

O discurso do afeto

Nely Vianna Kauffmann do Nascimento¹

“Existe um fio que entre nós tece discursos e entrelaça as tramas do nosso destino... E quietamente vamos. Sim.”

Domenico Broussard

Resumo

As decisões judiciais acerca da possibilidade de indenização civil por danos morais oriundos do abandono afetivo do filho pelo pai, bem como a discussão no meio jurídico apontam para o predomínio de um discurso de valorização do afeto como realidade digna de tutela nas relações familiares. A proposta da presente análise é evidenciar as concepções de Direito, família e afeto que emergem do debate público, por vezes contraditórias e paradoxais, fruto das tensões, lutas e diálogos na tentativa de traçar novos contornos de um Direito das famílias.

Palavras-chave: Afeto. Família. Abandono afetivo. Reparação civil. Discurso jurídico.

Apresentação

Ela até tentava se livrar dos pensamentos prospectivos, daquelas ideias que criam problemas mais graves do que os reais (afinal, não podem ser enfrentados!). O orientador conhecia bem seu estilo de reagir ao formalismo e até lhe permitia algumas licenças na redação da monografia. E afinal, outros autores já haviam ousado iniciar suas obras de forma pouco convencional.

Não, definitivamente, não é assim que se inicia a uma monografia, um trabalho científico.

¹ Bacharel em Direito pelo UniCeub. Esta monografia, orientada pela Prof^o Ms. Luiz Patury, foi apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em direito do Centro Universitário de Brasília. A banca examinadora indicou o trabalho para concorrer ao concurso de monografias Victor Nunes Leal. Concurso no qual o trabalho foi classificado em 2^o lugar.

A expectativa da crítica de especialistas, mestres e doutores balança. Mas a aluna-quase-bacharel não pode começar justamente o seu discurso, sem ao menos esboçar o caminho que o construiu. Diante dos doutores, mestres e especialistas apela para o princípio da caridade, cujo efeito, diz Dworkin, é transformar o que a pessoa diz no melhor exemplo de comunicação possível.

Enquanto os colegas desesperavam-se na escolha do tema da monografia, ela chegou ao oitavo semestre do curso tranquila. Sabia o que queria estudar e, de forma pretensiosa, tinha até a resposta a ser defendida. Sobre a possibilidade de condenação à indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo pelo pai, levantaria a bandeira, todas as bandeiras de proteção aos princípios constitucionais que repersonalizam as relações privadas.

Dizia poeta de país distante que o caminho se faz ao andar. Ao travar os primeiros contatos com as abordagens sobre o assunto, a aluna percebeu que os discursos, em sua maioria, eram voltados à explicação dos institutos da reparação civil e do dano moral para tentar demonstrar sua aplicabilidade ou não ao Direito das Famílias. E ainda que ela dedicasse os próximos anos à pesquisa, não diria nada diferente se seguisse a mesma abordagem dogmática.

E foi então que desistiu, jogou a toalha e procurou o orientador para que ele indicasse o caminho da salvação. Já nesse primeiro contato, acenou o mestre (jura que notou um quê de satisfação em sua fisionomia ao perceber o desespero da orientanda) para novas possibilidades de dialogar com o tema. Se tudo aparentemente já havia sido dito, *o que exatamente* estava sendo dito sobre o assunto.

Era, definitivamente, a morte do rumo que inicialmente pensou em dar à pesquisa e o início do refletir acerca da diferenciação entre o caráter sistemático do Direito, argumento para sua cientificidade, e a dogmática. Assim, enfrentou o luto, o medo e a promessa: perceber as possibilidades de outras formas de tratamento dos temas de interesse jurídico que não deixam de ser científicas por não serem dogmáticas.

Até aqui caminhou a aluna-quase-bacharel, não sem certo receio por haver afastado a terra firme da busca de uma resposta entre as várias já existentes. Propôs, orientada por um sociólogo que (graças a Deus) a levou a viajar por mares e leituras nunca dantes imaginadas, uma interpretação acerca do discurso da tutela do afeto.

A crônica de apresentação, pessoal demais, dirão alguns, foi a forma que encontrou de despedir-se do texto, que passa a não mais pertencê-la. A partir desse momento o sentido do trabalho está aberto, como ensina Ricoeur, a quem quer que possa lê-lo.

1 Introdução

A pesquisa acadêmica como produção de conhecimento é a razão maior do ensino que se diz superior. Entretanto, uma série de fatores encaminha a formação universitária para o desenvolvimento prioritário da competência técnica, que, sem dúvida, é essencial, porém não exclui, antes, clama por competências científicas que enriqueçam e reconstruam não só as técnicas, mas a própria Ciência que se pretende estudar. Eis a idéia que definiu o olhar e gerou o discurso que agora compartilhamos.

O presente trabalho de graduação traz como pano de fundo as recentes discussões acerca da obrigação paterna de, mais do que assistência material, oferecer afeto e cuidado moral e psíquico aos filhos. A questão ganhou destaque quando o Tribunal de Alçada de Minas Gerais, reformando sentença monocrática, reconheceu o direito à indenização por danos morais a Alexandre, filho cujo pai, embora cumprisse com as obrigações patrimoniais, efetuando o pagamento de pensão alimentícia regularmente, absteve-se do dever de cuidado e assistência, deixando de visitar e de acompanhar seu desenvolvimento.

Em sede de recurso, entretanto, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) reformou a decisão, por considerá-la verdadeira monetarização do afeto. O acórdão do STJ, proferido em fins de 2005, mais do que incentivar a discussão acerca do tema

específico da responsabilização civil dos pais pela omissão do afeto, gerou caloroso debate acerca do Direito de Família, em um contexto maior e mais complexo do que o frequentemente exposto nos manuais de doutrina.

O Direito Civil, na atualidade, ganha contornos e interpretações cada vez mais voltados aos princípios constitucionais, em especial a dignidade da pessoa humana. No âmbito do Direito de Família, os desafios interpretativos são multifacetados, diante da construção, na História, de novos institutos e valores, tais como, o reconhecimento da pluralidade de formas de organização familiar, a igualdade jurídica entre os cônjuges e entre os filhos, a doutrina da proteção integral e a paternidade responsável.

Nas discussões no campo jurídico, encontramos, de um lado, discursos a sustentar a impossibilidade de aplicação do instituto da responsabilidade civil ao Direito de Família afirmando que os pais não podem ser punidos pela falta de afeto por seus filhos. À primeira vista, tal posicionamento enfoca a defesa do direito do pai de não amar seu filho, de seguir a vida sem ele, desde que garanta a satisfação de suas necessidades materiais. Não nega a importância da convivência, mas entende que punir a falta de afeto com indenizações pecuniárias, mais do que prevenir situações de abandono, pode aumentar o abismo entre pais e filhos e agravar os conflitos. De outro lado, posicionam-se aqueles em defesa do direito de convivência com os genitores, garantido às crianças e adolescentes, entendendo que sua inobservância deveria ser punida de alguma forma, no escopo de coibir o abandono afetivo. Neste raciocínio, privilegia-se o direito da criança não só à assistência material, mas às condições psicológicas que permitam o desenvolvimento saudável de suas potencialidades.

O exercício de pesquisa proposto é, justamente, o diálogo entre os discursos, a compreensão dos fundamentos ideológicos e das razões evidenciadas em sua exteriorização para, diante das divergências, não perguntar qual a melhor explicação, mas indagar acerca do porquê do dissenso.

Para construir uma pesquisa jurídica, alguns tipos de questões devem ser considerados, a saber, as questões dogmáticas e questões zetéticas, ou de pesquisa.

As questões dogmáticas deixam transparecer o ato de opinar, de ressaltar certas opiniões com vistas a orientar determinada ação ou decisão. As questões de pesquisa, por seu turno, questionam e dissolvem meras opiniões, mediante processo de questionamento que exige fundamentação e que se orienta ao estabelecimento de novas conexões. Os dois tipos de questão estão em correlação funcional e apontam para a articulação de diferentes modelos da Ciência do Direito, determináveis de acordo com a “efetiva concepção do ser do homem, como centro articulador do pensamento jurídico” (FERRAZ JUNIOR, 2006, p. 46-47).

Muito embora a ênfase do presente trabalho esteja nas questões de pesquisa e na atividade interpretativa, não há que se olvidar que o caráter múltiplo das abordagens e linguagens geradas pelo diferentes sistemas aponta para a impossibilidade de uma única Ciência do Direito², fator este de relevância se considerarmos que, em um mesmo discurso, estaremos diante de modelos interpretativos que não são estanques, mas interrelacionam-se em um único sistema jurídico.

A análise das decisões judiciais nessa esfera, bem como de toda a discussão por elas gerada em diferentes searas do meio jurídico apontam para o predomínio de um discurso de valorização do afeto nas relações familiares. Entretanto, uma análise mais cuidadosa permite perceber que, por vezes, o discurso que se intitula de vanguarda, usando na jurisprudência ou criticando sobremaneira as decisões contrárias à reparação civil por abandono afetivo, evidencia noções de família mais próximas ao modelo tradicional do que às configurações de família reconhecidas pela Constituição Federal. Dessa maneira, nos vários discursos do debate público ora analisado, emergem concepções de Direito, família e afeto por vezes contraditórias e paradoxais, fruto das tensões, lutas e diálogos na tentativa de traçar novos contornos de um Direito das Famílias.

² A noção de Ciência, segundo Fourez (1995, p. 20) pode ser utilizada no código restrito e no código elaborado, dois tipos de linguagem das quais nos servimos para falar do mundo. O código restrito, utilizado na maior parte dos cursos de Ciência, corresponde à ânsia humana de ordenar e controlar o mundo. Por sua vez, o código elaborado liga a idéia de Ciência a outros conceitos mais amplos, permitindo que se discursse sobre sujeitos e objetos a respeito dos quais não compartilhamos, necessariamente, as mesmas pressuposições. Neste trabalho, pretende-se abordar o caráter crítico e emancipatório da Ciência, superando a linguagem cotidiana e prática para buscar alcançar não o “como”, mas o “porquê” do debate acerca da reparação civil nas relações familiares.

O primeiro capítulo da pesquisa objetiva estabelecer as bases epistemológicas sobre as quais será construída a argumentação, bem como a metodologia de trabalho, situando o leitor acerca das concepções de sujeito de conhecimento, sobre as percepções de verdade e sobre a maneira como os discursos podem evidenciar novas formas de subjetividade e de relações do homem com a verdade.

No segundo capítulo procuraremos refletir acerca dos fatos, percebendo sua existência como uma construção do Direito. Aqui discorreremos sobre as decisões judiciais como interpretações possíveis das práticas jurídicas, afastando definitivamente a ambição de provar argumentos ou verdades (lembrando que, para Foucault, a vontade da verdade é um fator de rarefação do discurso) e acenando para a descrição dos eventos que envolvem e constroem a prática jurídica em torno do afeto.

