

# O Amor como discurso legitimador do Direito

Hugo Cunha LANÇA\*

**RESUMO:** Exploramos o tema perfeitamente cientes de que o mesmo parece exótico, algo extravagante para aqueles que insistem em interpretar o Direito como uma ciência, agarrados ao (pre)conceito do racionalismo que nos foi inculcado pelo pensamento iluminista. Mas, pensar o homem como um animal político não permite ignorar a sua animalidade, a sua liberdade e os seus afetos. Assim, neste pequeno estudo perfunctório propomo-nos analisar a presença crucial do Amor como discurso legitimador do Direito.<sup>1</sup>

**PALAVRAS-CHAVE:** Amor; família; comunidade; legitimação; Direito.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; – 2. O Amor como a Fonte (ou nascente) das relações familiares; – 3. A *appetitus societatis* como o verdadeiro contrato social; – 4. O Amor como a axiologia e o fundamento do Direito; – 5. Conclusão; – Referências.

**TITLE:** *Love as a Legitimizing Discourse of Law*

**ABSTRACT:** *We explore the topic fully aware that it seems exotic, something extravagant for those who insist on interpreting Law as a science, clinging to the (pre)concept of rationalism that was inculcated in us by Enlightenment thought. However, thinking of man as a political animal does not allow us to ignore his animality, his freedom and his affections. Therefore, in this small perfunctory study we propose to analyze the crucial presence of Love as a legitimizing discourse of Law.*

**KEYWORDS:** *Love; family; community; legitimation; Law.*

**CONTENTS:** *1. Introduction; – 2. Love as the Wellspring (or source) of family relationships; – 3. Appetitus societatis as the true social contract; – 4. Love as the axiology and foundation of Law; – 5. Conclusion; – References.*

## 1. Introdução

A primeira aporia desta reflexão é perseguir uma definição amor.<sup>2</sup> Porque, tal como no adágio agostiniano, *se não me perguntam o que é o amor, eu sei o que é o amor, mas se me perguntam o que é o amor, eu não sei o que é o amor.*<sup>3</sup>

\* Doutor em Direito. Professor Adjunto no Instituto Politécnico de Beja / CEAD - Francisco Suárez.

<sup>1</sup> Temos consciência que todos *somos nós e a nossa circunstância*, pelo que este texto não poderia ser escrito por alguém que desconhece a linguagem do amor; também por isso, permita-se-nos dedicar estas linhas à Sílvia, que cometeu a insanidade de me amar.

<sup>2</sup> O que pode ajudar a explicar o facto de a comunidade científica conviver com dificuldade com o conceito de amor. Neste sentido, furtamos palavras alheias: “esse assunto é tido como estranho, até mesmo ridículo, nos meios jurídicos. Amor é uma palavra apartada do direito. E não poderia ser diferente, pois os cursos jurídicos preparam os estudantes para o conflito. O triunfo, já se aprende na prática forense, é ganhar, se possível esmagar a parte contrária. A demanda jurídica é por natureza beligerante” (Lélio Rosa de Andrade, citado por AZEVÊDO, Bernardo. *O AMOR como fundamento legitimador do Direito*. Caderno Virtual. V. 2. N.º 12 (2005), p. 9).

<sup>3</sup> Como é consabido, o aforismo de Santo Agostinho versa sobre o tempo. Com *maxima data venia*, adulterámos a citação para efeitos retóricos (In: AGOSTINHO, *Confissões*, Capítulo XIV).

Inobstante a dificuldade, o desejo de conceptualizar o amor justificou que o conceito tenha sido objeto de análise e de reflexão por múltiplas disciplinas, mormente a filosofia,<sup>4</sup> a psicologia, a literatura, a religião, *inter alia*, pelo que, a *tribo dos Juristas*<sup>5</sup> não pode insistir em escamotear a sua crucial importância.

Se quisermos começar pelo princípio [algo que *Jacques de La Palice* por certo apreciaria], será prudente<sup>6</sup> convocar *Platão* que no seu *Banquete* convoca o amor num jantar etílico em que diversas personagens [mormente Sócrates] dissertam sobre o tema, obsequiando-nos com uma perspetiva do amor como a busca da beleza, da verdade e da perfeição. Dessarte, mais [muito mais] do que a dimensão física [carnal] do amor<sup>7</sup> (a procura pela outra metade e recuperar a integridade, após Zeus ter dividido os seres humanos), *Platão* alude a uma dimensão superior do amor que se concentra na Alma [Amor Platónico] e permite elevar o ser humano a um patamar superior da sua existência, a transcender-se na procura do Bem (S. Tomás de Aquino), do Belo e do aperfeiçoamento do Eu.<sup>8</sup>

Aludimos a *Platão* porque se algo importa enfatizar do *Banquete* é a infirmação do amor como algo puramente carnal e matizar as múltiplas tonalidades do amor. Fizemo-lo porque numa sociedade eudemonista a egoisticamente hedonista de “multidões solitárias”<sup>9</sup> tendemos a sublimar o amor sexual e escamotear que o amor também se escreve com a atração emocional e psicológica pela pessoa amada; como o amor pode ser carinho e afeição, empatia em relação ao Outro (e sem a descoberta do outro não há Amor), consideração e respeito [sendo que mesmo para um racionalista com Kant o respeito pelo Outro pode ser um verdadeiro imperativo categórico].

Pelo exposto [e por muito que *brevitatis causa* optámos por não o fazer porque fugiríamos da nossa rota], por mais sedutor e desafiante que seja oferecer uma visão unívoca e homótona de amor,<sup>10</sup> importa considerar que este se manifesta de múltiplas

<sup>4</sup> Ainda que vozes avisadas se indignem; nesse sentido são lapidares as palavras de SCHOPENHAUER: “deveríamos surpreender-nos bastante pelo facto de a uma questão com um papel tão importante na vida humana nunca ter sido, digamos, tomada em consideração pelos filósofos, aparecendo-nos como um assunto sobre o qual ninguém se debruçou” (*apud*: LANCELIN, Aude e LEMONNER, Marie. Os Filósofos e o Amor. Amar, de Sócrates a Simone de Beauvoir. Lisboa: Tinta da China, 2021, p. 18.

<sup>5</sup> A magnífica expressão saiu da judiciosa pena de CUNHA, Paulo Ferreira. *Justiça & Direito. Viagem à Tribo dos Juristas*. Lisboa: Quid Juris, 2010.

<sup>6</sup> Ou, quiçá, teria sido mais prudente recuar aos pré-socráticos, como optou MORAES, Dax. *História Filosófica do Amor. Ensaio para uma nova compreensão da essência do amor humano*. Natal: EDUFRN, 2019, p. 29 e ss.

<sup>7</sup> Sendo que, importa ter presente que, em *Platão*, o Amor subjuga-se à Razão.

<sup>8</sup> Já segundo a Mitologia grega, foi o aparecimento de Eros que trouxe ordem à desorganização inicial do Cosmos, conforme enfatiza AZEVÊDO, Bernardo. O AMOR como fundamento legitimador do Direito. *Caderno Virtual*. V. 2. N.º 12 (2005), p. 1.

<sup>9</sup> Trazemos à colação o, excelente, livro de RIESMAN, David, GLAZERE Nathan e DENNEY, Reuel. *The Lonely Crowd: a Study of the Changing American Character*. New Haven: Yale University Press, 2001.

<sup>10</sup> Pelo que, não nos impressiona a assertiva crítica de POLI, Luciana Poli. Por um Direito menos Afetivo. *Revista Direitos Humanos Fundamentais*. Osasco (jan-jun/2016), a. 16, n. 1, p. 35.

maneiras e em heterogêneas relações, pelo que, também neste texto, o amor romântico [*Eros*] vai cruzar-se com o amor filial [*Agape*], flitar com o amor fraternal [*Philia*], esbarrar no amor platónico e no cuidado com o Outro, sem escamotear a crucial importância do amor próprio [ou amor de si mesmo, de acordo com a proposta rousсенiana<sup>11</sup>].

