

**CRISTIANO
CHAVES
DE FARIAS**

**CONRADO
PAULINO
DA ROSA**

TEORIA GERAL DO AFETO

4ª edição
Revista, atualizada
e ampliada

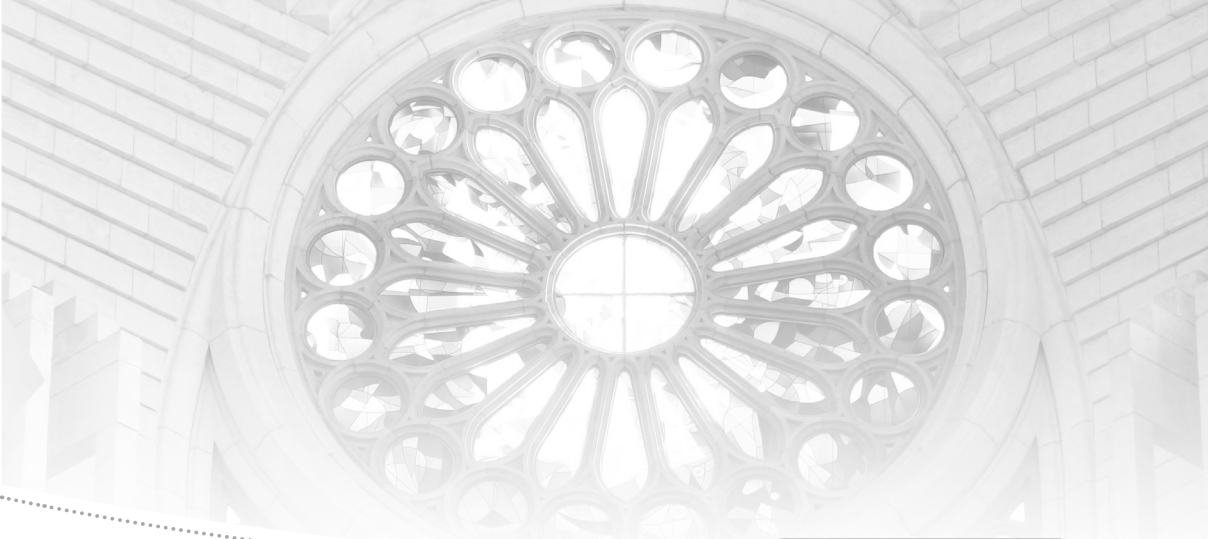
2023



EDITORIA
Jus **PODIVM**

www.editorajuspodivm.com.br





CAPÍTULO 1

A construção de uma teoria geral do afeto como elemento do Direito das Famílias

Sumário: 1.1 O afeto nas relações humanas e nas relações jurídicas: um signo com diferentes significados; 1.2. Afeto, afetividade e amor nas relações jurídicas como centro gravitacional do Direito das Famílias; 1.3. As normas jurídicas e as relações familiaristas: as regras e os princípios do Direito das Famílias; 1.4 A utilização da afetividade como *obter dictum* e a inexistência de reconhecimento de sua natureza principiológica pelos tribunais superiores; 1.5 Por uma teoria geral do afeto: a afetividade como um postulado (ou princípio geral) e não como um princípio fundamental do Direito das Famílias e as vantagens de um correto enquadramento;

1.6 O conteúdo jurídico mínimo (núcleo duro) do postulado da afetividade: um elemento para a promoção da ética da alteridade nas relações familiares; 1.7 Exemplos de correta aplicação do afeto como valor jurídico estruturante (postulado) das relações familiares pelas Cortes Superiores; 1.8 A aplicação da proposta de Ronald Dworkin para o julgamento de *hard cases* e de *easy cases* nos litígios familiaristas à luz do postulado da afetividade; 1.9 A aplicação das normas-regras e a excepcional possibilidade de derrotabilidade (superabilidade ou *defeseability*) nos *extreme cases* (casos extremos).

“Eu tenho o gesto exato, sei como devo andar; Aprendi nos filmes pra um dia usar; Um certo ar cruel de quem sabe o que quer Tenho tudo planejado pra te impressionar (...) Ainda encontro a fórmula do amor, Ainda encontro a fórmula do amor”.

(Kid Abelha, *Fórmula do amor*, de Léo Jaime e Leoni)¹

1. Gravada originalmente pela banda Kid Abelha em 1985, no álbum *Educação Sentimental*, a música *Fórmula do amor* foi composta por Léo Jaime e Leoni e se mantém, até hoje, como

1.1. O AFETO NAS RELAÇÕES HUMANAS E NAS RELAÇÕES JURÍDICAS: UM SIGNO COM DIFERENTES SIGNIFICADOS

Dúvida inexistente de que a ciência jurídica se baseia na linguagem,² escrita e falada. Não é exagero afirmar que o Direito é linguagem.

Há, efetivamente, uma fina sintonia entre a linguagem e o Direito, com o necessário propósito de nortear a interpretação (compreensão do sentido e alcance) das normas e valores jurídicos. Nesse contexto, a ciência jurídica há de ser vista como “um componente de uma situação comunicativa entendida como um sistema interativo, pois decidir é ato de comportamento referido a outrem”.³

Ninguém melhor do que o saudoso jurista da Boa-Terra José Joaquim Calmon de Passos, com a sua particular eloquência, demonstrou a incidência desse fenômeno: “o Direito, mais que qualquer outro saber, é servo da linguagem. Como Direito posto é linguagem, sendo em nossos dias de evidência palmar constituir-se de quanto editado e comunicado, mediante a linguagem escrita, por quem com poderes para tanto. Também linguagem é o Direito aplicado ao caso concreto, sob a forma de decisão judicial ou administrativa. *Dissociar o Direito da Linguagem será privá-lo de sua própria existência, porque, ontologicamente, ele é linguagem e somente linguagem*”.⁴

um sucesso de público. Recentemente, o site do jornal *O Liberal* noticiou que, segundo informações do Escritório Central de Arrecadação de Direitos Autorais – ECAD, a música é a mais tocada do compositor Léo Jaime, que já possui mais de 30 anos de carreira (Disponível em: <https://www.oliberal.com/cultura/musica/leo-jaime-completa-60-anos-confira-alguns-classicos-do-cantor-1.260703>).