A terceira parte da pesquisa propõe uma abordagem das formas de intervenção do Estado na vida privada, em especial das ideologias que despontam na doutrina e jurisprudência no contexto das tensões entre as noções de família biológica e família afetiva, entre códigos relacionais de honra e hierarquia e códigos do individualismo a elaborar discursos e configurações ideológicas.

O acórdão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) gerou uma série de discussões entre os juristas e também no meio acadêmico. Considerando que análise de um julgado envolve não apenas o estudo de seu texto, mas uma visão de todo o debate que o construiu, o quarto capítulo propõe o ir e vir entre a argumentação da decisão do STJ, a decisão monocrática que negou a reparação, o julgado do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, que originou o recurso especial, bem como a resposta no meio jurídico às proposições expostas no julgamento, buscando também nelas a concepção de Direito e afeto.

Finalmente, o quinto capítulo surge como reflexão acerca das bases de formação do discurso acadêmico do afeto. A análise de três monografias jurídicas do Curso de Direito do UniCEUB proporcionará um panorama de como os argumentos favoráveis e contrários à punição dos pais que abandonam afetivamente seus filhos são analisados e reconstruídos, a partir das novas formas de comunicação engendradas pelas discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

2 Sobre ideologias, sujeitos e discursos jurídicos

A linguagem, escrita, verbal ou de qualquer outro tipo, é o modo pelo qual se expressam valores, emoções, ideias e direitos, representando, portanto, dado constitutivo das sociedades humanas. O papel da exploração da linguagem na interpretação do universo jurídico permite novas possibilidades metodológicas, se considerarmos que a argumentação no Direito não acontece fora de contexto. O elemento ideológico perpassa toda a linguagem e as práticas jurídicas, conferindo-lhes grau intenso de elaboração em virtude do poder e suação que reveste seu discurso (CARNEIRO, 1998).

Inicialmente, cumpre afastar da noção de ideologia que embasa a presente pesquisa as análises marxistas tradicionais, em especial as ideias de que o fenômeno ideológico impõe-se como elemento perturbador da relação do sujeito com a verdade. Nas palavras de Foucault (2005, p. 27) “[...] as condições políticas, econômicas de existência não são um véu ou um obstáculo para o sujeito de conhecimento, mas aquilo através do qual se formam os sujeitos de conhecimento [...]”.

Carneiro (1998, p. 26-27), ao analisar a obra de Paul Ricoeur, expoente da Escola Filosófica de Paris, destaca o papel relevante que as ideologias exercem para a interpretação, pois é “a partir delas que pensamos; e não somente sobre elas”. Assim, afirma a autora que, segundo Ricoeur, não existem lugares não ideológicos nas sociedades e a proposta de hermenêutica, partindo deste pressuposto, deve fundar-se na decodificação e interpretação dos signos que compõem o discurso ideológico³.

Delineada a concepção de ideologia, outra tarefa a cumprir: construir a ideia do sujeito articulador, tanto dos discursos jurídicos quanto de suas interpretações. Mais uma vez, Foucault (2005, p. 10) vem acenar para um sujeito que “[...] não é dado definitivamente, que não é aquilo a partir do que a verdade se dá na história,

³ Na mesma linha Dumont (2000) define a ideologia como um sistema de ideias e valores que tem como curso num dado meio social. A seguir, aponta o individualismo como a configuração ideológica moderna, construída do ponto de vista dos valores globais, propondo que, pelo estudo das redes ideológicas, se busque chegar às relações fundamentais nelas subentendidas.

mas de um sujeito que se constituiu no interior mesmo da história e que é a cada instante fundado e refundado na história [...]”. Partindo de tal premissa, o mesmo sujeito que constrói o discurso constitui-se historicamente através de um discurso tomado como um conjunto de estratégias que fazem parte das práticas sociais.

Foucault (2007, p. 26) entende o autor não como aquele que pronunciou ou escreveu o discurso, mas como “princípio de agrupamento do discurso, como unidade e origem de suas significações, como foco de sua coerência”.

Entretanto, não obstante o reconhecimento de tal papel ao autor, Ricoeur (1999) ressalta a importância do conceito da autonomia semântica do texto, que resulta da desconexão da intenção mental do autor relativamente ao significado do texto. Em outras palavras, Ricoeur afirma a separação entre o que o autor quis dizer e o que o texto significa. “A carreira do texto subtrai-se ao horizonte finito vivido pelo seu autor. O que o texto significa interessa agora mais do que o autor quis dizer quando o escreveu” (RICOEUR, 1999, p. 41).

Não se trata de ignorar, na tarefa de interpretação, a noção de significado autoral, mas de compreendê-lo como uma dimensão do discurso. Ricoeur (1999) alerta para o risco de incorrerem no que chama falácia intencional, a sustentar a intenção do autor como critério para interpretação válida do texto. Ou ainda, por outro lado, o perigo de optarmos pela falácia do texto absoluto, percebido como uma entidade sem autor.

Se a falácia intencional passa por alto a autonomia semântica do texto, a falácia contrária esquece que num texto permanece um discurso feito por alguém a mais alguém acerca de alguma coisa. É impossível eliminar de todo esta característica principal do discurso sem reduzir os textos a objetos naturais, isto é, a coisas que não são feitas pelo homem, mas que, como calhaus, se encontram na areia (RICOEUR, 1999, p. 42).

Nesta esteira, Foucault (2005, p. 9), ao propor como eixo metodológico a análise dos discursos, discorre sobre a forma como devem ser considerados os fatos de discurso: “como jogos (games), jogos estratégicos, de ação e reação, de dominação e de esquiwa, como também de luta”.

Assim, a análise da linguagem jurídica deve estar atenta à constituição histórica do sujeito de conhecimento através do discurso, meio pelo qual homem e verdade se relacionam e definem tipos de subjetividade, dentro de determinadas condições de existência.

Chegamos, então, ao terceiro objeto dessa reflexão inicial: o discurso do Direito como processo de representação, como forma de apresentar um mundo no qual a própria descrição dos fatos adquira sentido. “Trata-se basicamente, não do que aconteceu, e sim do que aconteceu aos olhos do Direito [...]” (GEERTZ, 2004, p. 259). E, sob essa perspectiva, do Direito como forma de ver o mundo, há que se levar em conta “o conjunto de atitudes práticas sobre o gerenciamento de disputas que essa própria forma de ver o mundo impõe aos que a ela se apegam” (GEERTZ, 2004, p. 276).

Foucault (2007, p. 10), percorrendo as práticas discursivas, revela o discurso como, a um só tempo, aquilo que expressa o desejo e é objeto desse mesmo desejo. “O discurso não é simplesmente aquilo que traduz as lutas ou os sistemas de dominação, mas aquilo por que, pelo que se luta, o poder do qual nos queremos apoderar”.

Para entrar no que denomina “a ordem arriscada do discurso” como eixo de pesquisa, Foucault (2007, p. 51) aponta para exigências de método impostas pela natureza da tarefa, enumeradas sob a forma de princípios, cuja compreensão é fundamental para a análise proposta nos próximos capítulos.

Inicialmente, um princípio de inversão, que consiste em perceber, no que julgávamos como fonte dos discursos e princípio de sua continuidade – como o autor, a disciplina, a vontade de verdade – “o jogo negativo de um recorte e de uma rarefação do discurso (FOUCAULT, 2007, p. 52).

Tem-se o hábito de ver na fecundidade de um autor, na multiplicidade dos comentários, no desenvolvimento de uma disciplina, como que recursos infinitos para a criação dos discursos. Pode ser, mas não deixam de ser princípios de coerção; e é provável que não se possa explicar seu papel positivo e multiplicador, se não se levar em consideração sua função restritiva e coercitiva (FOUCAULT, 2007, p. 36).

Uma segunda regra aponta para um princípio de especificidade, importando não perceber o discurso como jogo de significações prévias a serem apenas decifradas. A tal orientação, acrescenta-se, enquanto fundamento metodológico, a percepção dos discursos como práticas descontínuas, “que se cruzam por vezes, mas também se ignoram ou se excluem” (FOUCAULT 2007, p. 52-53).

Finalmente, uma regra de exterioridade, acenando não para o núcleo escondido da argumentação, manifestado através do discurso, mas para suas condições externas de possibilidade (FOUCAULT, 2007, p. 53).

À luz desses princípios, muito embora seja certo que o discurso jurídico, codificado durante séculos pelas mais variadas retóricas, possa ser analisado pela decodificação e identificação dos *topói*⁴, não se esgota nessa dimensão a análise da prática discursiva. O discurso transcende à função de apontar o que já existe. Fala de possibilidades de mundo e de modos de nele alguém se orientar. Nele, “mostrar é ao mesmo tempo criar um novo modo de ser” (RICOEUR, 1999, p. 99).

Assim, a análise do discurso jurídico do afeto do Direito de Família, ainda que parta da identificação dos lugares argumentativos da discussão, deve procurar alcançar os novos modos de comunicação engendrados no público, público este criado pelo próprio discurso (RICOEUR, 1999, p. 42).

Efetivamente, o que é que num texto se deve compreender e por conseguinte apropriar? Não é a intenção do autor, que se encontra supostamente oculta por detrás do texto; não é a situação histórica comum ao autor e aos seus leitores originais; não são as expectativas ou sentimentos desses leitores originais; nem sequer a auto compreensão que de si tinham como fenômenos históricos e culturais. Aquilo de que importa apropriar-se é o sentido do próprio texto, concebido como a direção do pensamento aberta pelo texto.

⁴ Analisando a obra de OSWALD DUCROT, em conjunto com JEAN CLAUDE ANS-COMBE (Argumentação e topói argumentativo in História e sentido da linguagem, organizado por Eduardo Guimarães, Pontes, Campinas, 1989), Carneiro (1998, p. 35) explica a noção de “topos” como lugar comum argumentativo, esclarecendo que “os topói são, na concepção desses autores, os conectivos que assinalaram a relação argumentativa da linguagem, que é explicada pela situação ideológica do discurso e pelos princípios lógicos, psicológicos, retóricos, sociológicos, etc.”

Por outras palavras, aquilo de que importa apropria-se nada mais é do que o poder de desvelar um mundo que constitui a referência do texto. Dessa maneira, estamos o mais longe possível do ideal romântico de coincidir com a psique alheia. Se se pode dizer que coincidimos com alguma coisa não é com a vida interior de outro ego, mas com o desvelamento de um modo de olhar as coisas, que é o genuíno poder referencial do texto (RICOEUR, 1999, p. 104).

Na atualidade, no discurso do afeto impondo ou negando responsabilidade civil ao pai por abandono moral do filho, nesse jogo de encontros, luta e compromisso entre os instintos, emergem novos tipos de subjetividade, formas de conhecimento e relações entre o homem e a verdade que merecem ser estudadas (FOUCAULT, 2005).