Por tudo, e usurpando palavras alheias, a etimologia do amor que empregamos neste estudo interpreta o vocábulo na sua onipotência, porque “o amor pode ser percebido na base do autoconhecimento, para falar com Sócrates; da beleza e da verdade para pensar como Platão; da amizade,<sup>12</sup> para falar com Aristóteles; do conhecimento do outro, como o preconizou Nietzsche; do direito a ter direitos, para pensar com Hanna Arendt”,<sup>13</sup> tendo como premissa um conjunto intrincado de emoções, sentimentos e comportamentos norteados pelo afeto, cuidado, amizade, atração, comprometimento e intimidade (física, psicológica ou emocional) por outra pessoa, por um objeto, por uma causa ou um ideal, ou por si mesmo [sendo que, o amor próprio é fundamental para amar o outro, porque é este que fornece o sustentáculo e a capacidade de estender o amor aos outros].

In obstante, e apesar [por causa de] de vivermos numa “cultura de repressão de emoções”,<sup>14</sup> na qual se “vive uma grave crise de afectos”,<sup>15</sup> e porque é inusitado abraçar um amigo, um pai, um tio, um avô para exteriorizar o nosso Amor, na semântica do amor refugiamos-nos em palavras mais suaves como afeto, amizade, empatia, ternura, fraternidade, atração que não são mais do que eufemismos da locução Amor, pelo que, é nesta polissemia que o conceito deve ser interpretado.

## 2. O Amor como a Fonte (ou nascente<sup>16</sup>) das relações familiares

É um sofisma afirmar a ancestralidade do casamento, porquanto, se o *nomen juris* tem raízes remotas, a sua filosofia e o seu conteúdo alteraram-se profusamente, pelo que

<sup>11</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Emílio ou Da Educação*. Rio de Janeiro: Bertrand, 1995, pp. 235 e ss.

<sup>12</sup> Que pode ser definida como “o tipo de amor que dispõe positiva e beneficentemente uma pessoa em relação a outra ou a alguma coisa” (MORAES, Dax. *História Filosófica do Amor. Ensaio para uma nova compreensão da essência do amor humano*. Natal: EDUFURN, 2019, p. 36). Para a densificação do conceito, são uteis as considerações de São Tomás de Aquino, oferecidas por HESPANHA, António. *La Senda Amorosa del Derecho. Amor y iustia en el discurso jurídico moderno*. PETIT, Carlos (Ed.). *Pasiones del Jurista. Amor, memoria, melancolia, imaginación*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 46.

<sup>13</sup> MALUF, Adriana Dabus. *Direito das Famílias: Amor e Bioética*. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2012, p. 11.

<sup>14</sup> TISSERON, Serge. *As Crianças e a Violência nos Ecrãs: a Influência da Televisão, Cinema e Jogos de Computador nas Crianças*. Porto: Ambar, 2004, p. 91.

<sup>15</sup> DINIZ, João Seabra. *Família Lugar dos Afectos*. In: LEANDRO, Armando e LÚCIO, Álvaro Laborinho. *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*. Coimbra: Livraria Almedina, 2010, p. 145.

<sup>16</sup> A precisão foi influenciada por Julieta Monginho, que nos recorda que a fonte já é uma construção humana, enquanto a nascente é uma emanção da natureza. MONGINHO, Julieta. *Amor: A Fonte do Direito. O Amor e o Direito. Reflexos Jurídicos e Judiciais*. Lisboa: Centros de Estudos Judiciários. Fevereiro de 2019, pp. 19 e ss.

apenas na superficialidade o vínculo é o mesmo.<sup>17</sup>

Com efeito, numa visão clássica, o casamento consistia na união de um homem e de uma mulher, através da qual “os dois serão uma só carne”,<sup>18</sup> sendo o casamento um dos sete sacramentos, tendo o pacto matrimonial por finalidade a constituição de “uma íntima comunidade de vida e de amor, fundada e dotada de suas leis próprias pelo Criador [...] ordenado ao bem dos cônjuges, como também à geração e educação dos filhos”,<sup>19</sup> não sendo, portanto, uma Instituição puramente humana, porquanto tem como elemento teleológico a procriação e educação dos filhos, numa “união íntima, enquanto doação recíproca de duas pessoas, tal como o bem dos filhos [que] exigem a inteira fidelidade dos cônjuges e reclamam a sua união indissolúvel”.<sup>20</sup>

Assim, se historicamente o casamento tinha uma função social de superior interesse público, que justificava e exigia a tutela do Estado, atualmente, não encontramos na sua teleologia uma função social, mas, tão somente, o interesse exclusivo dos cônjuges. Ou, dito com outras palavras, o casamento deixou de ser uma Instituição para se transfigurar numa relação pura.<sup>21</sup>

Destarte, se o matrimónio bíblico (ou mesmo o casamento da clássica Grécia) tinha por caracteres fundamentais a heterossexualidade, a hierarquia, era patriarcal,<sup>22</sup> monogâmico<sup>23</sup> e patrimonialista, o casamento da pós-modernidade<sup>24</sup> dispensa a

<sup>17</sup> Infra seguimos de perto, LANÇA, Hugo Cunha. Dormir com alguém e casar com o Estado: uma espécie de manifesto pela privatização do direito matrimonial. *Civilistica.com*, a. 12. n. 3, 2023.

<sup>18</sup> Génesis 2:24. Carne essa, a carne do homem, a quem a mulher deve obediência submissa, conforme o axioma do Apóstolo Paulo: “Vós, mulheres, sujeitai-vos a vossos maridos, como ao Senhor; Porque o marido é a cabeça da mulher, como também Cristo é a cabeça da igreja, sendo ele próprio o salvador do corpo. De sorte que, assim como a igreja está sujeita a Cristo, assim também as mulheres sejam em tudo sujeitas a seus maridos” (Efésios 5:22-24)

<sup>19</sup> Catecismo da Igreja Católica, n.º 1660, disponível em: [www.vatican.va/](http://www.vatican.va/) [Consultado a 31 de janeiro de 23]. Crítico, Nietzsche afirma que o cristianismo obrigou *Eros* a tomar veneno: não está morto mas tornou-se perverso.

<sup>20</sup> Catecismo da Igreja Católica, n.º 1646.

<sup>21</sup> Inspirámo-nos em COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme. *Curso de Direito da Família*. 5.ª Ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 121.

<sup>22</sup> “Manusear álbuns de família é uma experiência reveladora [...]. Nas fotos mais antigas, nos antepassados mais remotos, distingue-se logo a figura do patriarca, centrado, sisudo, compenetrado que, em geral, se posta de pé cercado dos filhos, tendo ao seu lado os mais velhos e, ao fundo, ou cuidadosamente sentados e arrumados, os netos. A esposa e as demais mulheres buscam resguardar nos olhos o respeito, obediência e quase veneração à figura central a quem devem agradecer permanentemente a subsistência e a possibilidade de alcançarem a graça de serem mães” (POLI, Luciana Poli. Por um Direito menos Afetivo. *Revista Direitos Humanos Fundamentais*. Osasco (jan-jun/2016), a. 16, n. 1, p. 29).

<sup>23</sup> Percurso que não se trilhou sem vozes críticas; por todos, CAMPOS, Diogo Leite. A família como grupo: as duas agonias do direito da família. Lisboa. *Revista da Ordem dos Advogados*, a.54 n.3(Dez.1994), pp.915-934.

<sup>24</sup> Usamos aqui a expressão popularizada por LYOTARD, Jean-François. *A Condição Pós-Moderna*. 2.ª. Lisboa: Gradiva, 1989. Quando usamos a expressão pós-modernidade, procuramos enfatizar que vivenciamos um momento histórico de divórcio com o passado, corte com a ordem social anterior, rumo a um caminho de incertezas, uma insofismável sociedade do risco, em que nada pode ser conhecido com alguma certeza, uma sociedade que matou a religião e endeuou a ciência, numa racionalidade que se baseia em areias movediças, para usar a célebre definição de ciência de POPPER, pelo que, “os fundamentos preexistentes da epistemologia se revelaram sem credibilidade” (GIDDENS, Anthony. *As Consequências da Modernidade*. São Paulo: Editora Unesp, 1991, p. 45), construindo-se um mundo de profunda incerteza.

pluralidade de sexos (não sendo conseqüentemente a procriação e a conseqüente educação dos filhos um requisito), é horizontal e democrático (no sentido em que não existe hierarquia entre os membros do casal, fruto da emancipação da mulher que se libertou das grilhetas do género), tendencialmente temporário<sup>25</sup> e está alicerçado na solidariedade, no afeto e no amor romântico<sup>26</sup> entre os cônjuges.<sup>27</sup> O que merece ser enfatizado: pela primeira vez na história da vida privada, o *ethos* do casamento é o Amor e entre os nubentes,<sup>28</sup> uma união livremente escolhida, o que constitui um corte epistemológico, uma verdadeira revolução cujos efeitos não podem ser menosprezados.