2. Não apenas o Direito, mas “todo e qualquer fato cultural, toda e qualquer atividade ou prática social” suscetível de exteriorização através da linguagem integra o amplo espectro de estudos da Semiótica. Assim, é possível defini-la, invocando as palavras de Lúcia Santaella, como a ciência cujo objeto é a análise de “todas as linguagens possíveis, ou seja, que tem por objetivo o exame dos modos de constituição de todo e qualquer fenômeno como fenômeno de produção de significação e sentido”, SANTAELLA, Lúcia. *O que é Semiótica*, op. cit., p. 2.
3. DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, op. cit., p. 172.
4. CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Instrumentalidade do processo e devido processo legal*, op. cit., p. 63-64.

A linguagem é, assim, o instrumento de trabalho do jurista cabendo-lhe a rica e dinâmica missão de alcançar o sentido propício a cada situação. Uma atividade a exigir um comprometimento com o seu tempo e lugar. Afinal de contas, como vaticinava Miguel Reale, “as palavras guardam o segredo do seu significado”.⁵

E, nessa ordem de compreensão, apresentam-se com uma particular importância os signos linguísticos, por revelarem significados e significantes de algo ou do lugar de algo. Aliás, não se pode negar que, em análise sistêmica, a própria língua é um sistema de signos, afinal de contas qualquer palavra que possua um sentido será considerada um *signo linguístico*. Em sendo assim, um signo é provido da relevante característica da *mediatidade*, uma vez que “aponta para algo distinto de si mesmo”, conforme a observação perspicaz de Tércio Sampaio Ferraz Júnior.⁶

Verificada uma inescandível riqueza da língua portuguesa, nota-se que os *signos linguísticos* ganham plúrimos *significados* e *significantes*. É frequente encontrar uma mesma palavra com diferentes significados, cambiando a depender do contexto em que está inserida. No campo das relações jurídicas esse fenômeno se torna ainda mais corriqueiro, sendo comum encontrar *signos* com *múltiplos significados*, a depender da situação subjacente.

Um bom exemplo é a palavra *guarda*. É possível fazer alusão à guarda de filhos após a dissolução do casamento ou da união estável, que será preferencialmente compartilhada, podendo ser, em casos específicos, unilateral (CC, arts. 1.583 e 1.584). Lado outro, também se pode usar a expressão *guarda* como uma das formas de colocação em família substituída, previstas na normatividade de regência (ECA, art. 33). Já no campo das relações negociais é muito comum, inclusive doutrinariamente,⁷

5. REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*, op. cit., p. 36. Indo mais longe, chega a ser enfático ao assegurar ser da “gramática – tomada esta palavra no seu sentido mais amplo – o primeiro caminho que o intérprete deve percorrer”, op. cit., p. 279.

6. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, op. cit., p. 212.

7. Alguns autores chegam a afirmar que “há depósito oneroso naqueles contratos de guarda em cofres prestados por instituições bancárias”, TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*, op. cit., p. 462.

utilizar o vocábulo *guarda* como conteúdo do contrato de depósito, malgrado sejam figuras jurídicas diferenciadas, possuindo confins divisórios bem delimitados, não se confundindo,⁸ uma vez que, no depósito, o depositário deve ser informado (dever de informação decorrente da boa-fé objetiva) sobre todas as características do bem a ser custodiado, na guarda quem custodia desconhece o conteúdo do que lhe foi confiado.⁹ Mais recentemente, a palavra *guarda* vem ganhando mais um significado: a custódia de animais domésticos.¹⁰⁻¹¹

É fácil, portanto, perceber que a nossa riqueza linguística conduz, por mãos seguras, à conclusão de que cada *signo* precisa ter muito bem delimitado o(s) seu(s) *significado(s)*, sob pena de incorrer na sábia

-
8. Com esse pensar, veja-se, para verticalização sobre o tema, FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, *Curso de Direito Civil: Contratos*, op. cit., p. 742.
 9. É didática a explicação de Fábio Ulhoa Coelho: “quando o banco aluga o cofre para o cliente guardar joias, documentos, dinheiro estrangeiro ou qualquer outro valor, o contrato não é de depósito porque não se exige transparência do locatário. O banco desconhece o que se guarda no seu cofre de aluguel e o cliente não tem o dever de informá-lo a respeito”, COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 385.
 10. O Tribunal de Justiça bandeirante chegou mesmo a reconhecer a competência da vara de família para processar e julgar os conflitos acerca de guarda de animais domésticos adquiridos na constância de uma relação de casamento ou união estável. Vale a pena conferir: “Conflito negativo de competência. Ação de guarda de animal doméstico adquirido na constância de relacionamento amoroso. Competência para julgar a demanda do juízo em que se discute o reconhecimento e dissolução de união estável. Conflito julgado procedente. Competência do Juízo da 3ª Vara da Família e Sucessões do Foro Regional do Jabaquara da Comarca da Capital.” (TJ/SP, Ac. CC 0026423-07.2017.8.26.0000, rel. Des. Issa Ahmed, j. 4.12.17).
 11. A nós, todavia, parece indevida a utilização do vocábulo *guarda* para definir a custódia de animais de estimação, após a dissolução da conjugalidade ou da convivência, por se tratar de expressão utilizada para definição de regime de convivência de *pessoas humanas*. Nesse sentido, inclusive, há precedente da jurisprudência superior realçando essa impossibilidade, mas reconhecendo, assim como nós, a possibilidade de deliberação sobre a matéria, de modo a conciliar os interesses dos coproprietários dos animais domésticos: “(...) 4. Por sua vez, a guarda propriamente dita – inerente ao poder familiar-instituto, por essência, de direito de família, não pode ser simples e fielmente subvertida para definir o direito dos consortes, por meio do enquadramento de seus animais de estimação, notadamente porque é um munus exercido no interesse tanto dos pais quanto do filho. Não se trata de uma faculdade, e sim de um direito, em que se impõe aos pais a observância dos deveres inerentes ao poder familiar. 5. A ordem jurídica não pode, simplesmente, desprezar o relevo da relação do homem com seu animal de estimação, sobretudo nos tempos atuais. Deve-se ter como norte o fato, cultural e da pós-modernidade, de que há uma disputa dentro da entidade familiar em que prepondera o afeto de ambos os cônjuges pelo animal. Portanto, a solução deve perpassar pela preservação e garantia dos direitos à pessoa humana, mais precisamente, o âmago de sua dignidade”. (STJ, Ac. 4ª T., REsp 1.713.167/SP, rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 19.6.18, DJe 9.10.18).

advertência oriunda do ditado popular de que *texto sem contexto é pre-texto*.

Toda essa preleção serve, perfeitamente, para chamar a atenção para o uso descuidado (e, talvez, até um pouco romantizado) dos signos *afeto* e *amor* como se expressões sinônimas fossem. Em verdade, são *signos* diversos, com *significados* distintos.