Geertz (1997, p. 325) refere-se à noção de sensibilidade jurídica como um “complexo de caracterizações e suposições, estórias sobre ocorrências reais, apresentadas através de imagens relacionadas a princípios abstratos”. No mundo atual, as diferenças que surgem muito rapidamente têm, segundo ele, com referência ao direito, duas fontes principais:

a persistência das sensibilidades jurídicas formadas em épocas não necessariamente mais admiráveis, mas certamente mais auto-suficientes, e o confronto dessas sensibilidades com outras não necessariamente mais admiráveis, nem formuladas com maior profundidade, mas que certamente têm maior sucesso internacional (GEERTZ, 1997, p. 331).

Trata-se, segundo Geertz (1997), de uma confusão de linguagens jurídicas que não é transitória, que não caminha para a correção histórica, constituindo, antes, uma condição solidificada que o autor discute sob a denominação de pluralismo jurídico, a acenar para a existência inegável de variedade.

O que Geertz (1997) entende como confusão de linguagens jurídicas, Machado (2001), define como tensão entre códigos relacionais. Na discussão da tutela do afeto, há que se perceber, então, tal confusão-tensão, não na tentativa de neutralizá-la, mas para mergulhar na riqueza do ecletismo jurídico — “algo estrangeiro, algo nacional, algo secular, algo religioso, algo estatal, algo tradicional, o que é comum em todos os países em desenvolvimento” (GEERTZ, 1997, p. 334).

Traçadas tais considerações acerca dos sujeitos do conhecimento e sobre a maneira como os discursos podem evidenciar formas de relações do homem com a verdade, tempo de perceber as especificidades de tais relações quando o olhar que percebe o mundo e sobre ele discursa é o olhar do Direito.

3 Sobre fatos, direito (s) e decisões judiciais

Um caso individual, como a história de Alexandre Batista Fortes e seu intento de ver reconhecido o prejuízo moral decorrente da falta de afeto de seu pai durante seu desenvolvimento, proporciona ao Direito base para uma série de reflexões. Apontando para aspectos de aproximação entre a Antropologia e o Direito, Geertz (1997, p. 249) destaca como característica comum o fato de ambos se entregarem “à tarefa artesanal de descobrir os princípios gerais em fatos paroquiais”.

É certo que os institutos de Direito de Família reconstróem princípios ao passo em que são reconstruídos por eles. No âmbito constitucional, o tão alardeado princípio da dignidade da pessoa humana, associado a outros princípios dele decorrentes, tais como o da igualdade e liberdade, redesenhou a interpretação e aplicação do Direito às situações concretas e, através de insistente e abrangente discurso, acenou para a vinculação cada vez maior das interpretações de Direito privado à luz de seus preceitos (ASSUMPÇÃO, 2004).

Certo é também que tal reconstrução se dá em meio a um emaranhado de novos fatos que, como vimos, não nascem espontaneamente, são construídos socialmente por elementos jurídicos, são fatos vistos aos olhos do Direito: “e se o Direito difere, de um lugar para o outro, de uma época a outra, então o que seus olhos vêem também se modifica” (GEERTZ, 1997, p. 259).

Como, então, foram construídos, aos olhos do Direito (e de que Direito) os fatos que geraram a discussão da reparação afetiva por abandono moral? Qual o papel do afeto na edificação da relevância jurídica do abandono paterno? Que tipo de relações entre homem e verdade são construídas pelo discurso do afeto no arbitramento de danos e responsabilidades no âmbito das relações familiares?

Na esquina dessas indagações, conversamos com Dworkin (2007) para perceber que as divergências sobre a indenização por dano moral nas relações de paternidade decorrem não dos fatos em si, mas de diferentes representações, aos olhos do Direito, sobre um mesmo fato. Dworkin (2007) destaca que, nas divergências teóricas entre advogados e juízes, escondem-se (ou revelam-se) suas concepções de direito. Por isso há divergência, ainda que estejam de acordo sobre as leis aplicadas e sobre o que as autoridades disseram no passado. Por isso – e essa hipótese construo eu, no diálogo com Dworkin (2007) — há divergência acerca da possibilidade de reparação civil por abandono afetivo, ainda que se reconheça o dano e o nexo de causalidade que, em tese, gerariam o direito à indenização. Por isso, diferentes discursos do afeto justificam e, paradoxalmente, excluem tal possibilidade.

O tipo de divergência presente afasta-se, também, da discussão acerca da existência da norma ou da justiça de sua aplicação, deixando entrever uma dimensão dos fundamentos de direito aplicados na construção da argumentação. Neste ponto, justifica-se a relevância da análise jurisprudencial.

Estudaremos o argumento jurídico formal a partir do ponto de vista do juiz, não porque apenas os juízes são importantes ou porque podemos compreendê-los totalmente se prestarmos atenção ao que dizem, mas porque o argumento jurídico nos processos judiciais é um bom paradigma para a exploração do aspecto central, proposicional da prática jurídica (DWORKIN, 2007, p. 19).

Dumont (2000, p. 20) vem reforçar a linha metodológica rabiscada nas idéias de Ricoeur (1999) e Foucault (2007): tomando o texto jurisprudencial como objeto de estudo, a proposta é afastar a tendência de fragmentação de acordo com nossas disciplinas e especialidades, permitindo uma visão global que não seja arbitrária.

Em última análise, para verdadeiramente compreender, cumpre investigar no campo todo, pondo de lado, se necessário, esses compartimentos, aquilo que corresponde neles ao que conhecemos e em nós ao que eles conhecem: por outras palavras, é imprescindível esforçar-se para construir aqui e lá fatos comparáveis (DUMONT, 2000, p. 3).

Ao tempo em que explodem fatos a nossa volta diariamente, a sensação de complexidade empírica contribui para o temor a tal complexidade, algo como

“mãos jurídicas” perdendo o controle do mundo, das ocorrências e das circunstâncias. Reconhece-se o temor aos fatos como autêntico sentimento jurídico. Em resposta à explosão e ao temor aos fatos, no jogo de ação e reação de Foucault (2005), a esterilização dos fatos surge, confundindo a prática do Direito e as reflexões sobre ele: em meio à crescente complexidade dos fatos, “a revolução geral de expectativas crescentes com relação às possibilidades da determinação factual e a sua capacidade de resolver questões insolúveis que a cultura geral do cientismo gerou em todos nós” (GEERTZ, 1997, p. 255).

Embora considere processo inevitável e necessário a redução dos fatos às capacidades genéricas daqueles que se propõem a “guardar a lei”, Geertz (1997) alerta para os riscos no exagero desta simplificação. A própria experiência com esta pesquisa demonstrou o quão presente é a tendência de compartimentalização e simplificação na construção de um discurso ou em sua interpretação: por inúmeras vezes, a tendência de enquadrar o discurso do afeto em categorias pré-determinadas, que conferissem às “mãos estudantes” maior tranquilidade na descrição dos fatos. Foucault (2007, p. 6) traduz tal sentimento como o “desejo de não ter que começar, um desejo de se encontrar, logo de entrada, do outro lado do discurso, sem ter de considerar do exterior o que ele poderia ter de singular, de terrível, talvez de maléfico”.

O desejo diz: “Eu não queria ter de entrar nesta ordem arriscada do discurso; não queria ter de me haver com o que tem de categórico e decisivo; gostaria que fosse ao meu redor como uma transparência calma, profunda, indefinidamente aberta, em que outros respondessem à minha expectativa, e de onde as verdades se elevassem, uma a uma; eu não teria senão de me deixar levar, nela e por ela, como um destroço feliz”. E a instituição responde: “Você não tem nada por que temer começar; estamos todos aí para lhe mostrar que o discurso está na ordem das leis, que há muito tempo se cuida de sua aparição; que lhe foi preparado um lugar que o honra mas o desarma; e que se lhe ocorre ter algum poder, é de nós, só de nós, que ele lhe advém.” (FOUCAULT, 2007, p. 7).

Assim, o Direito e eu estamos, nas palavras de Geertz (1997, p. 328), envoltos em um processo de aprender a sobreviver sem as certezas que nos geraram. Analisar o discurso do afeto no Direito de Família implica mergulhar em águas não tão calmas, convictos de que o Direito não é apêndice técnico acrescido a uma

sociedade pronta, mas parte ativa dessa sociedade, construindo, formando e transformando a ela e a si próprio.

Neste enfoque, une-se o Direito cada vez mais a outras formações culturais da vida humana, tais como a moral, a arte, a ciência e a religião, “sem ser tragado por elas, nem se transformando em uma espécie de auxiliar de serviços gerais de sua força construtiva” (GEERTZ, 1997, p. 330).

Na mesma linha de pensamento, em direção contrária ao temor aos fatos, Marcel Mauss (2001) defende a necessidade profunda dos dados e deles espera a reação sobre a teoria (DUMONT, 2000). Assim, nas manifestações sociais, aponta para a existência de um enorme e complexo conjunto de fatos, entre os quais as manifestações das instituições jurídicas representam apenas uma das facetas do que intitula “fenômeno social total” (MAUSS, 2001).

Nestes fenômenos sociais totais, como propomos chamá-los, exprimem-se ao mesmo tempo e de uma só vez, todas as espécies de instituições: religiosas, jurídicas e morais — e estas políticas e familiares ao mesmo tempo; econômicas - e estas supõem formas particulares da produção e do consumo, ou antes, da prestação e da distribuição, sem contar os fenômenos morfológicos que manifestam estas instituições (MAUSS, 2001, p. 52).

O desafio seria, então, em meio a essa complexidade empírica, a essa “multiplicidade de coisas sociais em movimento (MAUSS, 2001, p. 52) procurar estudar as regras de direito e interesse presentes, com foco na questão precisa do discurso jurídico sobre o afeto, sem ignorar as direções que se abrem às questões conexas (MAUSS, 2001), mas atentando para o caráter argumentativo da prática do direito, que termina por diferenciá-la de muitos outros fenômenos sociais.

Todos os envolvidos nessa prática compreendem que aquilo que ela permite ou exige depende da verdade de certas proposições, que só adquirem sentido através e no âmbito dela mesma; a prática consiste, em grande parte, em mobilizar e discutir essas proposições (DWORKIN, 2007, p. 17).

Eis os passos que levaram à opção desta pesquisa pela análise jurisprudencial. Toda decisão implica motivos, premissas e condições sociais (FERRAZ

JUNIOR, 2006, p. 51) que, conforme vimos anteriormente, não se imprimem no sujeito, mas interagem com ele e manifestam-se através de um discurso percebido como estratégias inerentes às práticas sociais (FOUCAULT, 2006).

A análise da decisão do Superior Tribunal de Justiça e de todo o debate anterior e posterior a ela assume o papel de situar a discussão do afeto na construção, na história, de um Direito de Família.

Os limites de intervenção na vida privada, impostos aos operadores do Direito, não parecem ser precisos, diante das atuais orientações principiológicas e, nesse diapasão, a argumentação decisória pode sugerir, nas palavras de Dworkin (2007, p. 20), “algum entendimento da textura e do tom verdadeiros dos argumentos jurídicos”. Atento às divergências teóricas que se manifestam no modo como os juízes decidem as causas, Dworkin (2007) encara o argumento jurídico nos processos judiciais como paradigma para a exploração do aspecto proposicional da prática jurídica.