O que deixamos escrito não pode ser interpretado como um testemunho de que no passado era proscrito o amor entre os cônjuges, até porque a história oferece-nos inúmeros exemplos de casais que se amaram; o que realçamos é o facto de que, se a existência de afeto entre os cônjuges era possível ou até desejável, a *ratio* do casamento não era a afetividade. Com efeito, “a união antiga é antes de tudo um casamento de conveniência, arranjado pelas famílias sem o real consentimento dos filhos”,<sup>29</sup> sendo que, o casamento motivado por amor era arrasado pelos filósofos.<sup>30</sup>

Apenas após a revolução agrícola, com o êxodo dos campos e o surgimento da privacidade oferecida pelas cidades, libertos da omnipresença das famílias e com a independência financeira do trabalho para outrem, é que os jovens começaram a impor as suas escolhas românticas e a paixão tornou-se a única razão admissível para o casamento.

Conseqüentemente, porque efetivamente há uma relação de causa-conseqüência, o divórcio torna-se um imperativo constitucional quando surge o Desamor.<sup>31</sup> Assim, se é o

<sup>25</sup> Sobre o tema LANÇA, Hugo Cunha, Breves Considerações à Lei do Casamento Descartável (também conhecida por Lei do Divórcio). *Revista Verbo Jurídico*. 2010.

<sup>26</sup> Como, é defensável a premissa de que, o próprio “amor de hoje não tem nada a ver com o amor de ontem. Não evoca as mesmas emoções. Não se exterioriza de acordo com o mesmo conjunto de ações e reações externas” (HESPANHA, António. *La Senda Amorosa del Derecho. Amor y iustia en el discurso jurídico moderno*. PETIT, Carlos (Ed.). *Pasiones del Jurista. Amor, memoria, melancolia, imaginación*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 28).

<sup>27</sup> Sobre o princípio da afetividade como elemento central no atual direito da família, vide LANÇA, Hugo Cunha. *Cartografia do Direito das Famílias, Crianças e Adolescentes*. Lisboa: Sílabo, 2019.

<sup>28</sup> Nesse sentido, é lapidar que quando Flaubert e Tolstoi escreveram as suas obras-primas, fizeram-no a partir da oposição entre o amor e os laços matrimoniais, com a perdição das mulheres (Emma Bovary e Ana Karenina) por causa dela, como nos recordou MONGINHO, Julieta. *Amor: A Fonte do Direito. O Amor e o Direito. Reflexos Jurídicos e Judiciais*. Lisboa: Centros de Estudos Judiciários. Fevereiro de 2019, p. 47.

<sup>29</sup> FERRY, Luc. *A Revolução do Amor: Por uma Espiritualidade Laica*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 33.

<sup>30</sup> Por todos, Arthur SCHOPENHAUER, o filósofo rabugento, para quem o casamento por amor era uma forma de escravidão e que poderia ser comparado a uma refeição, que começa pela sobremesa e termina em indigestão e que na feliz súpula de Aude LANCELIN e Marie LEMONNIER considerava que “o amor é uma série de gesticulações ridículas levadas a cabo por dois idiotas que não conduz a coisa nenhuma” (LANCELIN, Aude e LEMONNIER, Marie. *Os Filósofos e o Amor. Amar, de Sócrates a Simone de Beauvoir*. Lisboa: Tinta da China, 2021, p. 127).

<sup>31</sup> Como não podem ser ignoradas as conseqüências penais do desamor, porque, infelizmente o “amor” mata. Sobre o tema, MOURA, José Souto. *Quando o “amor” mata. O Amor e o Direito. Reflexos Jurídicos e Judiciais*. Lisboa: Centros de Estudos Judiciários. Fevereiro de 2019, pp. 19 e ss.

Amor que une os nubentes, quando este se esgota ou dissipa, violaria direitos fundamentais coagir alguém a continuar sequestrado num casamento sem amor, pelo que, a trivialização legal do divórcio é hoje reconhecida como o exercício de um verdadeiro direito de fundamental, protegido pelo manto constitucional.

Do primado do amor romântico que se tornou na *raison d'être* do casamento, como já deixámos escrito e procurámos demonstrar, resultam consequências importantes para a densificação do conceito de família.

*Ab initio* a definição coeva de família não pode continuar a construir-se com referência a laços de sangue ou a união nupcial. Se, arcaicamente, o Código Civil Português insiste em afirmar que são fontes das relações jurídicas familiares o casamento, o parentesco, a afinidade e a adoção (art. 1576.<sup>o</sup>), se classicamente os dicionários a definiam como “pessoas que têm uma ancestralidade comum ou que provêm do mesmo tronco [...] pessoas ligadas entre si pelo casamento e pela filiação ou, excecionalmente, pela adoção”,<sup>32</sup> num sopro de modernidade [realidade] atualmente é definida como o “núcleo social de pessoas unidas por laços afetivos, que geralmente compartilham o mesmo espaço e mantém entre si uma relação solidária”.<sup>33</sup>

Efetivamente, a família diz mais respeito ao coração do que à razão,<sup>34</sup> e a ética do afeto (ou o amor)<sup>35</sup> está no centro das famílias da contemporaneidade<sup>36</sup> e “enquanto houver *affectio* haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade”<sup>37</sup> [sendo que, se não houver afeto não há família, apenas uma ligação formal despida de substrato]. Dessarte, “a realização pessoal da afetividade, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família na nossa época”,<sup>38</sup> sendo que a semântica do amor, na sua multiplicidade, é a mais importante vinculação na vida. O que não pode ser escamoteado ou desvalorizado no plano dos efeitos jurídicos: o reconhecimento da diversidade dos vínculos amorosos, da pluralidade da vida familiar é a razão de ser da consagração legal do casamento entre pessoas do mesmo sexo [não somos fans da

<sup>32</sup> AAVV. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Lisboa: Temas e Debates, 2005.

<sup>33</sup> AAVV. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Lisboa: Temas e Debates, 2016.

<sup>34</sup> PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito da Família Contemporâneo*. 3<sup>a</sup> Ed. Lisboa, AAFDL, 2012, p. 43, em diálogo com JEMOLO.

<sup>35</sup> Não faz o pleno das opiniões a utilização das locuções em sinonímia; afirma-se que “deve ficar claro que o afeto não se confunde necessariamente com o amor. Afeto quer dizer interação ou ligação entre pessoas, podendo ter carga positiva ou negativa. O afeto positivo, por excelência, é o amor; o negativo é o ódio. Obviamente, ambas as cargas estão presentes nas relações familiares” (TARTUCE, Flávio. *O Princípio da Afetividade no Direito de Família* [Em linha]. São Paulo. [cons. 27 set. 23]).

<sup>36</sup> Para uma visão profundamente crítica, vide POLI, Luciana Poli. Por um Direito menos Afetivo. *Revista Direitos Humanos Fundamentais*. Osasco (jan-jun/2016), a. 16, n. 1, pp. 25-37.

<sup>37</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4.<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 17.

<sup>38</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4.<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 20.

expressão casamento homoafetivo, que parece pressupor que apenas nestes casos existe afeto no casamento] e da união de facto [união estável no Direito brasileiro] como deverá possibilitar o reconhecimento das relações poliamorosas.

Mas, como procurámos demonstrar, se o Amor é atualmente o cerne da relação matrimonial, a existência dos afetos é *conditio sine qua non* para a relação paternofilial.