Não há, efetivamente, um consenso sobre o significado do vocábulo *afeto*. Ao revés, a sua perspectiva plurívoca vem, até mesmo, dos léxicos:

1 Sentimento de afeição ou inclinação de afeição por alguém; amizade, paixão, simpatia: “Aquele carta a revoltava muito; não [...] pelo afeto que teria ao estudante, mas pelo ressentimento de seu amor-próprio ofendido”. 2 Ligação carinhosa em relação a alguém ou a algo; querença. 3 Na Psicologia, expressão de sentimento ou emoção como, por exemplo, amizade, amor, ódio, paixão etc.: “O mundo lhe parecia vazio de afeto e de amor”.¹²

Mas não é só.

O vocábulo *afeto* também é utilizado como sinônimo de proximidade ou dedicação a uma certa atividade. É o que ocorre quando se afirma, por exemplo, que um determinado tema é *afeto* às competências de um determinado magistrado.

Essa perspectiva semântica aberta e plural talvez se explique por conta de suas origens etimológicas, uma vez que a expressão se origina do substantivo latino *affectus*, dizendo respeito a um estado psicológico, mas não necessariamente ligado a um sentimento positivo, bom, virtuoso. Nessa esteira, segundo David Zimmerman, psiquiatra e psicanalista, sob o prisma etimológico, a palavra afeto deriva do latim *affectus* (particípio passado do verbo *afficere*) e se refere a um *estado físico ou moral*, uma *disposição de espírito*, um *sentimento* que afeta o psiquismo

12. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/busca?id=Ywvd>.

do sujeito, no sentido de “afeições” (como amizade, amor, ternura, afeiçoamento).¹³

Igualmente abrangente, embora direta, como lhe é peculiar, é a proposição de Spinoza para o afeto: “*por afeto compreendo as afecções do corpo, pelas quais sua potência de agir é aumentada ou diminuída*”.¹⁴ Claramente, sob o viés da Filosofia, o afeto também é uma concepção aberta que permite potencializar a capacidade de existir.

Ora, considerando que, nos mais diferentes prismas e searas do conhecimento, há uma convergência de compreensão do afeto para os domínios psicológicos, convém, então penetrar no campo psicológico humano para tentar alcançar uma referência segura. As origens mais remotas dos estudos da mente humana, entretanto, não aludiam ao afeto. Narra Marcus André Vieira que “o nome *afeto* só aparece na língua francesa a partir da difusão da psicanálise. Este termo pode ser considerado, então, como um efeito da língua de Freud sobre a língua francesa, o que nos permite, por sua vez, pensá-lo nos termos de uma tradução, de uma retomada lacaniana do *Affekt* freudiano”.¹⁵

Seguindo as pegadas da compreensão do conteúdo da expressão *afeto* (com origens, para a Psicologia, na expressão germânica *Affekt-zustand*) há de se advertir, todavia, para não ser confundido com as expressões *Empfindung* (que terminou por ser traduzida como *sensação* ou *emoção*) e *Gefühl* (cuja transliteração conduz a *sentimento*). Isto é, com convicção, é preciso advertir que, em perspectiva científica, não há que se utilizar *afeto* como sinônimo de *sensação* ou de *sentimento*.

A literatura especializada elucida a distinção terminológica, à luz das proposições do francês Jacques Lacan: “a emoção, como agitação corporal, situa-se no registro da energia vital... Ela marca a agitação do corpo articulada e incluída no significante”, por isso é de se notar que o

13. ZIMERMAN, David E. *Etimologia de termos psicanalíticos*, op. cit., p. 49.

14. SPINOZA, *Ética*, op. cit., Def. 3.

15. VIEIRA, Marcus André. *A ética da paixão: uma teoria psicanalítica do afeto*, op. cit., p. 231. E acrescenta o professor fluminense: “toda tradução, entretanto, só se sustenta por um nome próprio, razão pela qual consideramos que Lacan recria esse termo ao retomá-lo de Freud”.

afeto “a inclui e a transcende ao mesmo tempo. Isso é uma simplificação, mas nos dá uma ideia de um plano no qual estão em jogo determinadas relações a partir das quais se pode conceber a emoção como uma forma do movimento do afeto”. Também não se confundem *afeto* e *sentimento*. “O sentimento se relaciona com o jogo de oposições significantes e com as nomeações que a fala permite. Ele é o vivido das palavras de um discurso, na medida em que ele é experimentado e assimilado como pessoal e íntimo. Seu nome já diz, ele é da família da sensação e da sensibilidade, do senso, do sentido e, como tal, ele é sentido subjetivado. Seu valor só se instaura a partir do jogo significativo pelo qual ele é constituído. O afeto, por outro lado, *faz sentido*, subjetiva o gozo e, por esta razão, por ser enganador, articula-se fundamentalmente com a verdade”¹⁶⁻¹⁷

Dissociado, a toda evidência, da *emoção* e do *sentimento*, em termos conceituais, o afeto, apesar disso, mantém íntima relação com a paixão que a linguagem impõe ao ser. Revela-se como uma “âncora do sentido”, conduzindo a um “dualismo de essências. Ele faz crer no corpo como substância autônoma, assim como na oposição deste corpo à alma. Faz crer que o significativo seria oposto ao corpo”, como bem explica Marcus André Vieira, em obra dedicada à busca de uma ética do afeto.¹⁸

Certamente, *o amor é uma das manifestações afetivas* possíveis. Trata-se, porém, de situação de contornos muito amplos, com uma cartografia que pode conduzir, inclusive, a expressões bem distintas e, até, paradoxais.

Isso porque a expressão *amor* é de difícil (quase impossível) apreensão científica, mas, seguramente, parte da premissa de uma *voluntariedade ambígua, não controlável, nem explicável*.

16. VIEIRA, Marcus André. *A ética da paixão: uma teoria psicanalítica do afeto*, op. cit., p. 232-233. E dispara em uma metáfora digna de reflexões mais amiúdes: “se o afeto engana, o sentimento, mente”.

17. Com idêntica compreensão, Izabel Galvão propõe, “as emoções, assim como os sentimentos e os desejos, são manifestações da vida afetiva. Na linguagem comum costuma-se substituir emoção por afetividade, tratando os termos como sinônimos. Todavia não o são. A afetividade é um conceito mais abrangente no qual se inserem várias manifestações”, GALVÃO, Izabel. *Henri Wallon: uma concepção dialética do desenvolvimento infantil*, op. cit., p. 61.