Nos textos das decisões judiciais, uma massa comparável de dados deixa entrever a grade ou configuração ideológica e conceitual que teceu a trama do discurso (DUMONT, 2000). A nós, você, leitor e eu, caberá construir, a partir da análise dos textos, o que Dumont (2000) intitula “fatos comparáveis”.

Num texto dado, de um dado autor, existem idéias que têm entre si certas relações e, sem essas relações, elas não seriam nada. Essas relações constituem em cada caso, uma configuração. Essas configurações variam de um texto, de um autor, de um meio a um outro, mas não variam de todo em todo e podemos esforçar-nos por ver o que elas têm em comum em cada nível de generalização. (DUMONT, 2000, p.13).

Entretanto, buscar tais eventos comparáveis no discurso das decisões judiciais, implica considerar as reflexões de Bourdieu (2007) acerca da divisão do trabalho jurídico. O discurso do Direito é construído em um lugar de concorrência pelo monopólio de dizer o direito. Nesse “campo jurídico”, defrontam-se “agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica que consiste essencialmente na capacidade reconhecida de interpretar [...] um corpus de textos que consagram a visão legítima, justa do mundo social” (BOURDIEU, 2007, p. 212).

O conceito de campo jurídico de Bourdieu (2007) é fundamental para percebermos que o que está em análise não são os atos e pensamentos dos participantes de uma prática social individualmente, mas a interpretação da prática jurídica em si, do que ela quer dizer e não do que dizem seus participantes. Ocorre que, quando a atitude interpretativa é intensa, não costuma haver consenso entre seus participantes acerca da melhor interpretação da prática. Assim, no campo jurídico, a semelhança de interesse e de convicções permite o reconhecimento dos sentidos das afirmações, “para tratá-las como afirmações, não como meros ruídos” (DWORKIN, 2007).

[...] Devem todos ‘falar a mesma língua’ em ambos os sentidos da expressão. Mas essa semelhança de interesses e convicções só deve manter-se até um certo ponto: deve ser suficiente para permitir a verdadeira divergência, mas não tão densa que a divergência não possa se manifestar (DWORKIN, 2007, p. 77).

As divergências interpretativas entre os agentes jurídicos – advogados, juristas, juízes – não os excluem do corpo de instâncias hierárquicas de resolução de conflitos entre intérpretes e interpretações. Nessa estrutura de distribuição do capital jurídico, o juiz, mais que um simples executante, a buscar na lei conclusões aplicáveis ao caso particular, dispõe de parcela de autonomia na construção de juízos que, pela lógica e valores que os inspiraram, têm também função de invenção (BOURDIEU, 2007, p. 223).

Se a existência de regras escritas tende sem qualquer dúvida a reduzir a variabilidade comportamental, não há dúvida também de que as condutas dos agentes jurídicos podem referir-se e sujeitar-se mais ou menos estritamente às exigências da lei, ficando sempre uma parte de arbitrário, imputável a variáveis organizacionais como a composição do grupo de decisão ou os atributos dos que estão sujeitos a uma jurisdição nas decisões judiciais [...] (BOURDIEU, 2007, p. 223).

É inegável a existência de diversos fatores que buscam atenuar as diferenças, conspirando a favor da convergência nas decisões judiciais. Dworkin (2007, p. 110) elenca alguns desses fatores de unificação e socialização: a prática do precedente, o meio intelectual e a linguagem que o protege, o conservadorismo do ensino

jurídico formal, o processo de seleção de juristas. Entretanto, alerta para o erro de exagerar a força de tais processos, a ponto de não percebermos que “a dinâmica da interpretação resiste à convergência ao mesmo tempo que a promove, e as forças centrífugas são particularmente fortes ali onde as comunidades profissional e leiga se dividem em relação à justiça” (DWORKIN, 2007, p. 110).

Assim, o conteúdo de uma decisão judicial não se limita ao texto do acórdão: é o resultado de um embate de profissionais dotados de competências técnicas e sociais desiguais (advogados, juízes, juristas), que se mobilizam e exploram meios e recursos jurídicos disponíveis para fazerem triunfar sua interpretação no campo judicial (BOURDIEU, 2007).

O campo judicial é o espaço social organizado no qual e pelo qual se opera a transmutação de um conflito direto entre as partes diretamente interessadas no debate juridicamente regulado entre profissionais que atuam por procuração e que têm de comum o conhecer e o reconhecer da regra do jogo jurídico (BOURDIEU, 2007, p. 229).

Vamos ao jogo, então, sabendo de antemão que não caminhamos para a organização de evidências no escopo de provar este ou aquele argumento, favorável ou contrário à indenização por abandono afetivo, mas para a descrição de uma série de eventos que constroem a prática jurídica em torno do afeto.

4 Sobre indivíduos, famílias e tutela do afeto

O ciclo legislativo sobre o direito de filiação no Brasil expressa as alterações na estrutura familiar, inicialmente calcada no patriarcalismo, garantindo ao homem ser força preponderante no núcleo familiar, passando, após, por tentativas de modernização que culminaram no Código Civil de 1916, até chegar às recentes alterações, entre elas, o reconhecimento da pluralidade de organizações familiares, a reciprocidade de direitos e deveres entre os cônjuges e a absoluta igualdade jurídica entre os filhos, institutos construídos com base nos discursos do afeto, da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Atualmente, as interrogações sobre as formas de organização familiar e sobre as concepções acerca do valor da família na sociedade, segundo Machado (2001, p. 2) “estão inspiradas na grande indagação sobre o futuro da família e das parentelas no mundo ocidental diante da expansão do individualismo”.

A família atual busca sua identificação na solidariedade (art. 3º, I da CF), como um dos fundamentos da afetividade, após o individualismo triunfante dos últimos séculos, ainda que não retome o papel predominante que exerceu no mundo antigo (MACHADO, 2001, p. 2).

Sem desprezar a diversidade do mundo ocidental, Machado (2001) destaca a consolidação das sociedades de direitos individuais e os Estados de bem-estar como conseqüências do processo de individualização, com reflexos inequívocos nas formas, princípios e valores relacionados à família. A autora, ao explorar interpretações dos efeitos do individualismo nos arranjos familiares, alerta para o fato de que, muito embora as descrições do mundo ocidental desenvolvido não se preocupem, em regra, com processos diferenciais, mas apontem para tendências gerais e homogeneizadoras do mundo ocidental, ⁵permitem entrever importante orientação teórica explicativa das mudanças na instituição familiar ao longo do século XX: o crescimento da centralidade da lógica do grupo familiar em torno do afeto.

François de Singly (2000), sociólogo francês, propõe duas modalidades de família moderna: a “família moderna 1”, do início do século XX até os anos 60, caracterizada por uma lógica de grupo centrada no amor e na afeição; e a “família moderna 2”, cujo diferencial é o peso maior dado ao processo de individualização: a família transformada em um espaço privilegiado a serviço dos indivíduos.

Na mesma linha, Paulo Lobo (2004, p. 2) situa a conversão da família em espaço de realização da afetividade humana como “marco do deslocamento da função econômica-política-religiosa-procriacional para essa nova função”, enquadrando-

⁵ MACHADO (2001) explica que, no meio intelectual brasileiro, sempre houve a pergunta, em especial das ciências sociais e da história, sobre as especificidades brasileiras. No lugar de tendências gerais, buscam-se as “diferenças sociais e culturais no próprio âmbito da sociedade brasileira, espelhando dessa forma um intento de construir a idéia de que a nação engloba diversidades”.

do-se tal tendência no fenômeno denominado “repersonalização das relações civis, que valoriza o interesse da pessoa humana mais do que suas relações patrimoniais”.

Em suas interpretações, Singly (2000) e Lobo (2004), entretanto, deixam de acenar para a descontinuidade de tais deslocamentos. “O universo jurídico (e o social) não está sendo comprimidos em uma bola, e sim se expandindo e multiplicando; e nós mesmos estamos sendo conduzidos mais para as convulsões da alfa que para as resoluções de ômega” (GEERTZ, 1997, p. 325). O caminho não é linear, contínuo, de destino certo e certamente melhor do que agora. Não há que se falar em “evolução”, em “passagem” de um momento a outro, tampouco estabelecer “marcos” de mudanças históricas no direito da família quando se percebe que o que efetivamente ocorre na história é uma tensão entre diferentes lógicas: a lógica do grupo e a do indivíduo, da divisão hierárquica de gêneros e da divisão igualitária, da educação moral e da pedagogia da negociação. As tensões, portanto, organizam distintos arranjos e constroem as diferenças nas formas familiares e nos valores atribuídos à família (MACHADO, 2001).

As tendências contemporâneas da família no Brasil, como de resto, mundialmente ou no mundo ocidental desenvolvido, não podem ser reiteradamente analisadas como se obedecessem a um caminho linear único, ou como se este caminho altamente moderno contivesse toda e todas as idéias do bem (MACHADO, 2001, p. 12).

Aqui, para prosseguir com menos peso e mais norte, desfazemo-nos de expressões que até então construíam o discurso da pesquisa — “transformação da comunidade de sangue em comunidade de afeto”; “unificação de prioridades em torno do homem e de seus interesses”; “passagem da família biológica à família afetiva”; entre outras – para abraçar a idéia de Machado (2001) de coexistência e tensão de códigos relacionais. Tempo de reconstruir análises e rever descrições. *That’s research*, diria meu orientador...

Machado (2001), mais uma vez conduz a reflexão, destacando a presença, a um só tempo, de um código relacional ancorado nas noções de honra, reciprocidade e hierarquia, e de um código individualista. O código relacional da honra, presença intensa nos modelos tradicionais de famílias brasileiras, ao tempo em

que responsável pela legitimação de relações de poder hierárquicas e, por vezes violentas, assume também importante papel na construção de práticas baseadas na reciprocidade e na responsabilidade inerente ao pertencimento a uma comunidade social. Por seu turno, o código individualista, cada vez mais presente nos modelos das famílias da modernidade clássica e da alta modernidade, em grande parte ligado à responsabilização e “autonomização” dos indivíduos, é também responsável pela “dessensibilização” do indivíduo em relação ao seu semelhante e ao pertencimento social, diminuindo a apreensão de seus limites (MACHADO, 2001).

A coexistência de dois códigos, o relacional e o individualista, no meu entender, atravessa assim toda a sociedade, constituindo variedades de forma de articulação e de preeminência de um ou outro código de acordo com as posições e atuações de classe. O desafio metodológico é pensar as diferentes modalidades de articulação e de preeminência de um e de outro nos diferentes segmentos sociais e nas diferentes temporalidades. Outro também é o desafio de não tornar o sentido do individualismo monolítico, diferenciando-se, no mínimo, a presença de uma noção de indivíduo centrada nos direitos dos cidadãos e a outra centrada nos interesses auto-referidos e no valor da escolha e da opção auto-direcionada (MACHADO, 2001, p. 12).

Louis Dumont (2000, p. 74) discorre sobre a existência, em nossa própria teoria política, do contraste e tensão “entre as teorias ou códigos em que o todo (social e político está em primeiro lugar, e as teorias modernas, em que os direitos do homem individual são os primeiros e determinam a natureza das boas instituições políticas”.