Efetivamente, é um anacronismo imperdoável insistir em ficar refém de um critério meramente biologista na filiação, porquanto se a genética é essencial, *há mais vida para lá da biologia*.

Tendo por premissa considerações *de iure constituto*, desde logo, o Instituto da adoção há muito que separa a biologia dos afetos e reconhece a procriação jurídica como um outro caminho para a parentalidade, o mesmo será dizer, a existência de verdadeiros pais cujos filhos geneticamente não são seus, mas que o Direito e a Sociedade reconhece como tal, desde que, como decorre do texto legal, *seja razoável supor que entre o adoptante e o adoptando se estabelecerá um vínculo semelhante ao da filiação* (referimo-nos ao art. 1974.º do Código Civil Português), ou seja, a existência de vinculação afetiva entre o adotando e o candidato a adotante (*cfm.* a Lei n.º 143/2015, de 08 de Setembro).

Em sentido semelhante, quando convocamos o neófito instituto do apadrinhamento civil constatamos que este é definido como *uma relação jurídica, tendencialmente de carácter permanente, entre uma criança ou jovem e uma pessoa singular ou uma família que exerça os poderes e deveres próprios dos pais e que com ele estabeleçam vínculos afectivos que permitam o seu bem-estar e desenvolvimento* (art. 2.º da Lei n.º 103/2009, de 11 de Setembro), ou seja, é sublimado o vínculo afetivo na constituição de uma relação supletiva à relação parental.

Do mesmo modo, e como é consabido, também no regime da procriação medicamente assistida dissociou-se a parentalidade biológica da parentalidade jurídica quando se permitiu, com grande latitude, o recurso a dadores heterólogos, pelo que, são havidos como pais homens e mulheres que não têm uma ligação genética com os seus filhos.

Se os três exemplos deixados no papel não geram celeuma nem controvérsia, talvez importe explorar a premissa da filiação afetiva que tem sido negligenciada pelos cultores do Direito da Família [e, cometendo o pecado da soberba, incluímo-nos neste lote, porque não pretendemos a absolvição de uma culpa que partilhamos].

Quando evocamos o conceito de filiação afetiva<sup>39</sup> procuramos densificar a existência de vínculos emocionais e afetivos entre pessoas que não possuem laços biológicos, mas que estabelecem uma relação de pai/ filha/o [mãe/filha/o]. Fazemo-lo porque, reprimado palavras que já escrevemos, não confundimos progenitura com parentalidade; dessarte, progenitor é aquele do qual alguém descende, aquele que gera, que dá origem e está umbilicalmente arregado ao (pre)conceito biológico da filiação, incompatível com as novas concepções sociológicas e jusbiológicas da parentalidade, com a dimensão afetiva, cultural e jurídica que hoje se lhe reconhece. Assim, a locução “pais” surge como metáfora para pessoa de referência, ou seja, o adulto que desempenha “tarefas relacionadas com o cuidado e a responsabilização diária pela criança”.<sup>40</sup> Porque, “acontece que, ser pai, não corresponde unicamente a laços de sangue. Ser pai implica carinho, proteção, atenção, segurança, capacidade para formar, tratar, cuidar. Um pai é alguém que vela o sono das crianças, que brinca com elas, que as lava, veste e ajuda a comer e a vestir-se, que as ensina a andar e a falar, que lhes permite crescerem em paz, com a única preocupação de serem verdadeiramente crianças”.<sup>41</sup> Com efeito, se não podemos mesurar o Amor enquanto sentimento, podemos perscrutar as suas manifestações de materialização externa, uma hermenêutica da prática quotidiana que permite aferir sobre a efetiva existência do vínculo afetivo.

Apelar para a filiação afetiva é convocar uma outra verdade na filiação, uma parentalidade que nasce *a latere* dos laços biológicos e enfatiza os laços emocionais, o cuidado, o apoio mútuo e a promoção do bem-estar emocional das crianças que não podemos insistir em obliterar [“porque os laços afetivos nascem do convívio e do costume; não da natureza”<sup>42</sup>], como, reiteradamente, sucede com padrastos, madrastas (e avódrastos) que, terminada a relação conjugal, são espoliados do convívio com os

---

<sup>39</sup> Sobre o tema *vide*, DÓRIA, Tatiana. *Filiação Socio-Afetiva no Direito Luso-Brasileira*. Tese de Mestrado. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2019.

<sup>40</sup> SOTTOMAYOR, Maria Clara. Liberdade de Opção da Criança ou Poder do Progenitor? Comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 31 de Outubro de 2007. *Lex Familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família*. Coimbra. a.5, n.9 (2008), pp. 56/57. Continua a A.: “Traduzindo-se nos seguintes factos: a satisfação das necessidades básicas da criança com a alimentação e cuidados de saúde; o planeamento das refeições; o acto de acordar e de deitar a criança; a assistência na doença; o ensino das regras de etiqueta e de higiene; tarefas ligadas à interacção social e actividades lúdicas; participação em desportos e visitas a amigos; supervisão das ocupações diárias e da educação da criança, incluindo a educação, *religiosa*, moral, cultural e social; a assistência nos trabalhos de casa à criança em idade escolar; conselho e apoio ao processo de desenvolvimento e bem-estar emocional da criança; organização de interacção com outros membros da família, incluindo avós, primos e tios” (*Ibidem*).

<sup>41</sup> AMORIM, Rui Jorge Guedes Faria. O Interesse do Menor: um Conceito Transversal à Jurisdição de Família e Crianças. *Revista do CEJ*. Lisboa. n.12 (2.sem.2009), p. 93.

<sup>42</sup> MORAES, Dax. *História Filosófica do Amor. Ensaio para uma nova compreensão da essência do amor humano*. Natal: EDUFRN, 2019, p. 247.

enteados, condenando-os a um desterro afetivo que afeta gravemente o desenvolvimento emocional das crianças que durante anos os interpretaram como verdadeiros pais.<sup>43</sup>

Também é nesta dimensão que devemos interpretar a relevância jurídica do abandono afetivo,<sup>44</sup> que, mais do que punir um pai porque abandonou um filho, visa reparar o dano sofrido por um filho que, por ter sido abandonado pelo seu progenitor, foi obrigado a crescer sem a figura parental, pelo que, o cerne da questão é, insofismavelmente, a existência ou inexistência de amor filial. E, mesmo que seja discutível a suscetibilidade de a vítima de abandono afetivo ser ressarcida com uma indemnização<sup>45</sup>, parece-me insofismável que resulta da norma posta que a negação de afeto legitima a intervenção para a promoção dos direitos e proteção da criança e do jovem em perigo, conforme resulta do disposto na Lei n.º 147/99, de 01 de setembro (Lei Portuguesa de Proteção das Crianças e Jovens em Perigo).

Numa síntese final, convocámos a união familiar porque esta é a primeira vinculação dos seres humanos, a primeira materialização de socialização e, como pensamos ter conseguido demonstrar, nem os mais cétricos do amor discordam que o Amor é, atualmente, o âmago do conceito de família.

### **3. A *appetitus societatis* como o verdadeiro contrato social**

Se a família é a primeira vinculação, a história da filosofia está repleta de narrativas para explicar como os primeiros núcleos pessoais se fundiram e deram origem às comunidades e civilizações que hoje conhecemos.

Após romper com a tradição escolástica que sustentava ser Deus a fonte e o Modelo do Amor [*Amor Ágape*], o iluminismo, com o advento do individualismo e o endeusamento

<sup>43</sup> E assertiva a anotação de Julieta Monginho quando ilustra que o Direito é uma espécie do coelho atrasado da Alice no País das Maravilhas, sempre de relógio na mão e desencontrado do tempo (MONGINHO, Julieta. Amor: A Fonte do Direito. *O Amor e o Direito. Reflexos Jurídicos e Judiciais*. Lisboa: Centros de Estudos Judiciários. Fevereiro de 2019, p. 48).