18. VIEIRA, Marcus André. *A ética da paixão: uma teoria psicanalítica do afeto*, op. cit., p. 235.

Sobre a *espontaneidade do amor*, o saudoso pensador polonês, radicado na Grã-Bretanha, Zygmunt Bauman percebe que, mesmo em tempos *líquidos*, o gesto amoroso decorre de uma vontade livre: “o eu que ama se expande doando-se ao objeto amado. Amar diz respeito a autossobrevivência através da alteridade. E assim o amor significa um estímulo a proteger, alimentar, abrigar; e, também, à carícia, ao afago e ao mimo. Amar significar estar a serviço, colocar-se à disposição”.¹⁹ Em linguagem *mezzo* poética, *mezzo* musical, com inspiração clara no Soneto 11 de Luís de Camões e em passagens bíblicas, Renato Russo explicita essa voluntariedade: “*é um estar-se preso por vontade*”.

Por outro lado, não se pode perder de vista que esse amor, decorrente de uma doação tão intensa, quase irracional, é encontrado em meio ao influxo de outros sentimentos, não tão nobres assim. Assim, a (muitas vezes, estranha) ambiguidade que deflui do amor impede qualquer esforço científico para alcançar uma definição ou um controle de seu conteúdo básico. Enfim, certamente, não é um valor sindicável.

Esse paradoxo é de tal magnitude que o próprio Bauman chega mesmo a estabelecer uma metáfora aproximativa entre o *amor* e a *morte*: “não se pode aprender a amar, tal como não se pode aprender a morrer. E não se pode aprender a arte ilusória – inexistente, embora ardentemente desejada – de evitar as suas garras e ficar fora de seu caminho. Chegado o momento, o amor e a morte atacarão – mas não se tem a mínima ideia de quando isso acontecerá. Quando acontecer, vai pegar você desprevenido”.²⁰

19. BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*, op. cit., p. 24.

20. O psiquiatra e psicanalista David Zimerman levanta a hipótese de que o vocábulo *amor* possa ter origem na composição do prefixo *a (sem)* + *mors*, com o genitivo *mortis* (significa *morte*; daí se derivam palavras como *mortalidade*, *câmara mortuária*, *moribundo*, *morgue*). Assim, na prática psicanalítica a qualidade do amor sempre está ligada a algum tipo de arranjo entre as pulsões de vida (amorosas) e as pulsões de morte (agressivo-destrutivas), de modo que costumam resultar as diversas formas de o sujeito amar e ser amado. Dessa forma, na situação analítica não basta o(a) paciente dizer que “ama o(a) fulano(a)”; é necessário que o terapeuta discrimine, junto com o paciente, se o que ele considera amor é de natureza sadia ou patológica (por exemplo, o amor sádico-masoquista ou o amor platônico) (ZIMERMAN, David E. *Etimologia de termos psicanalíticos*, op. cit., p. 58).

Anthony Giddens, um dos mais festejados sociólogos de nossos tempos, também alude aos paradoxos presentes no amor. Constata que “números exemplos de poesias de amor sobrevivem entre as relíquias do Antigo Egito, alguns remontando a antes de 1.000 a.C. O amor é ali retratado como um *esmagamento do eu*²¹, e, portanto, *é semelhante a uma espécie de doença*, embora também possua poderes ocultos”.²²

Importante também afastarmos amor e paixão enquanto sinônimos. Afinal, um estado psíquico de *paixão*, embora num grande número de vezes ela tenha um limitado prazo de validade, pode ser considerado sadio, na medida em que, no início do enamoramento ardente, pode ser prelúdio de um amor sadio que, com o tempo, possa ir se estabilizando e se transformando.²³

Retomando ao amor, na música popular brasileira, Caetano Veloso também percebeu suas contradições, de sentimentos opostos diametralmente, em um trecho de *Queixa*: “*um amor assim delicado, você pega e despreza; não devia ter despertado, ajoelha e não reza; dessa coisa que mete medo, pela sua grandeza; não sou o único culpado, disso eu tenho a certeza; Princesa, surpresa, você me arrasou; Serpente, nem sente que me envenenou; Senhora, e agora me diga aonde eu vou; Senhora, serpente, princesa; um amor assim violento, quando torna-se mágoa; é o avesso de um sentimento, oceano sem água; ondas, desejos de vingança, nessa desnatureza, batem forte sem esperança contra a tua dureza; Princesa, surpresa, você me arrasou; Serpente, nem sente que me envenenou; Senhora, e agora me diga aonde eu vou; Senhora, serpente, princesa; um amor assim delicado, nenhum homem daria, talvez tenha sido pecado apostar na alegria; Você*

21. Na linguagem poética de Fernando Pessoa: “O amor quer possuir, quer tornar seu o que tem de ficar fora para ele saber que só torna seu se não é. Amar é entregar-se. Quanto maior a entrega, maior o amor.” (CASTRO. Mariana Gray de. (Org.). *Amo como o amor ama*. Escritos de amor de Fernando Pessoa, op. cit., p. 121).

22. GIDDENS, Anthony. *A transformação da intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas*, op. cit., p. 47. E apresenta um contundente exemplo: “*a sua visão me faz bem! / Quando ela abre os olhos, me corpo rejuvenesce/ Quando ela fala, eu me sinto forte/ Abraça-la expulsa meus males/ Há sete dias ela me deixou*”.

23. ZIMERMAN, David E. *Etimologia de termos psicanalíticos*, op. cit., p. 197.

pensa que eu tenho tudo e vazio me deixa, mas Deus não quer que eu fique mudo e eu te grito esta queixa”.

Ainda explorando os ícones da literatura, uma outra interessante passagem, agora portenha, também põe em evidência as contradições despertadas pelo amor, ressaltando a sua variabilidade no tempo e no espaço. Em *O Aleph*, o escritor argentino Jorge Luís Borges aborda situações paradoxais relativas à humanidade, produzindo no leitor uma profusão incontrolável de ideias e reflexões, evidenciando a abertura de certos temas. *El Aleph*, na língua de Cervantes, seria uma espécie de centro de gravidade do pensamento, um lugar imaginário, para onde tudo (o grande universo e suas muitas coisas) converge ao mesmo tempo, em um só ponto, fluindo e confluindo. Com a fina sensibilidade que lhe caracteriza, Borges demonstra o paradoxo do amor:

Chego, agora, ao inefável centro de meu relato; começa aqui meu desespero de escritor. Toda linguagem é um alfabeto de símbolos cujo exercício pressupõe um passado que os interlocutores compartilham; como transmitir aos outros o infinito Aleph, que minha temerosa memória mal e mal abarca? Os místicos, em análogo transe, são pródigos em emblemas: para significar a divindade, um persa fala de um pássaro que, de algum modo, é todos os pássaros; Alanus de Insulis, de uma esfera cujo centro está em todas as partes e a circunferência em nenhuma; Ezequiel, de um anjo de quatro faces que, ao mesmo tempo, se dirige ao Oriente e ao Ocidente, ao Norte e ao Sul. (Não em vão rememoro essas inconcebíveis analogias; alguma relação têm com o Aleph.) É possível que os deuses não me negassem o achado de uma imagem equivalente, mas este relato ficaria contaminado de literatura, de falsidade. Mesmo porque o problema central é insolúvel: a enumeração, sequer parcial, de um conjunto infinito. Nesse instante gigantesco, vi milhões de atos prazerosos ou atroz; nenhum me assombrou tanto como o fato de que todos ocupassem o mesmo ponto, sem superposição e sem transparência. O que viram meus olhos foi simultâneo; o que transcreverei, sucessivo, pois a linguagem o é.