Os códigos, aqui reconhecidos como princípios estruturadores das sociedades, assim como as tensões entre eles, não estão, portanto, restritos ao âmbito dos institutos familiares. “Um e outro estão presentes e informam também a mesma esfera pública e permeiam as diferentes configurações dos Estados Nacionais. Terminamos assim, retomando as questões das relações entre Estado e família, Estado e cidadãos” (MACHADO, 2001, p. 13).

A idéia do afeto como elemento aglutinador e valor necessário ao desenvolvimento pessoal no individualismo liberal tinha como foco a realização do indivíduo em seus anseios patrimoniais, com ênfase na propriedade, centro de gravitação de

todos os demais interesses privados. “A família, nessa concepção de vida, deverá ser referencial necessário para a perpetuação das relações de produção existentes, inclusive e sobretudo mediante regras formais de sucessão de bens, de unidade em torno do chefe, de filiação certa” (LOBO, 2004, p. 8). Dessa maneira, no espírito da época, a proteção ao afeto visava a garantir um espaço familiar onde indivíduos, “considerados segundo o ângulo de sujeitos potenciais de direito de propriedade” (LOBO, 2004, p. 8), pudessem preservar interesses traduzidos em valores econômicos.

Entretanto, no movimento histórico do individualismo surge, no Direito Civil, a idéia de “repersonalização” dos institutos e, no direito de família, a doutrina da proteção integral e os princípios do melhor interesse da criança, da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre gêneros e entre filhos, a clamar por um espaço de realização afetiva, e não somente patrimonial. No âmbito dessa família, de caráter afetivo, relacional e individualista, o discurso sobre a relação paterno-filial propõe a transcendência ao vínculo jurídico entre pai e filho, expressos nos deveres positivados em lei, para alcançar a esfera da “valorização de todos os sentidos dos indivíduos na relação familiar, que podem ter na família um espaço de crescimento individual e mútuo na medida em que nela interagem e permanecem voluntariamente em função do afeto” (ASSUMPÇÃO, 2004, p. 55).

Nesse momento, o afeto, percebido como assegurador de relações patrimoniais do indivíduo, movimenta-se em reação a tais relações. E o que se exige de retorno é, agora, mais do que se pode expressar em termos monetários.

Por outro lado, é dos indivíduos que o Estado e os seus subgrupos querem cuidar. A sociedade quer reencontrar a célula social. Ela procura, envolve o indivíduo, num curioso estado de espírito, onde se misturam o sentimento dos direitos que ele tem e outros sentimentos mais puros: de caridade, de serviço social, de solidariedade. Os temas da dádiva, da liberdade e da obrigação na dádiva, o tema da liberdade e o do juro que se tem de dar, reaparecem entre nós, como reaparece um motivo dominante esquecido por demasiado tempo (MAUSS, 2001, p. 179).

No contexto dessas tensões entre afeto e afeto, indivíduo e indivíduo, realização e realização, dádivas e dívidas, recentes discussões em Direito de Família

giram em torno de sua “penalização”, em especial no que refere à incorporação dos institutos de culpa civil⁶ a esse ramo do direito.

O Estado, tomando o discurso como meio, busca redefinir funções no afrontamento entre punir a falta de afeto que leva ao descumprimento de deveres por ele criados ou ater-se à garantia de condições para que a família constituída pelo afeto e solidariedade tenha seus direitos legitimados, conduzindo-se de forma autônoma, enquanto durar o afeto.

“É porque os instintos se encontram, se batem e chegam, finalmente, ao término de suas batalhas, a um compromisso, que algo se produz. Este algo é o conhecimento” (FOUCAULT, 2005, p. 16). É esse jogo de possibilidades que promete a análise jurisprudencial que segue.

5 Sobre sim, não e porquês

Para o estudo do discurso do afeto, optamos pela análise das decisões proferidas em ação ajuizada por Alexandre Batista Fortes contra seu pai, Vicente de Paulo Ferro de Oliveira, pleiteando reparação por danos morais causados pelo afastamento paterno. Consta dos autos que, após contato regular com o filho até os seis anos de idade, o genitor, ao constituir nova família, passou a evitar contatos, até afastar-se definitivamente do convívio com o filho, muito embora não tenha deixado de pagar a prestação alimentícia. Em decisão monocrática, entendeu o magistrado de primeira instância pela improcedência do pedido.

Entretanto, em grau de apelação, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Minas Gerais reconheceu a Alexandre o direito à indenização pleiteada, fixando-a em duzentos salários mínimos, mais juros de mora. Tal decisão deu origem a

⁶ A culpa civil está prevista no Artigo 186 do Código Civil: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Complementa o instituto o Art. 927 do mesmo diploma legal, estabelecendo que “incorre na obrigação de reparar o dano aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem”.

recurso especial dirigido ao Superior Tribunal de Justiça que, em julgamento histórico, fixou entendimento pelo caráter abusivo da condenação, dando provimento ao recurso e reformando a sentença por maioria dos votos⁷. O inconformismo ante a decisão do STJ resultou em recurso extraordinário, pleiteando que a matéria “abandono afetivo” fosse reexaminada pela mais alta corte do país⁸.

Na tentativa de compreensão da fala do afeto em tais decisões, conversamos com Ricoeur (1999) e com ele percebemos o discurso como evento da linguagem, entendido não como experiência expressa e comunicada, mas como relação entre evento e significado, diálogo entre o evento do locutor e o do ouvinte. Assim, um discurso, como o do afeto, percebido como evento temporal gera diferentes significações construídas a partir de suas proposições.

A minha experiência não pode tornar-se directamente a vossa experiência. Um acontecimento que pertence a uma corrente de consciência não pode transferir-se como tal para outra corrente de consciência. E no entanto, algo se passa de mim para vocês, algo se transfere de uma esfera de vida para outra. Este algo não é a experiência enquanto experienciada, mas a sua significação. Eis o milagre. A experiência experienciada, como vivida, permanece privada, mas o seu sentido, a sua significação, torna-se pública (RICOEUR, 1999, p. 27-28).

Conclui Ricoeur (1999, p. 30) que “a própria linguagem é o processo pelo qual a experiência privada se faz pública”, pela qual se eleva “uma parte de nossa vida ao logos do discurso”.

⁷ A decisão foi proferida em sede de recurso especial – RESP 757411 (2005/0085464-3-27/03/2006, da lavra do Ministro Fernando Gonçalves. Com o relator votaram os Ministros Aldir Passarinho Junior, Jorde Scartezini e Cesar Asfor Rocha, voto vencido do Ministro Barros Monteiro. RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE.1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária.2. Recurso especial conhecido e provido.(RESP 757.411/MG, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 29.11.2005, DJ 27.03.2006 p. 299).

⁸ O processo encontra-se, atualmente, em sede de Recurso Extraordinário no Supremo Tribunal Federal: RE 567164, conclusos ao relator, Ministra Ellen Gracie, com parecer da Procuradoria Geral da República pelo não provimento do RE.

Os fatos do Direito não falam por si só. Ao falarmos sobre eles, abrimos possibilidades de direção do pensamento. Assim, a questão da indenização civil por abandono afetivo dos pais aos filhos não existia até que se começou a cogitar sua aplicação e a discorrer sobre ela. E ao iniciar, o discurso iniciou-se sobre determinados fundamentos e em determinada direção.

Assim, o mesmo fato, qual seja, o abandono moral de filho pelo pai, é reconstruído pelo direito à luz de diferentes ideologias, interpretado como legítima promoção do exercício responsável do poder familiar na perspectiva do melhor interesse da criança ou como uma “valorização de uma visão punitiva que se afigura incompatível com os paradigmas da promoção do afeto e da valorização das pessoas humanas componentes do ente familiar, anunciadas pela Constituição Federal” (ARRUDA NETO, 2006).

Para estudar a linguagem do Direito, é preciso refletir, inicialmente, sobre a técnica jurídica que a constrói, dividindo, criando classes e dentro delas espécies num rigor quase matemático. “Para a técnica jurídica, o seu sistema de conceitos se articula a partir da relação entre gênero e espécie: o gênero como uma classe que contém outras classes que, por sua vez, podem conter outras ainda” (ABREU, 2008, p. 7). Entretanto, no momento de aplicar tais classes, em especial nas decisões jurisprudenciais, surge a necessidade de outros critérios e a “tensão entre essa neutralização angustiada e o pertencimento inevitável a um modo de estar no mundo [...]” (ABREU, 2008, p. 9).

Dessa maneira, ainda que no plano doutrinário se tente neutralizar valores, transformando-os em categorias “que não pretendem incorporar uma particularidade, um modo de ser, uma identidade coletiva; mas ‘descrever’ o ‘fato’ nas suas diversas possibilidades” (ABREU, 2008, p. 9), em outros planos os valores vão sendo reintroduzidos.

Os textos que vamos estudar, parcela da discussão no mundo jurídico acerca do afeto como realidade digna de tutela, são mudos, diria Ricoeur (1999). Ao tentar compreender os tipos de juízos e argumentos que os construíram, geraremos um novo acontecimento, um novo evento de discurso e novas interpretações acerca de práticas sociais.

A proposta é de um olhar sobre os princípios interpretativos do Direito de Família não como impostos ao sujeito cognoscente, tampouco este como “dado previamente”, mas, nas palavras de Foucault (2005, p. 10), de um conhecimento que nasce da relação com o sujeito e do novo sujeito de conhecimento que se constrói nas práticas sociais e que é “a cada instante fundado e refundado na história”.

5.1 Porque sim

Conversamos anteriormente sobre a formação de novos domínios no Direito de Família através de “jogos de ação e reação, perguntas e respostas” (FOUCAULT, 2007, p. 9) elaboradas sob a forma de discursos. A decisão do Superior tribunal de Justiça (STJ), que reformou o acórdão do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, negando, portanto, o direito à reparação por abandono moral, gerou discursos de reação que podem auxiliar a compreensão dos rumos e movimentos das diferentes configurações ideológicas do discurso do afeto.

Hoje provavelmente é um dos dias mais tristes de minha carreira jurídica, considerada em sua totalidade [...] Isso acontece comigo sempre que a fé que tenho nas instituições e no Poder Judiciário em especial [...] desaba por terra, como um nada precariamente sustentável [...] Muito triste.

O trecho inicia comentário da Professora Gisela Hironaka (2005a) ⁹ à decisão que deu provimento ao recurso interposto por Vicente de Paulo Ferro Oliveira, considerando o abandono afetivo do filho pelo pai incapaz de reparação pecuniária.

O argumento central do discurso pragmático do afeto construído pela docente é a idéia de que o Direito e as decisões judiciais devem servir à aproximação das práticas sociais a uma sociedade justa e feliz (DWORKIN, 2007, p. 186). A

⁹ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka é Doutora e livre docente em Direito pela Universidade de São Paulo, ex Procuradora Federal e membro do IBDFAM.

validade das proposições é construída a partir de sua conformidade às necessidades do indivíduo e da sociedade, antecipando resultados e alertando para conseqüências.

