reconhecê-lo enquanto princípio jurídico e, uma vez que haja tal possibilidade, quais seriam os limites, também textuais, estabelecidos na Constituição Federal vigente, que é a delimitação de toda e qualquer forma de interpretação, seja conforme, extensiva ou simples caso para a famigerada mutação constitucional.

Adiciona-se ainda que, na aplicação do “princípio da afetividade”, com vistas a evitar os excessos cometidos, dever-se-ia observar os postulados elencados por Humberto Ávila, em especial a razoabilidade e a proporcionalidade⁵⁰.

Assim, nada obsta o estabelecimento de indenização pecuniária por “abandono afetivo” – entendendo que tal expressão traduz o fato jurídico da “falta de dever de

cuidado”, uma vez que “a falta do sentimento” não pode ser “fato jurídico” – , visto que o que se está a coibir é a não observação proposital de dever de comportamento inerente ao poder familiar dos pais em relação aos filhos. Portanto, o objeto específico do dever não é o sentimento ou afeto, senão uma conduta objetiva de cuidado. Ao mesmo tempo, nesse caso, antes de buscar escorar tal dever no “princípio da afetividade”, melhor apoiar-se em elementos indubitáveis do sistema jurídico, figurados como disposições legais específicas, tais como a “prioridade absoluta” da criança e adolescente constante no artigo 227 da Constituição Federal, a “proteção integral” disposto no art. 1 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o “direito fundamental à convivência familiar” do art. 19 do ECA, e os deveres inerentes aos pais de dirigir a criação e educação dos filhos, que estão expostos em regras, constante no artigo 1634, I, do Código Civil de 2002⁵¹.

Acerca do segundo exemplo, já se observa excesso da função do Poder Judiciário, ao ultrapassar um limite textual constitucional constante em norma específica acerca da união estável (artigo 226, § 3º, CF/1988) que afirma, taxativamente, que este instituto ocorreria entre o homem e a mulher. Nesse caso, não há como sustentar sua efetivação no “princípio da afetividade”. Para ter-se reconhecido a união estável entre pessoas do mesmo sexo, sem contrariar a Constituição, seria necessário processo de emenda a Constituição.

“[O] texto constitucional contém rigorosamente o que deveria conter, e o que o Supremo Tribunal Federal fez foi acrescentar ao texto situação não prevista nem pelo constituinte, nem pelo legislador, transformando o Pretório Excelso em autêntico constituinte derivado, ou seja, acrescentando disposição constitucional que o constituinte originário não produziu. Em outras palavras, sem o processo das duas votações nas duas Casas, com 3/5 de todos os segmentos do povo, a Suprema Corte criou norma constitucional inexistente, acrescentando situações e palavras ao texto supremo, que, como acabo de mostrar, jamais foi intenção do constituinte acrescentar. [...] Dizia, com o respeito devido, Santa Catarina de Sena aos Cardeais de sua época quando erravam “Vossa Eminências cometem eminentíssimos erros”. Infelizmente, sou obrigado a dizer aos Ministros da Suprema Corte “Vossa Excelências cometem excelentíssimos erros”⁵².

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Decumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ*. Acórdão. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Carlos Ayres Brito. Brasília, 14 out. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 02 fev. 2016.

⁴⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 43.

⁵⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 164.

⁵¹ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. DOU de 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 05 dez 2015.

⁵² MARTINS, Ives Gandra da Silva. *A família e o homosse-*

Assim, infere-se que, pela melhor técnica jurídica, não é admissível a consideração do princípio da afetividade tal qual tem sido aplicado por parte da doutrina e dos Tribunais Superiores. E, ainda assim, caso se pretendesse invocá-lo, dever-se-ia, além de ajustá-lo, sempre observar os limites textuais da Constituição Federal, as regras vigentes no ordenamento jurídico pátrio, e os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade.

5 Conclusão

A nova hermenêutica constitucional e o neoconstitucionalismo, no período pós-Constituição de 1988, propiciaram o surgimento do Direito Civil-Constitucional, mediante o qual se instituíram princípios e supostos princípios, ocasionando supervalorização deste tipo de norma em detrimento das regras. Isto em parte favoreceu a insegurança jurídica e instabilidade no ordenamento jurídico pátrio, quando deveria permitir melhor justiça concreta. Nessa perspectiva, ascendeu-se a discussão doutrinária sobre o “princípio da afetividade” e sua aplicabilidade. O artigo mostrou, inclusive com base em decisões do STJ, que permanece a confusão acerca de seu entendimento. Além disso, mostrou sua não-necessidade, bem como sua fragilidade doutrinária, não resistindo a um exame mais profundo. A própria defesa dele se deu, e se dá, em uma dimensão de argumentos sentimentais, eles mesmos insuficientes para alçar à ciência e à melhor técnica jurídica. Constituiu-se, assim, de modo mais panfletário do que científico. De toda forma, o que de positivo se reconhece na intenção dos que o defenderam, pode ser albergado sob o “princípio da solidariedade”, perfeitamente identificável no ordenamento, de modo objetivo,