Algo, entretanto, registrarei.

(...) vi a engrenagem do amor e a modificação da morte, vi o Aleph, de todos os pontos, vi no Aleph a terra, e na terra outra vez o Aleph, e no Aleph a terra, vi meu rosto e minhas vísceras, vi teu rosto e senti vertigem e chorei, porque meus olhos haviam visto esse objeto secreto e conjectura) cujo nome usurpam os homens, mas que nenhum homem olhou: o inconcebível universo.

*Senti infinita veneração, infinita lástima.*²⁴

O alto grau de subjetivismo deixa clara a impossibilidade de se apropriar de um conceito pronto e acabado do amor. Daí a lapidar frase da música dos Titãs: “*não existe o amor, apenas provas de amor*”.²⁵

Pois bem, caminhando, agora, pelos domínios da Psicanálise parece também não ser possível apresentar uma concepção objetiva do amor. O professor Marcus André Vieira é enfático e didático: “o amor tanto é filho da ambiguidade quanto da sua metaforização, sua simbolização encarnada na possibilidade de inversão assimétrica”. Por isso, em se tratando de um ponto de convergência de tantos paradoxos e contradições (como nas infinitas composições do *Aleph*), não racionalizáveis e não controláveis, sentencia, a partir da proposição de La Rochefoucauld, com um toque de humor, que “*o verdadeiro amor é como as aparições de espíritos, todo mundo comenta, mas ninguém viu*”.²⁶

Apesar disso, e de sua liquidez contemporânea, o amor continua sendo um objeto de desejo e, é claro, de idealizações pelos humanos.

Aliás, com o mundo das redes sociais – sejam elas voltadas exclusivamente para a busca de relacionamentos ou não – é fato que, hoje em dia, as relações afetivas se iniciam com o auxílio da tecnologia digital, através de *match's* com o *crush*, já não necessariamente por meio de troca de olhares. Vale a pena, inclusive, atentar para as propostas de definição dos referidos termos, na visão poética do jovem brasileiro João Doe-derlein:

24. BORGES, Jorge Luis. *O Aleph*, op. cit., p. 28.

25. *Provas de amor* foi composta por Paulo Miklos e lançada em 2004.

26. VIEIRA, Marcus André. *A ética da paixão: uma teoria psicanalítica do afeto*, op. cit., p. 185-186.

Crush (s.m. e s.f.).

Amor platônico moderno. Quem eu vi num ônibus lendo o meu livro preferido. Interesse imediato. Intensidade de um ato. Finge que não me vê, finjo que não te vejo. É olhar suas fotos antigas e cuidar para não dar like. Nome que se dá para “ois” difíceis de se falar. Onomatopeia para quando algo quebra. Som que faz meu peito ao te ver com ele²⁷.

Match. (s.m.).

É ter interesse mútuo (ou ao menos fingir ter). É um vício para muita gente. Falsa sensação de ser amado. É quando um celular me aproxima mais de alguém do que eu mesmo. É se resumir a uma idade, uma descrição e algumas fotos com filtro e edição. É combinar de sair. É abrir um chat no qual nenhum dos dois dá o primeiro “oi”. Mas atire a primeira pedra aquele que nunca tentou. Na vida real é feito olho no olho.

Foi quando ela disse “sim, eu aceito”²⁸.

A verdade é que, em um mundo conectado virtualmente, existe uma linguagem não verbal a ser interpretada. No *feed* das publicações de um indivíduo consegue-se, sem muito esforço, saber se alguém está solteiro ou em um relacionamento sério, sem que nenhuma palavra nesse sentido seja escrita.

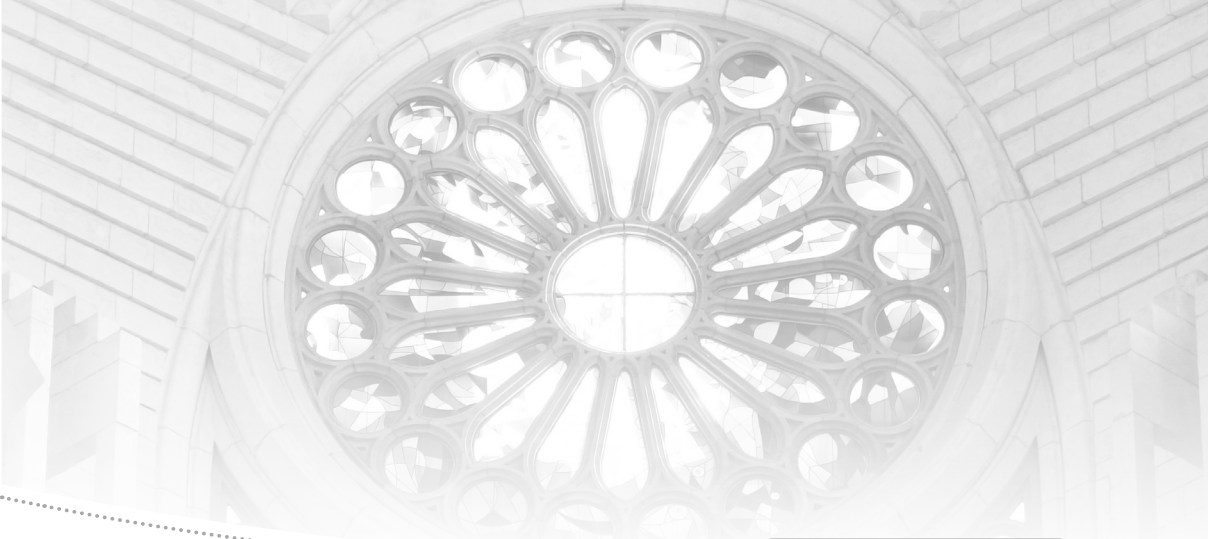
Uma vez iniciada a conexão virtual, cada nova postagem vira oportunidade de que um novo assunto seja pauta de conversas via outro aplicativo. Se a questão ortográfica não cometer nenhuma falha, certamente, o próximo passo será o encontro pessoal. Seria o corretor automático dos celulares o Santo Antônio das novas gerações?