Sobre a linguagem utilizada nessa proposta de discurso, Dworkin (2007, p. 187) destaca: “afirmam, com fundamentação pragmática, que os juízes devem, às vezes, agir como se as pessoas tivessem direitos, porque a longo prazo esse modo de agir servirá melhor à sociedade”. Dworkin (2007, p. 188) afirma que o pragmatismo, enquanto concepção interpretativa do Direito, é poderoso e persuasivo, pois recorrendo, para decidir, a maneiras e palavras que nos são familiares, procura sustentar o papel útil da lei ou da decisão na coordenação do comportamento social. Assim, prossegue Hironaka (2005a) seu comentário-desabafo:

[...] pensem em seus pais (e mães), em seus filhos (os que tiveram a sorte divina de tê-los) e (que) reflitam a respeito do que receberam (ou não) na condição de filhos, de seus próprios pais (e mães), neste contexto afetivo que corre em paralelo como o singelo e jurídico dever de alimentar. Pensem em seus filhos e analisem o que e o quanto vocês lhes oferecem, nesta mesma seara. Finalmente, pensem no Alexandre (autor da ação recém julgada) e analisem se ele se parece conosco, se seu pai se parece com os nossos pais. Se depois de assim refletir, não acontecer nada em nosso corações, podemos considerar que o STJ acertou em seu julgamento e que inexistente dano de qualquer espécie a ser reparado. Em conseqüência, devemos concluir que é normal que um pai (afinal, segundo o STJ), os pais não têm o dom da ubiqüidade, lembrem-se!!!) deixe seu filho para seguir seu projeto pessoal de felicidade, custe o que custar. E, finalmente, devemos refletir acerca de um novo viés que pode estar hoje mesmo nascendo para a sociedade brasileira e para as famílias de nosso país: a justiça autoriza que os homens (e as mulheres) abandonem afetivamente suas crias, se elas forem empecilhos em suas próprias trilhas de vida, punindo (será mesmo punição ou favor) apenas com a cessação do poder familiar.

A estratégia é similar à utilizada pela autora para concluir estudo acerca da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos. À guisa de conclusão, além de apresentar poesia enaltecendo o amor ao pai e seu papel no desenvolvimento do filho, a autora expressa, em derradeira nota de rodapé: “concluí o presente trabalho ao lado de meu filho mais jovem, Frederico, que estava internado no Hospital Sírio

Libanês, em São Paulo, em razão de uma cirurgia de joelho. Efetivamente, há coisas que só os pais podem fazer”¹⁰ (HIRONAKA, 2005b, p. 28).

É um convite ao que Ricoeur (1999, p. 104) intitula como equívoco na apropriação de um discurso: a hermenêutica romântica de busca de “coincidência ‘congenial’ com o ‘gênio’ do autor”. Partindo de visão promissora de uma melhor sociedade futura, o discurso aproxima-se dos anseios individuais e do senso comum acerca da afetividade, delineando os contornos interpretativos da prática levada à discussão no campo judicial.

Se as divisões judiciais e as opiniões polêmicas são, de qualquer modo, inevitáveis, pergunta o pragmático, por que a controvérsia não deveria voltar-se para o que realmente importa, para a decisão que produzirá a prática menos ineficiente ou que reduzirá ao mínimo a ocorrência de injustiças no futuro (DWORKIN, 2007, p. 199).

Em recente artigo sobre o assunto, discorre Hironaka (2005b, p. 4):

[...] por um lado — nesta vertente da relação paterno-filial em conjugação com a responsabilidade — há o viés naturalmente jurídico, mas essencialmente justo, de buscar-se indenização compensatória em face de danos que pais possam causar a seus filhos por força de uma conduta imprópria.

Traçando uma comparação entre a responsabilidade familiar das aves, dos grandes felinos e do elefante [!] e as condutas humanas, conclui a autora que não podemos nós, humanos, “deixar que a civilização contemporânea e as ágeis demandas da vida atual afastem-nos dos valores mais caros à convivência e afetividade humanas” (HIRONAKA, 2005b, p. 11). Novamente o recurso utilizado é a ênfase na função de coordenação exercida pela tutela do afeto: “assim é, igualmente, o que

¹⁰ Por todas as vezes que você está ao meu lado, por toda a verdade que você me faz ver, Por toda a alegria que você traz para a minha vida, por tudo de errado que você torna correto, Por todo o sonho que você torna realidade, por todo o amor que encontro em você, Serei eternamente agradecido. [...] E sou tudo o que sou porque você me ama [...] Eu fui abençoado porque sou amado por você. E por isso eu te amo, meu pai! (autor desconhecido apud HIRONAKA, 2005b).

ocorre ou pode ocorrer — em sede de responsabilização civil por abandono afetivo na relação paterno-filial. Ela também é um desses importantes instrumentos de reordenação da vida em família e em sociedade” (HIRONAKA, 2005b, p. 18).

Na mesma obra, é possível perceber outros lugares argumentativos do discurso do afeto como reordenador social: o papel pedagógico da indenização por abandono afetivo no seio das relações familiares, as funções compensatória, punitiva e dissuasória da prática, a violação dos deveres morais de formação de personalidade dos filhos

Assim ocorre também, no caso paradigmático de Minas Gerais, escolhido como ponto de partida para este estudo: aqueles 200 salários mínimos a que o pai de Alexandre foi condenado a pagar-lhe não devolverão o que este não teve, exatamente porque o afeto não tem preço! A quantificação em dinheiro não muda nada na vida de Alexandre. Não significa nada, a não ser o fato de ter sido o assunto colocado na pauta da sociedade, de modo a fazer que todos prestássemos atenção de alguma forma. Este é o fato principal que pode conter em si, intrinsecamente, aquilo que mais se almeja: a disseminação do **valor pedagógico e do caráter dissuasório da condenação. Isso pode ser um fator de reforma de valorações sociais e de alterações de paradigmas jurídicos.** (HIRONAKA, 2005b, p. 27, grifo nosso)

Nas últimas afirmações é patente a noção do discurso como tentativa de apropriação do objeto do “desejo” (FOUCALT, 2005). É o discurso do afeto como meio de, ao fazer a sociedade dele participar, conduzir as reconstruções de paradigmas, de valores e de sujeitos.

Na decisão proferida na 7^a Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, favorável ao pleito de Alexandre, encontramos argumentos que reforçam a lógica do afeto delineada nos parágrafos anteriores.

Assim, no voto do desembargador Unias Silva, relator da decisão, novamente a associação da tutela do afeto à busca do que é justo para a sociedade, mais do que ao fundamento jurídico. A justificativa necessária à coerção do Direito na tutela do afeto reside na “justiça, na eficiência ou em alguma outra virtude contemporânea da própria decisão coercitiva” (DWORKIN, 2007, p. 185).

O magistrado, em seu discurso, seguindo a mesma linha de Hironaka (2005b) reforça a idéia de que, embora opiniões diversas afirmem que o Estado não pode exigir demonstrações de afeto e carinho, ele pode, por outro lado, cobrar dos pais “o correto desempenho de suas funções, para o pleno desenvolvimento da pessoa humana de seus filhos” (HIRONAKA, 2005b, p. 11). Assim, afirma o desembargador:

No seio da família da contemporaneidade, desenvolveu-se uma relação que se encontra deslocada para a afetividade. Nas concepções mais recentes de família, os pais de família têm certos deveres que independem de seu arbítrio, porque agora quem os determina é o Estado.

Giselda Hironaka (2005b), refletindo sobre a importância de aprender a manejar juridicamente a nova realidade, inclui na apreciação e cuidado dos juristas a determinação dos papéis que cada membro do grupo familiar deve ocupar com vistas à boa conformação das relações ali vivenciadas, bem como da participação social dos membros do grupo.

Para justificar a atuação do Estado na tutela do afeto que agrega, Dias (2007, p. 406) aponta para as transformações introduzidas pela Constituição Federal, artigo 227 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que acolheram a doutrina da proteção integral, colocando crianças e adolescentes “a salvo de toda forma de negligência” e responsabilizando, pela efetividade das garantias, a família, a sociedade e o Estado.

No entanto, sabemos que, por si, só as leis ou os juízes não “colocam crianças e adolescentes a salvo”, tampouco criam papéis que se imprimem nos membros da família. Mais uma vez lembramos das reflexões de Foucault (2005) acerca do discurso, percebendo-o, então, como desejo de apropriação de esferas da vida privada que, até tempos atrás, não eram descritas pela voz do direito.

A lógica argumentativa do desembargador Unias classifica o princípio da afetividade como a especialização do macroprincípio da dignidade das pessoas humanas que integram a comunidade familiar. É assim que o Direito fala do afeto, para colocá-lo como elemento central, originado da convivência como direito dos

filhos e não dos pais, a justificar a intervenção estatal no sentido de garanti-la. Por trás do julgado do Tribunal de Minas, a idéia do direito voltado ao futuro, capaz de prever as conseqüências da decisão com base na experiência do próprio magistrado e de recursos não jurídicos, tais como pareceres de técnicos e peritos, de outras áreas, envolvidos na construção da decisão.

De acordo com o estudo psicológico realizado nos autos, constata-se que o afastamento entre pai e filho transformou-se em uma **questão psíquica** de difícil elaboração para Alexandre, interferindo nos fatores psicológicos que compõem sua própria identidade. “É como se ele tentasse transformar o genitor em pai, e nesta árdua batalha, procurasse persistentemente compreender porque o Sr. Vicente não se posiciona como um pai, mantendo a expectativa de que ele venha a fazê-lo. [...] Neste contexto, ainda que pese o sentimento de desamparo do autor em relação ao lado paterno, e o sofrimento decorrente, resta a Alexandre, para além da indenização material pleiteada, a **esperança de que o genitor se sensibilize e venha a atender suas carências e necessidades afetivas** (f. 72-74, grifo nosso).

A análise da argumentação de decisões como essa podem fornecer elementos para compreender de que formas o Estado, que até então interferia na sexualidade humana para garantir a manutenção do instituto da família, em especial da família matrimonializada, como centro do processo e forma de organização hierárquica garantidora da organização social, agora acena para a possibilidade de interferência no afeto, com legitimação na defesa da dignidade da pessoa humana.

Engana-se quem esperava encontrar no voto favorável ao pleito em sede de recurso especial no Superior Tribunal de Justiça um aprofundamento da argumentação analisada até agora. Embora de acordo com a decisão do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, a lógica do Ministro Barros Monteiro, prolator do voto vencido, difere substancialmente daquela utilizada pelo Desembargador Unias.