xualismo à luz da Constituição Federal. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Princípios constitucionais relevantes*. Porto Alegre: Lex Magister, 2012. p. 531-538. p. 536. Por sinal, na França, no mesmo ano 2011, todavia quatro meses antes do STF, o Tribunal Constitucional local negou pedido formulado por duas mulheres que pleiteavam lhes reconhecessem o direito de se casarem em face do Código Civil francês, que, então, somente admitia o casamento entre homem e mulher. Diziam que tal limitação era contrária à igualdade prevista na Constituição francesa e na Declaração de 1789, que integra a Norma Fundamental ali. Os ministros disseram que de modo algum isso contrariava a igualdade, pois sendo diversas as situações, poderia o legislador tratar de modo diverso. E disseram ainda que o órgão competente para o que elas desejavam era o Parlamento. E assim, alguns anos depois, o Parlamento francês alterou o texto do Código, sob intenso debate que dividiu o País.

que pode ainda ser restringido para “princípio da solidariedade familiar”.

O “princípio da afetividade”, em sua ideia simples e menos consistente, se traduziria no reconhecimento de que a dimensão afetiva do indivíduo integra a sua dignidade. Como se disse, por vezes os afetos desfeiam e agem contra a dignidade humana. Ou seja, não se traduzem, sequer, como um atributo da dignidade humana. Sendo o afeto um fator interno, instável e passivo, não há porque ser integrante do suporte fático familiar. Seria um despropósito. Por sua vez, os Tribunais Superiores têm ecoado a existência do “princípio da afetividade”, referido em parte da doutrina, como se constasse do ordenamento jurídico pátrio, considerando-o em situações de fixação de indenizações por descumprimento do dever de cuidado. Ora, nesses casos, melhor e mais correto juridicamente é dizer que se trata de “omissão de conduta familiar devida”, sem qualquer necessidade de usar a palavra “afeto” ou “afetividade”, que apenas confunde o objeto imediato sobre o qual incide a norma, que é um comportamento, uma conduta, e não um sentimento. Por isso é impróprio falar em “abandono afetivo”. Melhor falar de “omissão do dever de cuidado”.

Dizia-se que o evento que o Direito pode e deve regular, são condutas devidas. “Conduta” exprime um comportamento voluntário, e vem do verbo “conduzir-se”. Ou seja, a “conduta” não se confunde com “sentimento” ou “afeto”. Por isso, de rigor, dever-se-ia renomear o princípio da “afetividade” como “solidariedade familiar”, calcado nos arts. 227 (solidariedade referente à criança, adolescente e jovem) e 229 (solidariedade entre pais e filhos) da Constituição Federal, bem como em dispositivos do Código Civil que denotam deveres de serviço ínsitos à solidariedade entre cônjuges, no cuidado dos filhos, na preservação do bem de família, etc.

Assim, para avanço que permita o apropriado reconhecimento jurídico do “princípio da afetividade”, além da identificação correta de seu objeto (conduta e não sentimento), de sua renomeação para “princípio de solidariedade” ou “princípio da solidariedade familiar”, de sua adequada referência normativa (dispositivos constitucionais e infraconstitucionais referentes a relações familiares, em especial de filiação-paternidade, antes que o uso cansativo e já pouco elucidativo da “dignidade humana”), deveria sua aplicabilidade ser balizada pelo respeito aos limites do texto constitucional e das regras vigentes no ordenamento, e, no caso concreto, vinculada aos pos-

tulados da razoabilidade e proporcionalidade. Com isso, “o princípio da afetividade”, agora reconfigurado, seria aplicado de forma a alcançar máxima realização sem gerar instabilidade no ordenamento, insegurança jurídica e maior burocratização do Poder Judiciário.