A partir dos encontros presenciais, em uma velocidade muitas vezes inexplicável acontecerá, literalmente, o que o poeta gaúcho Mário Quintana dizia: “amar é mudar a alma de casa”.²⁹ Na sociedade contemporânea,

27. DOEDERLEIN, João. *O livro dos resignificados*, op. cit., p. 188.

28. DOEDERLEIN, João. *O livro dos resignificados*, op. cit., p. 196.

29. TREVISAN, Armindo. *Mário Quintana*, op. cit.



CAPÍTULO 3

O afeto como estrutura normativa aplicativa nas relações familiares existenciais

Sumário: 3.1 O cabimento de adoção pós-tuma à luz do postulado da afetividade; 3.2 A possibilidade de acréscimo de sobrenome de padrasto/ madrastra à luz do postulado da afetividade; 3.3 A convivência entre pais e filhos à luz do postulado da afetividade; 3.4 O abandono digital: a responsabilidade dos pais em versão 4.0 à luz do postulado da afetividade; 3.5 A compreensão do des(afeto)

no contexto das dissoluções de casamentos e de uniões estáveis; 3.5.1 Um olhar interdisciplinar sobre os relacionamentos na contemporaneidade; 3.5.2 O divórcio concedido liminarmente (em provimento jurisdicional inicial) como interpretação da norma à luz do postulado da afetividade; 3.5.3 As ações indenizatórias decorrentes do final do relacionamento afetivo.

"Nothing you can make that can't be made; No one you can save that can't be saved; Nothing you can do but you can learn how to be you in time; It's easy; All you need is love.

All you need is love; All you need is love, love; Love is all you need."

(The Beatles, *All you need is love*, de John Lennon e Paul McCartney)¹

1. "Em 1967, o canal londrino BBC convidou os Beatles para o primeiro evento transmitido mundialmente via satélite, ao vivo, simultaneamente para 26 países: o programa *Our World*. O trabalho envolveu redes de televisão das Américas, Europa, Escandinávia, África, Austrália e Japão. Os Beatles foram transmitidos ao vivo, diretamente do *Abbey Road Studios*, em 25 de

PREÂMBULO AO CAPÍTULO 3

Após a apresentação da *teoria geral do afeto*, inclusive com o enquadramento de sua correta posição topológica como *postulado normativa aplicativo* das normas (regras e princípios) do Direito das Famílias, é produtor de apresentar casos concretos referentes às relações familiares existenciais, para fins de compreensão prática dos argumentos teóricos estabelecidos.

Todas as hipóteses problematizadas serão interpretadas à luz das normas respectivas, com a estrutura da afetividade como pedra de toque hermenêutica e ilustradas com decisões das Cortes Superiores.

3.1. O CABIMENTO DE ADOÇÃO PÓSTUMA À LUZ DO POSTULADO DA AFETIVIDADE

Colocando pá de cal a um histórico de preconceitos, a Constituição da República (CF, art. 227, §6º), consagrou a *isonomia entre os filhos*, vedando, peremptoriamente, qualquer tratamento diferenciado ou designação discriminatória entre os filhos. Dessa maneira, o filho adotivo goza do mesmo *status*, direitos (existenciais e patrimoniais) e condições dos filhos biológicos.

Na sintonia fina da proteção avançada da pessoa humana e da solidariedade social, a filiação ganhou *instrumentalização*, servindo para os

junho de 1967. Esta canção foi gravada durante a apresentação. A letra traz uma mensagem de paz para os tempos da Guerra do Vietnã. Os *Beatles* convidaram vários amigos para participar do evento, cantando o coro da canção, dentre eles Mick Jagger, Eric Clapton, Marianne Faithfull, Keith Moon e Graham Nash. O programa foi visto por cerca de 350 milhões de pessoas e foi responsável por eternizar ainda mais o seu nome na História da Humanidade. A gravação desta apresentação pode ser encontrada no álbum *Magical Mystery Tour*.¹ (Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/All_You_Need_Is_Love). Bem mais recentemente, foi publicado um livro voltado para o público infantojuvenil, com ilustrações feitas para a música (ROSENTHAL, Marc. *Ally ou need is love*. London: Simon & Schuster Children's, 2019). Ainda sobre a banda inglesa, vale a referência ao *The Beatles Story*, um icônico museu em Liverpool, na histórica *Royal Albert Dock*, sobre a história dos *Beatles*, com réplicas do *The Cavern Club*, o local onde o grupo iniciou as suas apresentações, e da famosa faixa de pedestres da *Abbey Road Studios*, além de outros itens históricos dos *Beatles*, como os óculos de John Lennon e a primeira guitarra de George Harrison.

núcleos familiares como fator de consagração da ética familiar. Efetivamente, passou a ser um momento de realização humana, de plenitude existencial, seja qual for a sua origem. A filiação, enfim, passou a merecer um tratamento unitário, malgrado possa decorrer de diferentes origens.

E a adoção é um dos variados mecanismos de determinação filiatória, baseada no *afeto* e na *dignidade*, inserindo o adotando em um novo núcleo familiar. Advirta-se, todavia, que o filho adotivo “não é um filho de segunda categoria e não pode sofrer discriminação em relação aos demais filhos. Com o Texto Magno, o adotado passou a ser *sujeito de direitos*, de todos os direitos reconhecidos ao filho biológico. A relação jurídica filiatória determinada pela adoção tem as mesmas qualificações e direitos reconhecidos aos filhos decorrentes do elo biológico”.²

Nos dias atuais, diferentemente da caridade que se pensava outrora, a adoção está assentada na ideia de se oportunizar a uma pessoa humana a inserção em núcleo familiar, com a sua integração efetiva e plena, de modo a assegurar a sua dignidade, atendendo às suas necessidades de desenvolvimento da personalidade, inclusive pelo prisma psíquico, educacional e afetivo. Cessa a ideia de ser um remédio destinado a dar um filho para quem, biologicamente, não conseguiu procriar. Não se trata de uma solução para a esterilidade ou para a solidão. Por certo, a adoção se apresenta como muito mais do que, simplesmente, suprir uma lacuna deixada pela Biologia. Tampouco é forma de amparar filhos abandonados por seus pais biológicos.³

Em uma perspectiva espiritual, João Baptista Villela comenta que “somente ao pai adotivo é dada a faculdade de um dia poder repetir aos seus filhos o que Cristo disse aos apóstolos: ‘não fostes vós que me escolhestes, mas fui eu que vos escolhi a vós’. Suprema expressão da

2. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Famílias*, op. cit., p. 1.014.