<sup>44</sup> Para a compreensão do instituto recomendamos, sempre, *O Miúdo da Bicicleta*, dos irmãos Dardenne, por sugestão de Paulo GUERRA, cuja leitura também se aconselha em GUERRA, Paulo. *O Miúdo da Bicicleta - A Força do Irrepetível. Revista do CEJ: Dossiê Temático: Crimes contra a Autodeterminação Sexual com Vítimas Menores de Idade*. Centro de Estudos Judiciários. Lisboa. n.15 (2011), pp. 331 e ss.

Para mais desenvolvimento sobre o tema, HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A Resposta Judicial Brasileira aos casos de Negligência Afetiva na Relação Paterno-filial. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro. n.32 (2007), pp. 239 e ss.

<sup>45</sup> Opinando em sentido favorável à indemnização por abandono afetivo, Berenice DIAS ensina que esta “poderá converter-se em instrumento de elevada relevância e importância para a configuração de um direito das famílias” mais consentâneo com o momento histórico em que vivemos (DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 472). Em sentido contrário, vide, LUCAS, D. C., e GHISLENI, P. C. O amor e o direito pertencem a “idiomas” distintos: uma crítica à juridicização do afeto. *Revista Brasileira De Sociologia Do Direito*, n.º 4(2017), pp. 106 e ss.

da vontade racional, ofereceu-nos o mito do contrato social como explicação para o surgimento da sociedade. Assim, tendo verificado empiricamente que o Homem é um *animal social*, inconformado com a explicação aristotélica de que a sociabilidade era uma característica intrínseca à natureza humana crucial para o cabal desenvolvimento das capacidades individuais (porque o homem isolado seria um Deus ou uma besta<sup>46</sup>), Hobbes, Locke, Rousseau concebem a tese contratualista para alicerçar na vontade humana a origem e a legitimação da organização da sociedade.

Aclarando. De acordo com os contratualistas a justificação para a passagem de um Estado de Natureza para um Estado Social reside num hipotético contrato através do qual as pessoas transitaram da pluralidade dos sujeitos a uma unidade e concordaram em viver sob o manto de determinadas Instituições, com determinadas regras, em troca de segurança (Hobbes), de ordem (Locke) e de proteção de direitos individuais (Rousseau).

Tendo por boa a premissa, subjaz uma inquietação: porque é que o contrato social foi celebrado entre aquelas pessoas e não com aquelas outras? Dito com diferente verso, se para benefício da exposição aceitamos o argumento ontológico da contratualização como fonte do Estado Social, fica imaculada a resposta ao quesito da razão pela qual os homens decidiram integrar determinado círculo de sociabilização e não outros.

Dessarte, se a transição das tribos para uma sociedade mais complexa, mais estruturada, mais organizada, se pode explicar pelo crescimento populacional, pelo desenvolvimento da agricultura e demais avanços tecnológicos e pela posterior divisão de trabalho que promoveu estruturas sociais mais intrincadas, fica sem aclaração porque as pessoas foram mutuamente atraídas a formar aquelas comunidades específicas.

Donde, se não temos pejo em subscrever a premissa do *appetitus societatis*, i. e., o surgimento da sociedade tem na sua génese o instinto natural da convivência social, a disposição natural dos seres humanos para participar na comunidade e cooperar com os outros, fica por explicar como é que surgiram os diferentes povos e se organizaram na cidade. Os anacronismos amiúdem cegam-nos e formatados a definir povo como “o conjunto de homens, sejam estes quais forem, que, em certo momento, estão sujeitos às

---

<sup>46</sup> O axioma comumente atribuído a Aristóteles será provavelmente apócrifo, porquanto, também não o encontramos nas leituras que fizemos de Francis Bacon, o filósofo e ensaísta inglês a quem amiúde também é atribuída (embora a mesma seja uma fiel interpretação do seu pensamento sobre a natureza humana e a condição social).

leis do Estado e que têm um laço permanente com o poder político”,<sup>47</sup> tendemos a esquecer que não foram os Estados que formaram os povos, mas foram os povos que formaram os Estados. Pelo que, o que nos interessa investigar neste momento é a explicação para que as famílias, primeiro se tivessem primeiro reunido em tribos e, posteriormente, estas se conglomeraram e formaram determinados povos, para posteriormente compreender a origem e a natureza do poder político.

Convocando a antropologia, o termo “povo” refere-se a grupos de indivíduos que compartilham características comuns, unidos por laços culturais, históricos, religiosos, ou territoriais, que interagem, cooperam e compartilham experiências, pelo que, salvo melhor opinião, o cimento que une as pessoas de uma dada comunidade é a empatia, o cuidado, o desejo de estar próximo, que mais não do que metáforas para Amor,<sup>48</sup> que é, indubitavelmente, a autopoieses da vida em comunidade.

Os juristas, tantas vezes obcecados com a perseguição do ilícito, a coercibilidade, a sanção, os polícias e os tribunais, endeusam a Ordem Jurídica e tendem a esquecer que a Ordem Moral foi a primeira e mais importante ordem normativa, aquela que estabeleceu [e estabelece] a base e as metanormas para as restantes.

Desviando-nos da nossa rota para benefício da explicação e apelando a sábias palavras, se por moral entendemos o “conjunto de preceitos, concepções e regras, altamente obrigatórios para a consciência, pelas quais se rege, antes e para além do direito, algumas vezes até em conflito com ele, a conduta dos homens numa sociedade”,<sup>49</sup> urge questionar o que se explica o seu cumprimento espontâneo, o que justifica o sentimento de culpa, os remorsos, o medo (pavor<sup>50</sup>) da exclusão social? E, para o quesito, apenas podemos encontrar uma justificação: a empatia e o afeto pelo Outro, porquanto se o outro nos fosse indiferente, não temeríamos a sua valoração.

---

<sup>47</sup> MIRANDA, Jorge. *Introdução ao Direito Público*. Lisboa: AAFDL, 1983, p. 133.

<sup>48</sup> Porque não estamos obcecados em fingirmo-nos originais, convocamos palavras alheias cujo pensamento está alinhado com o nosso: “se o amor não era nem mais nem menos do que o cimento sobre o qual se sustenta a observância espontânea da ordem da Criação, a amizade constitui agora o vínculo que estrutura internamente os núcleos mais concretos da sociabilidade: a família, a cidade, o grupo profissional, a comunidade” (HESPANHA, António. *La Senda Amorosa del Derecho. Amor y iustia en el discurso jurídico moderno*. PETIT, Carlos (Ed.). *Pasiones del Jurista. Amor, memoria, melancolia, imaginación*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 48, em diálogo com São Tomás de Aquino).

<sup>49</sup> MONCADA, L. Cabral de. *Filosofia do Direito e do Estado*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 134.

<sup>50</sup> Todavia, a dor da vergonha social é comparável à de um cancro terminal, a traição pode ser tão dolorosa como uma ferida aberta, e os prazeres resultantes da admiração social, quer queiramos ou não, podem revelar-se orgásmicos” (DAMÁSIO, António. *Sentir & Saber – A Caminho da Consciência*. Lisboa: Temas e Debates, 2020, p. 156.

Assim, o *appetitus societatis* tem na sua génese a busca por relações significativas, a formação de sólidos laços de coesão social, a valorização do Outro; apenas o Amor ao Outro poderá justificar o surgimento das sociedades. E, para que as nossas palavras não fiquem isoladas num vácuo, invocamos as de António Damásio que, ao dissecar o processo de tomada de decisão, ensinou-nos, sob uma perspetiva neurológica, que as emoções desempenham um papel crucial na maneira como percebemos o mundo ao nosso redor e nos relacionamos com os outros. Porque Descartes estava efetivamente errado, e as emoções [v.g. o amor] atuam conjuntamente com a cognição e influenciam as nossas decisões, comportamentos e relações interpessoais. Com efeito, “a maioria das pulsões, motivações e emoções são também naturalmente sociais [...] o desejo<sup>51</sup> e a paixão, o apego, o carinho e o cuidado, a ligação e o amor, funcionam num contexto social”,<sup>52</sup> pelo que, “*a sociabilidade entra mais tarde na mente cultural humana, levada pela mão do afeto*”.<sup>53</sup>

Pelo exposto, convocar o afeto para explicar a passagem do Estado de Natureza para o Estado Social é recordar que é “desejo que nos impulsiona a agir, a procurar o prazer e a alegria [...] aquilo que mobiliza o homem, e a razão o princípio organizador que hierarquiza os desejos e procura os meios para sua realização”.<sup>54</sup>

#### 4. O Amor como a axiologia e o fundamento do Direito

Desde há anos que nas nossas vivências académicas vociferamos contra a definição de Direito como um conjunto de normas, porque há muito defendemos nos nossos escritos uma dimensão axiológica do Direito tendo por substrato os princípios, por serem estes que estabelecem o sustentáculo para a criação, interpretação e aplicação de um Direito mais justo.