Efetivamente, o afeto não discursa na manifestação do Ministro, ou, em outras palavras, o Direito não fala sobre o afeto ao buscar a melhor decisão. Optou o Ministro Barros Monteiro por atribuir, aos termos da lei, “o que lhes atribuiríamos se não dispuséssemos de nenhuma informação especial sobre o contexto de

seu uso ou as intenções de seu autor” (DWORKIN, 2007, p. 22-23). Utilizou-se o magistrado de transcrição da lei regulamentadora da responsabilidade civil, bem como dos institutos correlatos (excludente de responsabilidade, conduta ilícita, nexo de causalidade e configuração do dano) para embasar sua decisão, valendo-se ainda da segurança de outros textos legais, como o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e o Código Civil para enfatizar a não exclusão de outras sanções neles previstas. Afirma o desembargador a ilicitude da conduta por parte do genitor a ensejar a responsabilidade civil pelo prejuízo moral dela advindo.

O voto do Ministro Barros Monteiro, exceptuando-se as rápidas referências ao Direito de Família poderia ser aplicado à resolução de qualquer lide cujo objeto fosse a indenização por dano moral. Senão, vejamos:

Como se sabe na norma do art. 159 do Código Civil de 1916 está subentendido o prejuízo de cunho moral que agora está explícito no Código novo. Leio o art. 186: **“Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito o causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”**. **Creio que é essa a hipótese dos autos**. Haveria, sim, uma excludente de responsabilidade se o réu, no caso o progenitor, demonstrasse a ocorrência de força maior, o que me parece não ter sequer sido cogitado no acórdão recorrido. **De maneira que, no caso, ocorreram a conduta ilícita, o dano e o nexo de causalidade**. O dano resta evidenciado com o sofrimento, com a dor, com o abalo psíquico sofrido pelo autor durante todo esse tempo. Considero, pois, ser devida a indenização por dano moral no caso, sem cogitar de, eventualmente, ajustar ou não o quantum devido, **porque me parece que esse aspecto não é objeto do recurso [!!!]**. Penso também que a destituição do poder familiar, **que é uma sanção de direito de família**, não interfere na indenização por dano moral, ou seja, a indenização é devida além dessa outra sanção prevista não só no Estatuto da Criança e do Adolescente, como também no Código Civil anterior e no atual (grifo nosso).

Algumas hipóteses podem ser utilizadas para análise da opção do Ministro de categorizar o Direito (Direito Civil, Direito da Criança e do Adolescente, Direito de Família) e ali, em cada categoria, na subsunção do fato às normas positivadas, buscar argumentos para a decisão.

O distanciamento da polêmica da tutela estatal do afeto pode ser interpretado como uma forma de controle do discurso que Foucault (2007, p. 9) denomina tabu do objeto ou a palavra proibida. “Sabe-se bem que não se pode falar de tudo em qualquer circunstância, que qualquer um, enfim, não pode falar de qualquer coisa”. Não pode, portanto o Direito apropriar-se de discursos que encontram-se fora do sistema autônomo e auto-suficiente que o ordena. Ademais, ao valer-se, para decidir, de convenções autorizativas, o juiz deixa transparecer uma interpretação do Direito como algo a ser aplicado e da reiteração de decisões como justificativa do poder coercitivo (DWORKIN, 2007).

Veremos adiante que, não obstante alcancem conclusão antagônica, as estratégias de construção do discurso jurídico que conclui pela impossibilidade de aplicação do instituto da reparação civil às relações familiares não difere da lógica descrita até então.

5.2 Porque não

A análise do discurso do afeto nas manifestações judiciais contrárias à reparação por abandono afetivo iniciou envolta em certa expectativa de que a resposta evidenciaria novas interpretações do afeto, diferentes das apresentadas nos votos explorados até o momento.

Ao decidir pela improcedência do pedido de Alexandre, o juiz da 19ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte alegou inexistência de correlação direta entre o afastamento paterno e o estado anímico do filho. Destacou a plena adaptação do autor da ação à companhia da mãe e da avó, deixando entrever que, muito embora o afeto seja importante ao desenvolvimento, a ausência paterna por si só, *in casu*, não teve o condão de comprometer o desenvolvimento e desempenho de atividades por parte do filho. O órgão julgador não teceu maiores considerações acerca do afeto enquanto direito do filho. Optou por conjecturas acerca de outras possíveis causas motivadoras da busca da prestação jurisdicional, em especial propósitos pecuniários relacionados à indignação diante da tentativa de redução da pensão alimentícia e traumas decorrentes da separação dos pais. Embora não tenha se

aprofundado em nossa questão central, a importância da decisão reside nos caminhos de pensamento abertos.

De antemão, o ataque as suas razões em grau de recurso de apelação, julgado pela 7ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, já deixava entrever que o que estava em discurso era mais do quenexo de causalidade ou comprovação efetiva de danos. O voto favorável ao pleito de Alexandre nessa corte foi acompanhado na íntegra pelos demais componentes da Turma Julgadora e evidenciou uma tentativa de fundamentação, racionalização e justificação da prática (FOUCAULT, 2005) a partir de uma teoria do afeto.

Na tensão entre as decisões, havia começado o jogo de vontades: vontade de dizer o discurso verdadeiro, vontade da verdade como sistema de delimitação do discurso, apoiada sobre um suporte institucional e reforçada por todo um conjunto de práticas, exercendo sobre outros discursos uma espécie de pressão e um poder de coerção, “como se a própria palavra da lei não pudesse mais ser autorizada em nossa sociedade senão por um discurso de verdade” (FOUCAULT, 2007, p. 19).

Recordemos que os agentes investidos de competência, na concorrência pelo monopólio de dizer o Direito, seguem inseridos em um “corpo fortemente integrado de instâncias hierarquizadas que estão à altura de resolver os conflitos entre os intérpretes e interpretações” (BOURDIEU, 2007, p. 214). O jogo do afeto, então, continua no Superior Tribunal de Justiça, onde o Recurso Especial do pai foi conhecido e provido. Como resposta às alegações, fundadas nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, de violação ao art. 159 do Código Civil de 1916, bem como de dissídio jurisprudencial, Vicente Paulo Ferro de Oliveira e toda a sociedade receberam a afirmação de que a falta de afeto não configura ato ilícito, não rendendo ensejo, portanto, à aplicabilidade das normas de responsabilidade civil. A decisão foi tomada por maioria, votando com o Ministro Fernando Gonçalves, relator, os Ministros Aldir Passarinho Junior, Jorge Scartezini e César Assfor Rocha. O voto vencido, já analisado, foi do Ministro Barros Monteiro.

O Ministro Fernando Gonçalves, em suas razões, passou inicialmente por duas decisões relacionadas ao tema, quais sejam as de Capão da Canoa, Rio Gran-

de do Sul e a da 31ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo. Na decisão de Capão da Canoa, que condenou o pai por abandono moral e afetivo da filha de nove anos, o Ministro ressaltou não a decisão em si, favorável à indenização, mas o parecer do Ministério Público que entendeu não caber ao Judiciário condenar alguém à indenização por desamor, questão impassível de resolução com base na reparação financeira. No julgamento de São Paulo, por seu turno, O Ministro alertou mais uma vez para o reconhecimento da falta de razoabilidade da propositura de ação de filho contra o pai por falta de afeto, antes de citar um dos argumentos que levou à condenação do pai a indenizar a filha:

O Juízo da 31ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo, a seu turno, condenou um pai a indenizar sua filha, reconhecendo que, conquanto fuja à razoabilidade que um filho ingresse com ação contra seu pai, por não ter recebido dele afeto, a paternidade não gera apenas deveres de assistência, e que além da guarda, portanto, independentemente dela, existe um dever a cargo do pai, de ter o filho em sua companhia.

O início do voto do relator acena para a simultaneidade da presença de códigos do afeto, cujos valores muitas vezes são colocados como contraditórios, mas que, na verdade se inserem em formas diferentes de leitura dos direitos do indivíduo aplicadas à família. Machado (2001) fala da co-existência de um código relacional, de honra, reciprocidade e hierarquia, e um código individualista, atravessando toda a sociedade.

Nas decisões judiciais em análise, o que percebo, além da articulação entre os dois códigos apontados pela autora, é a presença também de diferentes códigos individualistas, o que se aproxima ao desafio proposto por Machado, (2001) de não tornar o sentido do individualismo monolítico, “diferenciando-se, no mínimo, a presença de uma noção de indivíduo centrada nos direitos dos cidadãos e a de outra centrada nos interesses auto-referidos e no valor da escolha e da opção auto-direcionada”. Nessa esteira, perceber os vários sentidos dados à garantia de auto-realização dos anseios individuais implica, também, aceitar as várias interpretações do afeto e de sua proteção pelo manto jurídico.

A promessa de discussão entre os códigos iniciada pelo relator, entretanto, não prosperou no decorrer do voto. Após, sintetizar os lugares argumentativos do

debate sobre a inclusão do abandono moral como dano indenizável, o magistrado opta por responder ao pragmatismo da decisão do Tribunal de Alçada de Minas Gerais (que, recordemos, fala do afeto e de sua proteção pelo instituto da responsabilidade civil como meio de garantir, através da paternidade responsável, uma sociedade mais justa) também com uma resposta pragmática:

Quem sabe, admitindo a indenização por abandono moral não estaremos enterrando em definitivo a possibilidade de um pai, seja no presente, seja perto da velhice, buscar o amparo do amor dos filhos [...] Por certo um litígio entre as partes reduziria drasticamente a esperança do filho de se ver acolhido, ainda que tardiamente, pelo amor paterno. O deferimento do pedido não atenderia, ainda, o objetivo de reparação financeira, porquanto o amparo nesse sentido já é providenciado com a pensão alimentícia, nem mesmo alcançaria efeito punitivo e dissuasório, porquanto já obtidos com outros meios previstos na legislação civil [...]

Nesse raciocínio, o relator resume os motivos da negativa à tutela do afeto pelo Judiciário: “desta feita, como escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, **nenhuma finalidade positiva** será alcançada com a indenização pleiteada” (grifo nosso). Curiosamente, termina o voto em outra linha diferente da adotada no discurso da “falta de utilidade” na tutela do afeto, declarando a inexistência de possibilidade de reparação a que alude o artigo 159 do Código Civil.

Acompanhando a decisão do relator, o Ministro Aldir Passarinho Junior rebate com força a “bola” das relações afetivas, remetendo-as de plano ao campo do Direito de Família. Ao contrário do Ministro Barros Monteiro, que, embora também se utilizando das subdivisões do direito em categorias, logrou situar o fato em análise em várias searas não excludentes (“Penso também que a destituição do poder familiar, que é uma sanção do Direito de Família, não interfere na indenização por dano moral”), o voto do Ministro Aldir Passarinho deixa a mensagem: se o afeto quer falar, que fale na seara da legislação de família, que prevê institutos específicos para resolver o assunto. E ponto.

O recurso jurídico utilizado consiste em classificar o fato em determinadas categorias do Direito, de forma a excluir as incertezas da prática sociais. Ao cate-

gorizar o fato em disciplinas, não nega a função de construção do discurso, mas impõe limitações e regras de um jogo bem mais restrito (FOUCAULT, 2007, p. 30).