3. Sintetizando essas ideias, Clóvis Beviláqua chegou a afirmar que a adoção “tinha a finalidade de dar filhos a quem não os tinha pela natureza e trazer, para o aconchego da família, filhos privados de arrimo”, apud OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Guarda, tutela e adoção*, op. cit., p. 152.

autonomia paterna que liberta, gratifica e faz crescer quem a pode manifestar e quem a pode ouvir. Seja dito, a propósito, que o ideal no Novo Testamento é sobretudo eletivo”.⁴

É, assim, a adoção um dos modos de determinação de uma relação jurídica filiatória, fundamentado no *afeto*, na ética e na *dignidade* das pessoas envolvidas, inserindo uma pessoa humana em família substituíta, de acordo com o seu melhor interesse e a sua proteção integral, com a chancela do Poder Judiciário.

Com essa perspectiva, inclusive, João Baptista Villela, com particular sensibilidade, prospecta uma interessante história, pretendendo evidenciar o caráter afetivo da adoção. Vale a pena conferir:

Numa cidade de Grusínia governava um rico senhor, até que, sobrevivendo uma sublevação, é vencido e decapitado. Sua mulher e a criadagem organizam apressadamente a fuga, para não caírem nas mãos dos insurretos. Um incômodo obstáculo se interpõe aos seus planos: Miguel, o pequeno filho do Governador deposto, a quem a mãe acaba preterindo aos vestidos que deseja, a todo custo, meter na carruagem. Grusche, uma criada, se compadece do menino, resiste aos apelos instintivos para também fugir e, enfrentando perigos, fome e frio, assume-lhe decididamente a proteção. Refugia-se nas montanhas, onde sofre vergonha e, de novo, privações. Uma reviravolta política e o Grão-Duque, então afastado do poder, recupera-o. A antiga ordem se restabelece. O pequeno Miguel é localizado, retirado de Grusche e levado ao Tribunal, para que este lhe decida o futuro. Nos debates do Tribunal, percebe-se que a recuperação da criança é condição para que a mulher do Governador entre na posse da considerável riqueza da família. A prova é, então, preparada. O menino é levado para o círculo de giz e, nesse momento, sorri para Grusche. Convocadas pelo juiz, as litigantes tomam posição. Grusche acaba por soltar a criança, que a mulher do Governador, ao contrário, puxa para si. Expressões de vitória. Mas o juiz manda repetir a prova. E

4. VILLELA, João Batista. *Desbiologização da Paternidade*, op. cit., p. 45-51.

Grusche, mais uma vez, solta o menino. Desesperada, vira-se para o juiz e exclama: 'eu o criei! Devo agora machucá-lo? Não posso fazê-lo'. Ato contínuo, Azdak, o irreverente juiz, que só se utilizava do Código para sobre ele se assentar, levanta-se e sentença: 'o Tribunal está convencido de quem seja a verdadeira mãe'. E, voltando-se para Grusche: 'Toma o teu filho e leva-o'.⁵

Certamente, no cenário de isonomia filiatória estabelecido pela Magna Carta, a adoção é uma contundente forma de manifestação da filiação afetiva, baseada não em laços sanguíneos, mas na ética e na solidariedade.

Partindo dessa premissa isonômica constitucional, a adoção é uma das formas de colocação em família substituta previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, ao lado da guarda e da tutela.

Por óbvio, a regra geral estabelecida pela norma estatutária para a adoção exige que as partes estejam vivas no momento da prolação da decisão que colocou o adotando em família substituta. Até porque a sentença de adoção possui *eficácia constitutiva*, operando efeitos jurídicos a partir do seu trânsito em julgado (*ex nunc*), não retroagindo os seus efeitos.

Todavia, o § 6º do art. 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente, com declarada inspiração no art. 366 do *Code de France*,⁶ abrindo uma clara exceção à regra geral, em ponderado dispositivo, permite a retroação eficaz da adoção à data do óbito quando o adotante falecer no curso do procedimento. É o que se apelidou de *adoção póstuma* ou *adoção post mortem*.⁷

5. VILLELA, João Batista. *Desbiologização da Paternidade*, op. cit., p. 45-51.

6. Art. 366, Código Civil da França: "se o adotante vier a morrer depois que o ato que comprova a vontade de formar o contrato de adoção foi recebido e que o pedido, com o fim de homologação, foi apresentado ao tribunal civil, será a instrução continuada e a adoção admitida, quando for o caso. Nesta hipótese, produz ela os seus efeitos a partir da morte do adotante".

7. Maria Berenice Dias, por sua vez, prefere denominá-la com a expressão *adoção nuncupativa*, DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, op. cit., p. 443.

Art. 42, §6º, Estatuto da Criança e do Adolescente:

A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer *no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença*.

Ora, dúvida não há de que o fundamento da adoção póstuma é o laço afetivo que se estabeleceu entre o adotante e o adotando durante o *iter* procedimental. Assim, excepcionando a regra do art. 47 da Norma Estatutária,⁸ é autorizada a possibilidade de uma adoção *posteriormente ao falecimento do adotante*.

Por isso, J. M. Leoni Lopes de Oliveira é lacônico, porém preciso, ao desfechar que termina por ser admitida a figura do “*filho adotivo póstumo*”.⁹

De acordo com o texto legal da norma a adoção *post mortem* constituiria um permissivo legal para uma excepcional produção de eficácia *ex nunc* da sentença que defere a adoção a alguém que faleceu *no curso do procedimento*.¹⁰

Dúvida inexistente de que o fundamento autorizador da adoção póstuma é a manutenção do afeto que se estabeleceu entre as partes durante o processamento do pedido de adoção formulado, para que o adotando não sofra um duplo revés: perder a convivência com o adotante e ficar privado de uma estrutura familiar. A nossa doutrina é farta em reconhecer a afetividade como pano de fundo da adoção póstuma:

Após estabelecidos profundos e irreversíveis laços de afetividade entre adotando e adotante, com a morte prematura deste

8. Art. 47, Estatuto da Criança e do Adolescente: “o vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.”

9. OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Guarda, tutela e adoção*, op. cit., p. 186.

10. Conforme a ponderação de José Carlos Teixeira Giorgis, a adoção *post mortem* é a “que se constitui de provimento judicial posterior ao óbito do adotante, ocorrido no curso de procedimento judicial instaurado, retrocedendo os reflexos da decisão à data da morte”, GIORGIS, José Carlos Teixeira. *Direito de Família contemporâneo*, op. cit., p. 155.