Referências

- ALEX, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALVES, Fabrício Germano; XAVIER, Yanko Marcus de Alencar. Hermenêutica contemporânea dos Direitos Fundamentais. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 14, n. 1, p. 123-144, jan./jun., 2012.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BARROSO, Luis Roberto; BARCELOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 25-65, out. 2003.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.
- BRASIL. *Lei 8.069, de 13 de julho de 1990*. Legislação Federal. DOU de 16 de julho de 1990 retificado em 27 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 05 dez. 2015.
- BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. DOU de 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 05 dez 2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *Resp n. 1.328.380 - MS (2011/0233821-0)*. Terceira Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 21 de outubro de 2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1359215&tipo=0&nreg=201102338210&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20141103&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 28 fev. 2016.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *Resp n. 1.159.242/SP*. Terceira Turma. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 24 de janeiro de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=15890657&sReg=200901937019&sData=20120510&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 06 fev. 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ*. Acórdão. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Carlos Ayres Brito. Brasília, 14 out. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 02 fev. 2016.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento. *AI-AgR n. 70061562815*. Oitava Câmara Cível. Relator: Desembargador Ricardo Moreira Lins Pastl. Porto Alegre, 11 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/157965897/agravo-de-instrumento-ai-70061562815-rs>>. Acesso em: 02 fev. 2016.
- BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. *Apelação n. 2966005*. Acórdão. Primeira Câmara Cível. Relator: Desembargador Josué Antônio Fonseca de Sena. Recife, 04 de junho de 2013. Disponível em: <<http://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/155266333/apelacao-apl-2966005-pe>>. Acesso em: 02 fev. 2016.
- BULOS, Uadi Lamego. Construção constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, v. 36, n. 36, p. 181-206, 1999.
- BUSTAMANTE, Thomas. Princípios, regras e conflitos normativos: um modelo para a justificação das decisões contra legem a partir da teoria jurídica de Robert Alexy. *Pensar: Revista de ciências jurídicas*, Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 603-627, jul./dez. 2010.
- CALDERÓN, Rodrigo Lucas. *Princípio da afetividade no direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.
- CAMPOS, Juliana Cristine Diniz; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. Nova hermenêutica constitucional e (in)segurança jurídica características e crítica da virada lingüística no interpretar da Constituição. *Revista Questio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 782-783, 2015.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ERICKSEN, Lauro. Possibilidades de concretização dos direitos fundamentais através do estudo hermenêutico-constitucional. *Revista Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 34, p. 53-77, ago. 2012.
- FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- FERNANDES, André Gonçalves. Homossexuais: direito ao matrimônio? In: PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo (Org.). *Direito e dignidade da família*. São Paulo: Almedina, 2012. p. 113-137.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 6. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1991.

MARIN, Jeferson Dytz. Hermenêutica constitucional e realização dos direitos fundamentais: o afastamento das arbitrariedades semânticas na atribuição de sentido. *Revista Sequência: estudos jurídicos e políticos*, Florianópolis, v. 33, n. 65, p. 103-123, dez. 2012.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. A família e o homossexualismo à luz da Constituição Federal. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Princípios constitucionais relevantes*. Porto Alegre: Lex Magister, 2012. p. 531-538.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Famílias recompostas: em busca de seu pleno reconhecimento jurídico. In: MENEZES, Joyceanne Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.). *Direito das famílias por juristas brasileiras*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 319-336.

MORAES, George Rezende. Jurisdição constitucional e racionalidade jurídica no contexto do neoconstitucionalismo pós-positivista. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 10, n. 2, p. 16-27, dez. 2014.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. *Direitos da criança e do adolescente em face da TV*. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. Mudança conceitual das políticas públicas preventivas em face da vulnerabilidade sexual de crianças e adolescentes. In: LOPES, Ana Maria D'Ávila; ANDRADE, Denise Almeida de; SALES, Andreia da Silva Costa Castelo Branco (Org.). *Exploração sexual de mulheres e crianças no turismo sexual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito, 2015. p. 259-306.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Nova revolução na constituição de famílias*. 2013. Disponível em: <[http://cahali.adv.br/noticias/NOVA REVOLUÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE FAMÍLIAS - Rodrigo da Cunha Pereira.pdf](http://cahali.adv.br/noticias/NOVA%20REVOLUÇ%C3%83O%20NA%20CONSTITUIÇ%C3%83O%20DE%20FAM%C3%8DILIAS%20-%20Rodrigo%20da%20Cunha%20Pereira.pdf)>. Acesso em: 25 nov. 2015

PIEPER, Joseph. *Virtudes fundamentais*. Lisboa: Aster, 1960.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. *O Direito*, Coimbra, ano 143, v. II, p. 43-66, 2011. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/01/Estatuto-epistemol%C3%B3gico-do-Direito-civil-contempor%C3%A2neo-na-tradi%C3%A7%C3%A3o-de-civil-law-em-face-do-neoconstitucionalismo-e-dos-princ%C3%ADpios.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2016.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 09-49.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Estatuto da família retoma proposições desastrosas*. 2013. Disponível em: <<http://www.reginabeatriz.com.br/academico/artigos/artigo.asp?id=380>>. Acesso em: 25 nov. 2015.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. Da interpretação de textos à concretização de direitos: a incindibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica (ontologische differentz) entre texto e norma. In: COPETTI, André; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 137-180.

STRECK, Lênio Luiz. Os limites semânticos e sua importância na e para a democracia. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 41, n. 135, p. 173-187, set. 2014.

STRECK, Lênio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, São Leopoldo, v. 1, n. 2, p. 75-83, jul./dez. 2009.

STRECK, Lênio Luiz. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 7, p. 345-346, dez. 2013.