Com efeito, *prima facie* os princípios que inspiram a norma posta, pelo que sempre que esta esteja em conflito com aqueles a sua aplicação é iníqua, porque estes são o suporte axiológico de um ordenamento jurídico que pretende ser coerente com a sua própria pretensão de legitimidade e validade,<sup>55</sup> direcionado para uma materialização ética de

---

<sup>51</sup> Não fosse, para Sócrates, o Amor “um desejo de algo que não se tem e que se deseja ter”, como refere no final da República de Platão.

<sup>52</sup> DAMÁSIO, António. *A Estranha Ordem das Coisas. A Vida, os Sentimentos e as Culturas Humanas*. Lisboa: Temas e Debates, 2017, p. 163.

<sup>53</sup> DAMÁSIO, António. *A Estranha Ordem das Coisas. A Vida, os Sentimentos e as Culturas Humanas*. Lisboa: Temas e Debates, 2017, p. 164.

<sup>54</sup> AZEVÊDO, Bernardo. O AMOR como fundamento legitimador do Direito. *Caderno Virtual*. V. 2. N.º 12 (2005), p. 3.

<sup>55</sup> Aqui, aproximo-me de MACHADO, J. Baptista. *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*. Coimbra: Livraria Almedina, 1995, *passim*.

Justiça. Efetivamente, no dia em que o Direito não *for a constante e perpétua vontade de dar a cada um o que é seu*, deixa de ser Direito. E, é por isso mesmo, que os Princípios “vinculam o próprio legislador constituinte porque, colocando as suas decisões normativas sob o signo da justiça, tem que se submeter à lógica dos princípios legitimadores de que se reclama, [pelo que] não podem ser derogados sem perversão da ordem jurídica e do sentimento jurídico da comunidade”.<sup>56</sup> Conseqüentemente, os princípios, ainda que ausentes da letra da lei, estão omnipresentes no espírito ético do ordenamento jurídico como postulados axiológicos da norma posta, competindo ao intérprete a necessidade de os revelar, donde, é preciso uma obediência inteligente à lei, porque o texto legal apenas responde corretamente a quem o interroga assertivamente. Por tudo, desde há muito que nos parece axiomático que, sem eles, “a ordem jurídica reduzir-se-ia a um amontoado de centenas de normas positivas, desordenadas e axiologicamente indeterminadas, pois, são os princípios gerais que, em regra, rompem a inamovibilidade do sistema, restaurando a dinâmica que lhe é própria”.<sup>57</sup>

Estabelecida a pertinência dos princípios, importa indagar como estes dialogam com o Amor. Se escutamos o pensamento de Ronald Dworking [porque nunca confundimos escutar com ouvir], sendo certo que o filósofo do direito americano nunca dissertou sobre o amor, quando abordou as temáticas da igualdade, da liberdade individual e da dignidade humana os seus argumentos sobre a importância dos valores morais na tomada de decisões legais devem ser associados a questões relacionadas aos relacionamentos interpessoais e à ética do cuidado e da compaixão, fundamentais para uma aplicação justa do Direito.

Destarte, o Amor como princípio jurídico sugere que o Direito deveria preocupar-se não apenas com a aplicação estrita e autocéfala de normas e regras jurídicas, mas também com a promoção do bem-estar humano, da compaixão, da fraternidade e da solidariedade dentro das sociedades. Nesse sentido, evidentemente que subscrevemos Francesco Carnelutti quando afirmou que o Direito é umas das formas que toma o Amor para atuar entre os Homens,<sup>58</sup> pelo que, o Amor seria a expressão ideal do Direito.<sup>59</sup>

---

<sup>56</sup> JUSTO, A. Santos. *Introdução ao Estudo do Direito*. 6.º Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 223, em diálogo com Baptista MACHADO.

<sup>57</sup> Maria DINIZ, *apud*, PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais e Norteadores para a Organização Jurídica da Família*. [Em linha]. Curitiba. [consult. 27 set. 16]. Disponível em: [http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2272/Tese\\_Dr.+Rodrigo+da+Cunha.pdf?sequence=1](http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.+Rodrigo+da+Cunha.pdf?sequence=1), p. 34.

<sup>58</sup> *Apud*. GRADE, Humberto. Direito e Amor. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Curitiba: Brasil. v. 5 (1957).p. 87.

<sup>59</sup> Assim, AZEVÊDO, Bernardo. O AMOR como fundamento legitimador do Direito. *Caderno Virtual*. V. 2. N.º 12 (2005), p. 3, em diálogo com Luís Warat e Dilsa Mondardo.

Com efeito, “o direito nasceu da necessidade de regular pacificamente as relações entre humanos, logo de um impulso amoroso, oposto à vingança e à exclusão”,<sup>60</sup> porque, o poeta<sup>61</sup> tem razão e *metade de nós é amor e a outra metade também*. E, para ilustrar, trazemos à colação palavras alheias, porque, como nos ensinou Paulo Ferreira da Cunha, “outro benefício da pós-modernidade é a possibilidade de alargamento das fontes citáveis academicamente”,<sup>62</sup> pelo que, cometemos a blasfémia de citar o monólogo inicial do filme *Love Actually* no qual, pela voz do *Hugh Grant*, o narrador nos recorda que *sempre que fico desanimado com a situação do mundo, penso no portão de desembarque do aeroporto de Heathrow. A opinião generalidade é a de que vivemos num mundo de ódio e ganância, mas não é isso que vejo. Parece-me que o amor está em toda a parte [...] Quando os aviões atingiram as Torres Gémeas, tanto quanto sei, nenhum dos telefonemas das pessoas a bordo eram mensagens de ódio ou vingança - eram todas mensagens de amor. Se você procurar, tenho a sensação de que descobrirá que o amor realmente está por toda a parte*. Porque, é insofismável, “é o amor que dá sentido à nossa existência”.<sup>63</sup>

Os cétricos podem procurar desconstruir-nos a narrativa argumentando que amiúde o amor é inconstante, líquido,<sup>64</sup> irracional [*pathos*], sem limites [porque *a única medida do amor é amar sem medida*<sup>65</sup>], pelo que como poderia ser o discurso legitimador do Direito?

Mas, admitindo a premissa e reconhecendo as contradições do Amor, não há como negar a sua existência, pelo que apenas por ingenuidade ou preconceito se poderá desconsiderar a sua relevância para o Direito. Porque é o amor que exprime a totalidade do Ser e possibilita o aperfeiçoamento do ser humano na sua relação consigo mesmo e com o Outro, pilares primordiais da vida em comunidade.

Se perscrutarmos as mais atuais doutrinas para aquilatar sobre a moralidade da ação humana, mais do que a velha querela entre os deontológicos que, na esteira de Immanuel Kant, enfatizavam o dever moral e a obrigação de seguir certos princípios éticos

---

<sup>60</sup> MONGINHO, Julieta. *Amor: A Fonte do Direito. O Amor e o Direito. Reflexos Jurídicos e Judiciais*. Lisboa: Centros de Estudos Judiciários. Fevereiro de 2019, p. 45.

<sup>61</sup> Trazemos à colação, com adaptação do texto, a *Metade* de Oswaldo Montenegro.

<sup>62</sup> CUNHA, Paulo Ferreira da. *Geografia Constitucional: Sistemas Juspolíticos e Globalização*. Lisboa: Quid Juris, 2009, pp. 606/607.

<sup>63</sup> FERRY, Luc. *A Revolução do Amor: Por uma Espiritualidade Laica*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 4.