último no curso do processo, ficava o 'filho' desprovido não só do direito à sucessão, mas especialmente do reconhecimento judicial da filiação, já, de fato, efetivamente estabelecida.¹¹

É medida destinada a beneficiar o adotando, notadamente quando se trata de criança ou adolescente, e impedir pudesse a superveniência do falecimento do adotante frustrar a adoção pela morte prematura deste no curso do processo, quando normalmente já são estabelecidos laços de afetividade.¹²

Em síntese: o dispositivo tende a impedir que o óbito do adotante, no curso do procedimento de adoção, após ter exteriorizado manifestação inequívoca da vontade de adotar, frustre o estabelecimento do vínculo parental com o adotando. A vontade externada, nesse caso, se projeta para depois da morte, possuindo uma eficácia futura.

De acordo com a letra fria do texto legal, o deferimento da adoção *post mortem* está submetido à existência de um *procedimento judicial em curso*. Ou seja, pressupõe a propositura da ação, com a morte superveniente do autor-adotante. Nesse caso, permite-se que os seus sucessores se habilitem para dar continuidade ao procedimento (CPC, art. 110),¹³ por vontade própria ou provocação do adotando, deferindo-se a adoção com eficácia retrooperante à data do óbito.

Não se pode ignorar, entretanto, que a morte do adotante pode ocorrer antes mesmo do início do procedimento judicial, durante a fase administrativa, ou mesmo antes dela, após ter declarado, expressamente, o desejo de adotar. É o exemplo de alguém que já tinha uma guarda provisória de uma criança ou adolescente ou mesmo a hipótese de uma pessoa que constituiu advogado para tanto, mas faleceu antes do início da demanda. *Qual é a interpretação (=compreensão) que há de prevalecer do multicitado dispositivo legal nessa circunstância?*

11. BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. *Adoção*, op. cit., p. 233-234.

12. MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*, op. cit., p. 694.

13. Art. 110, Código de Processo Civil: "ocorrendo a morte de qualquer das partes, dar-se-á a sucessão pelo seu espólio ou pelos seus sucessores, observado o disposto no art. 313, §§ 1º e 2º".

No caso, será preciso conferir à norma-regra de regência (ECA, art. 42, §6º), a interpretação harmônica com a norma-princípio que lhe inspira (ECA, arts. 1º e 4º) – no caso, a prioridade absoluta e a proteção integral infantojuvenil que, juntas, evidenciam o *melhor interesse da criança e do adolescente (the best interest of the child)*. Interpreta-se, pois, a regra de acordo com os princípios que serviram de base.

É certo – e isso não se põe em dúvida – que o afeto há de ser o *postulado normativo aplicativo* para a correta compreensão da norma legal em alusão. Assim, a resposta a ser alcançada deve estar estruturada a partir do afeto, enquanto elemento ético das relações familiares.

Em sendo assim, à luz do princípio fundamental do melhor interesse infantojuvenil, e estruturação apresentada pelo postulado da afetividade, há de prevalecer a interpretação de que o conceito de *vontade inequívoca manifestada pelo adotante antes de seu óbito* (expressão utilizada pelo legislador) é *aberto*, devendo ser alcançado a depender das circunstâncias concretas. E, assim, é possível demonstrar que a vontade foi externada mesmo antes do início do procedimento em juízo.

Em didáticos precedentes, o Superior Tribunal de Justiça firmou a sua orientação jurisprudencial no sentido de interpretar o dispositivo legal multicitado no sentido de reconhecer a possibilidade de adoção *post mortem* mesmo que o óbito tenha ocorrido antes do início do procedimento adotivo, se a vontade foi claramente manifestada. Vale conferir:

1. Em que pese o art. 42, § 6º, do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelecer ser possível a adoção ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento de adoção, a jurisprudência evoluiu progressivamente para, em situações excepcionais, reconhecer a possibilidade jurídica do pedido de adoção póstuma, quando, embora não tenha ajuizado a ação em vida, ficar demonstrado, de forma inequívoca, que, diante de longa relação de afetividade, o falecido pretendia realizar o procedimento.

(...)

4. Afastada a impossibilidade jurídica do pedido, na situação concreta o pedido de adoção *post mortem* deve ser apreciado, mesmo na ausência de expresso início de formalização do processo em vida, já que é possível extrair dos autos, dentro do contexto de uma sólida relação socioafetiva construída, que a real intenção do de cujus era assumir os adotandos como filhos. (STJ, Ac. unân. 4ª T., AgInt no REsp. 1.520.454/RS, rel. Des. Convocado Lázaro Guimarães, j. 22.3.18, DJe 16.4.18)

(...) 2. O Estatuto da Criança e do Adolescente, ao preconizar a doutrina da proteção integral (art. 1º da Lei nº8.069/1990), torna imperativa a observância do melhor interesse da criança. 3. É possível o deferimento da adoção póstuma, mesmo que o adotante não tenha dado início ao processo formal, desde que presente a inequívoca vontade para tanto. (STJ, Ac. unân. 3ª T., AgInt no REsp. 1.667.105/RJ, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 14.10.19, DJe 17.10.19)

As decisões apresentadas fazem perfeita exegese da técnica interpretativa, na medida em que interpretam a *norma-regra de acordo com os princípios fundamentais aplicáveis*, notadamente a proteção integral e a prioridade absoluta, estabelecidos pelo art. 227 da *Lex Mater* e pelos arts.1º e 4º da Norma Estatutária (= normas finalísticas, prospectivas e com pretensão de complementaridade para promover um estado de coisas¹⁴). A atividade hermenêutica, todavia, está visivelmente impregnada pelo postulado do afeto, que serve como a estrutura para a aplicação das normas (= o modo pelo qual se concretizam as regras e princípios).¹⁵

Seguramente, evitar que uma fatalidade venha a impedir o estabelecimento do vínculo paterno-filial que já era vivenciado pelas partes, inequivocamente, antes do falecimento é a melhor compreensão da norma-regra, em harmonia com os princípios inspiradores e de acordo com o postulado do afeto.

14. “Como se vê, os princípios são normas imediatamente finalísticas. Eles estabelecem um fim a ser atingido”, ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, op. cit., p. 70.

15. Enquanto os princípios dizem respeito ao “dever de promover a realização de um estado de coisas”, os postulados, como no particular caso da afetividade, constituem “o modo como esse dever deve ser aplicado”, ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, op. cit., p. 87-88.