<sup>64</sup> Embora infinito enquanto dura, como nos recorda Vinícius de Moraes no *Soneto da Fidelidade*.

<sup>65</sup> Axioma amiúde atribuído a Santo Agostinho, mas cuja paternidade, provavelmente deverá ser assacada a São Bernardo. Partindo da premissa, entendia-se que, o Amor não podia ter como regra a virtude (conforme nos recorda HESPANHA, António. *La Senda Amorosa del Derecho. Amor y iustia en el discurso jurídico moderno*. PETIT, Carlos (Ed.). *Pasiones del Jurista. Amor, memoria, melancolia, imaginación*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 25.

universais que sugere que uma ação é moralmente correta se puder ser universalizada sem gerar contradições, e os consequencialistas que, no trilha dos utilitaristas, alegavam que a moralidade da ação deverá ser avaliada com base nas suas consequências (a maximização da felicidade e do bem-estar ou a minimização de um mal), sobressai o primado da ética do cuidado que enfatiza as relações interpessoais (a responsabilidade mútua, a compaixão e a preocupação com o bem-estar dos outros), o cuidado, a empatia e a consideração pelos impactos nas relações humanas como base para avaliar as ações morais. Assim, os sequazes da ética do cuidado enfatizam a importância de entender a perspectiva dos outros reconhecendo a interdependência entre as pessoas e a importância de considerar o contexto relacional ao tomar decisões éticas, ou seja, a empatia com os outros como critério decisivo na avaliação a moralidade humana. Nesse sentido, é lapidar o pensamento de Nel Noddings quando sustenta que são os sentimentos e o envolvimento afetivo os fundamentos de toda a moralidade,<sup>66</sup> o “importa-se com” o Outro, e que a ética surgiria como um desdobramento das relações mais próximas, nas quais existem maiores laços afetivos.

Consequentemente, se por discurso legitimador do Direito entendermos o conjunto de argumentos utilizados para justificar e legitimar a existência, autoridade e validade do Sistema Jurídico, no seio uma determinada sociedade, a condição necessária para a sua aceitação e eficácia na regulação das relações sociais, a justificação o reconhecimento das normas legais como legítimas e comumente aceites pela sociedade, não podemos desvincular-nos do *ethos* que cimeta a sociedade.

E, se fizermos uma análise serena e descomplexada, hoje já não descortinamos o *Cosmos* dos gregos, o Deus dos cristãos, o *cogito* racionalista dos iluministas como fontes de legitimação, pelo que, importa indagar quais os valores que alimentam a civilização moderna.<sup>67</sup>

Se dissecarmos a nossa geografia cultural facilmente concluímos que atualmente ninguém está disponível para morrer pela Pátria, por Deus ou por Ideais; e, se por sagrado entendermos aquilo pelo qual as pessoas estão disponíveis para se sacrificar, facilmente concluímos que vivemos a sacralização do amor,<sup>68</sup> pelo que, apenas por aqueles que amamos estamos dispostos a sacrificar-nos.

---

<sup>66</sup> NODDINGS, Ned. *Caring: A Feminine Approach to Ethics & Moral Education*. Berkeley: University of California Press, 1996, pp. 79 e ss.

<sup>67</sup> Conforme, FERRY, Luc. *A Revolução do Amor: Por uma Espiritualidade Laica*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 4.

<sup>68</sup> A expressão é excelente, mas, infelizmente não é nossa, pelo que os seus créditos devem ser atribuídos a FERRY, Luc. *A Revolução do Amor: Por uma Espiritualidade Laica*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

Por vezes o mais complexo é a procura da simplicidade, mas, se ariscarmos uma definição, se quisermos dizer o que realmente o Direito é [tarefa abismal] talvez seja simplesmente um instrumento para regular a vida em sociedade. Porque o Direito não é sanção, prisões, policias e Tribunais, nem a perseguição constante e perpétua do ilícito; pelo contrário, o Direito procura a promoção do lícito, um meio para possibilitar a socialização e o convívio pacífico entre as pessoas, um instrumento que possibilita a socialização e o convívio pacífico entre as pessoas, uma ferramenta para a “criação de uma comunidade dos homens, na qual estes possam por fim desabrochar e procurar livremente a felicidade, com a única condição de respeitar o outro absolutamente, como fim e não apenas como “membro” ou como meio”,<sup>69</sup> de molde a permitir que o Homem se transcenda e realize a sua essência.

E, não o escamoteamos, na mesma medida que o Amor é um fundamento da Ordem, o Desamor [o Ódio] é a explicação para a desordem, pelo que a presença do Direito exige-se para através do prémio e da punição (porque o Direito não é apenas sanção) restabelecer o *cosmos*.

Mas, *cum grano salis*, porque, também neste contexto subscrevemos Paulo Ferreira da Cunha: “apesar de o Direito ser uma grande escola de vida, da imaginação e da organização do pensamento, apesar de, se bem entendido, na sua permanente luta pela Justiça, ser um ideal de vida exaltante, não é contudo, nem de perto nem de longe, o que mais importa no plano da vivência, nem do plano dos valores. Há valores mais altos que o Direito”,<sup>70</sup> pelo que, o Direito não pode ser visto como um fim, mas como um meio para permitir a sã convivência entre os Homens e para que estes se possam Realizar.

Afiançar que o Amor é o fundamento do Direito (algo que horroriza os hobbesianos convictos de que *lupus est homo homini lupus*) é constatar que, apesar da retórica do amor se escrever com múltiplas semânticas, de amiúde o Amor e o Direito seguirem por distintos trilhos, o Amor na sua universalidade é a *radix omnium virtutum*, pelo que apenas o Amor pode ser o primado que permite a existência de um Direito justo.<sup>71</sup> Porque

---

<sup>69</sup> FERRY, Luc. *A Revolução do Amor: Por uma Espiritualidade Laica*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p.74.

<sup>70</sup> CUNHA, Paulo Ferreira da. *Filosofia do Direito. Fundamentos, Metodologia e Teoria Geral do Direito*. 3.<sup>a</sup> Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2018.

<sup>71</sup> “Evidentemente, o amor enquanto tal não é um princípio novo — ele habita a humanidade desde que ela existe. O que é novo, como dissemos, é sua introdução, sob a forma de paixão e como ideal, na vida cotidiana da família, na qual, antigamente, ele não era bem-vindo” (FERRY, Luc. *A Revolução do Amor: Por uma Espiritualidade Laica*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 115).

“se Camus prefere a sua Mãe à Justiça é por um alto valor de Justiça que o faz: um valor de Amor”.<sup>72</sup>

## 5. Conclusão

Como nos ensinou Adam SMITH, *o amor que dantes era paixão ridícula, tornou-se sério e respeitável* e hoje é pacificamente aceite que o amor é um dos aspetos mais significativos e gratificantes da experiência humana, desempenhando um papel central em relacionamentos interpessoais, bem-estar emocional e na formação de comunidades e de sociedades mais coesas e empáticas.

Começamos este texto como uma evidência insofismável: o Amor é central para o conceito coevo de família, sendo esta constatação reconhecida pela norma jurídica. Mas esse nunca foi o nosso fito; usámos o subterfúgio para seduzir os positivistas e forçá-los a reconhecer que a norma posta reconhece o Amor como valor jurídico.

Se começamos por avocar as famílias foi porque estas são o primeiro pilar da vida em comunidade e, sem temer um *salto lógico*, permite-nos concluir que as razões que subjazem a constituição as relações familiares são semelhantes às que estão na génese do surgimento das comunidades.

Neste ensaio (com mais ou menos sucesso) procuramos defender que o Amor é o fundamento primeiro e último do Direito, a sua *raison d'être* e a sua finalidade. Refira-se que a nossa premissa peca por originalidade, porquanto, quem leu os clássicos recordar-se-á que a Escolástica enfatizava a natureza associativa e sociável do Homem, o seu *affectus societatis* e reconhecia que a Lei do Amor permitiria estabelecer a Ordem na sociedade<sup>73</sup>, conceção apenas corrompida pelo individualismo típico da modernidade, assente na convicção da natureza predadora e possessiva dos Homens. Algo de que discordámos nestas linhas, crentes (Crentes) que o Amor [e o Desamor] continua a ser a raiz de todas as ações.

Com efeito, não procuramos reipristinar o Amor por Deus da escolástica, porque subscrevemos que a atual metafísica do Amor une os Homens nas suas relações recíprocas num novo Humanismo verdadeiramente antropocêntrico no qual o sagrado é o humano.

---

<sup>72</sup> CUNHA, Paulo Ferreira da. Filosofia do Direito. *Fundamentos, Metodologia e Teoria Geral do Direito*. 3.<sup>a</sup> Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2018, p. 430.

<sup>73</sup> Como sublinha HESPANHA, António. *O Caleidoscópio do Direito. O Direito e a Justiça nos Dias de Hoje*. 2.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2009, p. 468.

## Referências

- AMORIM, Rui Jorge Guedes Faria. O Interesse do Menor: um Conceito Transversal à Jurisdição de Família e Crianças. *Revista do CEJ*, n.12, p. 83-115. Lisboa, 2009.
- AZEVÊDO, Bernardo. O AMOR como fundamento legitimador do Direito. *Caderno Virtual*, vol. 2. n. 12, p. 1-20, 2005.
- CAMPOS, Diogo Leite. A família como grupo: as duas agonias do direito da família. *Revista da Ordem dos Advogados*, a.54, n.3, pp.915-934. Lisboa, 1994.
- Catecismo da Igreja Católica, n.º 1660. *Arquivos do Vaticano*. Disponível em: [www.vatican.va/](http://www.vatican.va/). Acesso em: 31 jan. 2023.
- COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme. *Curso de Direito da Família*. 5. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. Filosofia do Direito. *Fundamentos, Metodologia e Teoria Geral do Direito*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2018.
- CUNHA, Paulo Ferreira. *Justiça & Direito*. Viagem à Tribo dos Juristas. Lisboa: Quid Juris, 2010.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. *Geografia Constitucional: Sistemas Juspolíticos e Globalização*. Lisboa: Quid Juris, 2009.
- DAMÁSIO, António. *Sentir & Saber – A Caminho da Consciência*. Lisboa: Temas e Debates, 2020.
- DAMÁSIO, António. *A Estranha Ordem das Coisas*. A Vida, os Sentimentos e as Culturas Humanas. Lisboa: Temas e Debates, 2017.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- DINIZ, João Seabra. Família Lugar dos Afectos. In: LEANDRO, Armando; LÚCIO, Álvaro Laborinho. *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*, pp. 143-162. Coimbra: Livraria Almedina, 2010.
- DÓRIA, Tatiana. *Filiação Socio-Afetiva no Direito Luso-Brasileira*. Tese de Mestrado. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2019.
- FERRY, Luc. *A Revolução do Amor: Por uma Espiritualidade Laica*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.
- GIDDENS, Anthony. *As Consequências da Modernidade*. São Paulo: Editora Unesp, 1991.
- GRADE, Humberto. Direito e Amor. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 5, p. 86-116, Curitiba, 1957.
- GUERRA, Paulo. O Miúdo da Bicicleta. A Força do Irrepetível. *Revista do CEJ: Dossiê Temático: Crimes contra a Autodeterminação Sexual com Vítimas Menores de Idade. Centro de Estudos Judiciários*, n. 15, pp. 331-336. Lisboa, 2011.
- HESPANHA, António. O Caleidoscópio do Direito. O Direito e a Justiça nos Dias de Hoje. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2009.
- HESPANHA, António. La Senda Amorosa del Derecho. Amor y iustia en el discurso jurídico moderno. In: PETIT, Carlos (Ed.). *Pasiones del Jurista*. Amor, memoria, melancolia, imaginación. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 23-74.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A Resposta Judicial Brasileira aos casos de Negligência Afetiva na Relação Paterno-filial. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro.
- JUSTO, A. Santos. *Introdução ao Estudo do Direito*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- LANÇA, Hugo Cunha. Dormir com alguém e casar com o Estado: uma espécie de manifesto pela privatização do direito matrimonial. *Civilistica.com*, a. 12, n. 3, 2023.
- LANÇA, Hugo Cunha. Este não é um artigo sobre o preço de fazer o jantar: os créditos compensatórios ao ex-conjuge. *Revista de Direito Brasileiro*. Posso Fundo. vol. 19, 2023.

- LANÇA, Hugo Cunha. *Cartografia do Direito das Famílias, Crianças e Adolescentes*. Lisboa: Sílabo, 2019.
- LANÇA, Hugo Cunha. *Regulação dos conteúdos disponíveis na internet*. Lisboa: Chiado Editora, 2016.
- LANÇA, Hugo Cunha. *Breves Considerações à Lei do Casamento Descartável (também conhecida por Lei do Divórcio)*. Revista Verbo Jurídico, p. 1-22, 2010.
- LANCELIN, Aude; LEMONNER, Marie. *Os Filósofos e o Amor*. Amar, de Sócrates a Simone de Beauvoir. Lisboa: Tinta da China, 2021.
- LYOTARD, Jean-François. *A Condição Pós-Moderna*, 2. ed. Lisboa: Gradiva, 1989.
- LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- LUCAS, D. C., e GHISLENI, P. C. O amor e o direito pertencem a “idiomas” distintos: uma crítica à juridicização do afeto. *Revista Brasileira De Sociologia Do Direito*, n. 4, pp. 106-131, 2017.
- MACHADO, J. Baptista. *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.
- MALUF, Adriana Dabus. *Direito das Famílias: Amor e Bioética*. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2012.
- MIRANDA, Jorge. *Introdução ao Direito Público*. Lisboa: AAFDL, 1983.
- MONCADA, L. Cabral de. *Filosofia do Direito e do Estado*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- MONGINHO, Julieta. *Amor: A Fonte do Direito. O Amor e o Direito. Reflexos Jurídicos e Judiciais*, pp. 45/52. Lisboa: Centros de Estudos Judiciários, fev./2019.
- MORAES, Dax. *História Filosófica do Amor. Ensaio para uma nova compreensão da essência do amor humano*. Natal: EDUFRN, 2019;
- MOURA, José Souto. Quando o “amor” mata. O Amor e o Direito. Reflexos Jurídicos e Judiciais, pp. 19/44. Lisboa: Centros de Estudos Judiciários, fev./2019.
- NODDINGS, Ned. *Caring: A Feminine Approach to Ethics & Moral Education*. Berkeley: University of California Press, 1996.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais e Norteadores para a Organização Jurídica da Família*. [Em linha]. Curitiba. [consult. 27 set. 16]. Disponível em: [acervodigital.ufpr.br/](http://acervodigital.ufpr.br/).
- PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito da Família Contemporâneo*. 3. ed. Lisboa, AAFDL, 2012;
- POLI, Luciana Poli. Por um Direito menos Afetivo. *Revista Direitos Humanos Fundamentais*, a. 16, n. 1, p. 27/37. São Paulo, jan.-jun./2016.
- RIESMAN, David, GLAZERE Nathan; DENNEY, Reuel. *The Lonely Crowd: a Study of the Changing American Character*. New Haven: Yale University Press, 2001.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Emílio ou Da Educação*. Rio de Janeiro: Bertrand, 1995.
- SOTTOMAYOR, Maria Clara. Liberdade de Opção da Criança ou Poder do Progenitor? Comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 31 de Outubro de 2007. *Lex Familiae*. Revista Portuguesa de Direito da Família, a.5, n.9. Coimbra, 2008.
- TARTUCE, Flávio. O Princípio da Afetividade no Direito de Família [Em linha]. São Paulo. [cons. 27 set. 23]. Disponível em: [flaviotartuce.jusbrasil.com.br/](http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/).
- TISSERON, Serge. *As Crianças e a Violência nos Ecrãs: a Influência da Televisão, Cinema e Jogos de Computador nas Crianças*. Porto: Ambar, 2004.

### **Como citar:**

LANÇA, Hugo Cunha. O Amor como discurso legitimador do Direito. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 13, n. 2, 2024. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc>. Data de acesso.



**civilistica.com**

Recebido em:

8.3.2024

Aprovado em:

12.6.2024