[...] uma disciplina se define por um domínio de objetos, um conjunto de métodos, um corpus de proposições consideradas verdadeiras, um jogo de regras e definições, de técnicas e de instrumentos: tudo isso constitui uma espécie de sistema anônimo à disposição de quem quer ou pode servir-se dele, sem que seu sentido ou sua validade estejam ligados a quem sucedeu ser seu inventor (FOUCAULT, 2007, p. 30).

A lógica argumentativa do Ministro Aldir Passarinho deixa entrever o que Abreu (2008) identifica como a busca de classificações enquanto característica da técnica jurídica. Segundo o autor, parte dos problemas do Direito assume duas possibilidades: discutir as categorias de classificação do fato ou, de forma próxima e muitas vezes concomitante, discorrer sobre os critérios a partir dos quais se decide se um fato pertence ou não a uma classe.

Finalmente, o voto do Ministro César Asfor Rocha que, ao tempo em que focaliza a família enquanto valor, exclui com base nesse argumento a possibilidade de se discutir qualquer reflexo no campo patrimonial ou extrapatrimonial que não seja referente a alimentos e a destituição do pátrio poder.

Destarte, tudo quanto disser respeito às relações patrimoniais e aos efeitos patrimoniais das relações existentes entre parentes e entre os cônjuges só podem ser analisadas e apreciadas à luz do que está posto no próprio Direito de Família. Essa compreensão decorre da importância que tem a família, que é alçada à elevada proteção constitucional como nenhuma outra entidade vem a receber, dada a importância que tem a família na formação do próprio Estado. Os seus valores são e devem receber proteção muito além do que o Direito oferece a qualquer bem material. [...] Com a devida vênia, não posso, até repudio essa tentativa, querer quantificar o preço do amor. Ao ser permitido isso, com o devido respeito, iremos estabelecer gradações para cada gesto que pudesse importar em desamor: se abandono por uma semana, o valor da indenização seria “x”, se abandono por um mês, o valor da indenização seria “y” e, assim por diante.

Aqui, o afeto fala como valor a receber proteção “muito além da que o Direito oferece a qualquer bem material”. Entretanto, embora enalteça a necessidade de prote-

ção aos valores da família, o Ministro mais uma vez encerra as possibilidades de proteção nos institutos já existentes do Direito de Família, sob pena de, ao tratar o descumprimento da obrigação de assistência ao filho como inobservância de outra obrigação qualquer, terminar por tentar “quantificar o preço do amor”. Mais uma vez, para excluir a possibilidade de reparação, o Direito de Família aparece como um campo de proteção, de limitação do discurso, a estabelecer os limites e possibilidades da tutela do afeto:

Penso que o Direito de Família tem princípios próprios **que não podem receber influências de outros princípios** que são atinentes exclusivamente ou – no mínimo mais fortemente – a outras ramificações do Direito. Esses princípios do Direito de Família não permitem que as relações familiares, sobretudo aquelas atinentes a pai e filho, mesmo aquelas referentes a patrimônio, a bens e responsabilidades materiais, a ressarcimento, a tudo quanto disser respeito à pecúnia sejam disciplinadas pelos princípios próprios do Direito das Obrigações (grifo nosso).

A construção dos discursos dos julgadores remete novamente às reflexões de Bourdieu (2007, p. 227) acerca do campo judicial, no qual se opera uma verdadeira “neutralização das coisas em jogo por meio da ‘des-realização’ e da distanciação implicadas na transformação da defrontação directa entre os interessados em diálogo entre mediadores”.

A transformação dos conflitos inconciliáveis de interesses em permutas reguladas de argumentos racionais entre sujeitos iguais está inscrita na própria existência de um pessoal especializado, independente dos grupos sociais em conflito e encarregado de organizar, segundo formas codificadas, a manifestação pública dos conflitos sociais e lhes dar soluções socialmente reconhecidas como imparciais, pois que são definidas segundo as regras formais e logicamente coerentes de uma doutrina percebida como independente de antagonismos imediatos. (BOURDIEU, 2007, p. 227).

Percebemos assim que, no anseio de cumprir o dever de se chegar a uma decisão “branca ou preta, culpado ou não culpado” (BOURDIEU, 2007, p. 230), elegem os julgadores meios e argumentos que, de certa forma, sintetizem as teses aparentemente antagonistas, no escopo de justificar determinada prática como a melhor possível (DWORKIN, 2007).

6 O afeto nas monografias jurídicas do UNICEUB

A proposta de análise de textos monográficos produzidos por discentes do UniCEUB veio como tentativa de percepção dos rumos de pensamento abertos pelo discurso do afeto, em especial na lógica argumentativa de acadêmicos prestes a participar do mundo jurídico profissional. Foram selecionadas três obras, de anos e orientadores distintos, todas tratando a questão da reparação civil por abandono afetivo.¹¹

Antes de passar ao estudo da estrutura de argumentação dos trabalhos, cumpre destacar que as três discentes construíram os discursos com a preocupação explícita de justificar seu posicionamento no que concerne à possibilidade de reparação civil por abandono afetivo. Concluíram os três trabalhos pela ilicitude do comportamento do pai que abandona afetivamente o filho e, conseqüentemente, defenderam a possibilidade de reparação civil em tais situações.

Assim, vemos em Brasil (2005, p. 63):

A dor de ter um pai e não poder chamá-lo de pai é incomensurável. A aflição em saber que com o divórcio dos pais, esta família perdeu não só um marido, mas também um pai, é lamentável. É fato que a paternidade é feita e não gerada, contudo, as relações afetivas no direito de família merecem tutela jurídica, por serem tão importantes ao indivíduo e à sociedade.

No discurso da autora, presente a idéia de Mauss (2001) acerca das dívidas geradas pelas dádivas da liberdade sexual e da paternidade:

Ser pai traz direitos e deveres que duram enquanto as partes existirem. Um pai não pode abrir mão de ser pai e abandonar materialmente e afetivamente o filho no mundo,

¹¹ As obras em análise são: BRASIL, Livia Vicente. **Responsabilidade civil parental: dano moral por abandono afetivo**. Brasília, 2005. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação)-Centro Universitário de Brasília. Orientador: Prof. Rogério Andradea. SANTOS, Cristiane Oliveira Coutinho. **O abandono afetivo como reflexo do descumprimento dos direitos e deveres legais impostos ao genitor não-guardião**. Brasília, 2007. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação)-Centro Universitário de Brasília. Orientador: Prof. Marcus Palomo. VIANNA, Andréa Silva. **Abandono afetivo de crianças e adolescentes: uma violação ao direito fundamental à convivência familiar**. Brasília, 2006. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação)-Centro Universitário de Brasília. Orientadora: Prof. Selma Sauerbronn.

pois tal ato terá conseqüências irreparáveis. Assim, em interpretação extensiva das normas referentes à família pode-se verificar que o afeto é também direito do filho, para que este não sofra seqüelas. (BRASIL, 2005, p. 64).

Finalmente, a autora referenciada situa a indenização por abandono afetivo como uma forma de reconhecimento do valor jurídico do afeto, remetendo a reflexão ao que Foucault (2007) afirma como os desejos de apropriação manifestos nos discursos: eis aí o afeto como objeto de desejo. Importante destacar que, por ocasião da elaboração da monografia da aluna, o recurso especial analisado no presente trabalho ainda tramitava no STJ e que as discussões estavam voltadas, portanto, não a criticar a posição da Corte, mas aos anseios de ver reconhecido o abandono afetivo paterno como ilícito civil passível de reparação.

Essa lesão causada é merecedora de reparação, pois não é justo e nem legal que um descumprimento de uma obrigação legal, causador de dano, não seja merecedor de compensação. A indenização por este dano moral tem caráter maior de reprovação do ato de abandono afetivo que de efetiva reparação do dano, inferindo-se que não se trata de impor preço ao amor, mas de reconhecer ao afeto valor jurídico. Conclui-se, então, que o afeto merece tutela jurídica própria e que o dano moral pelo abandono paterno é responsabilidade civil parental passível de reparação (BRASIL, 2005, p. 64).

Em 2006, de posse da decisão do STJ negando tal possibilidade, Vianna (2006, p. 45) manifesta esperança no reconhecimento futuro da ilicitude da conduta:

Demonstrou-se também que, uma vez determinado o vínculo jurídico da filiação, hoje baseado no critério biológico [?], a Doutrina sócio-Jurídica da Proteção Integral, fundamentada, entre outros, no princípio da dignidade da pessoa humana, e da paternidade responsável, impõe que o abandono afetivo de um filho deve ser considerado como uma conduta ilícita, eis que viola o direito fundamental à convivência familiar, um dos deveres inerentes ao poder familiar, cuja natureza jurídica configura-se em função de ordem pública.

Acena a autora para a “penalização” no Direito de Família como um caminho de viabilização da vida em sociedade, arriscando-se, inclusive, em propor outras formas de punição ao descumprimento do que intitula como “deveres afetivos dos pais em relação aos filhos” (VIANNA, 2006, p. 46).

Observou-se que, na ausência de previsão legal e de outras sanções, a responsabilização civil afigura-se como caminho para compensar os prejuízos decorrentes do abandono afetivo, por meio de reparação dos danos morais oriundos do abandono perpetrado em detrimento o interesse da criança e do adolescente, como instrumento para que se cumpra a própria finalidade do direito, que é viabilizar a vida em sociedade [...] Esperamos que a Doutrina Sócio-Jurídica da Proteção Integral sensibilize a sociedade e o Poder Legislativo para que inclua, no Estatuto da Criança e do Adolescente, a previsão para o abandono afetivo ou emocional, não com pena pecuniária, mas de **prestação de serviços à comunidade em instituições de atendimento a crianças e adolescentes carentes** (VIANNA, 2006, p. 46, grifo nosso).

Finalmente, a discente discorre sobre a necessidade de grupos de apoio para “atendimento individual dos pais negligentes” “[...] visando à prevenção ao abandono afetivo e, via de consequência, à garantia do direito à convivência familiar” (VIANNA, 2006, p. 47). Percebe-se mais uma vez a associação do direito ao afeto ao direito de convivência familiar. Mais adiante refletiremos acerca de tal associação e de que formas ela pode revelar paradoxos em discursos construídos na intenção louvável de acompanhamento das tendências contemporâneas de “repersonalização” do direito civil e reconstrução do direito de família.

Não obstante toda a argumentação de Vianna (2006, p. 46) estar voltada à defesa da reparação civil por abandono afetivo, a autora, no lugar de tecer críticas diretas à decisão do Superior Tribunal de Justiça, procurou justificá-la e orientar sua leitura não como uma negativa à tutela do afeto, mas como atitude legítima fundada na lógica da imparcialidade e da prudência.

Sobre a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça que entendeu não ser cabível indenização por dano moral em decorrência do abandono afetivo, sob o principal argumento de que a suspensão ou destituição do poder familiar seriam suficientes para coibir tal prática, foi demonstrado que o Poder Judiciário deve pautar suas decisões na mais absoluta cautela, prudência e severidade, para que não venha a ser utilizado como instrumento de sentimentos de vingança e ganância, não se eximindo, contudo, do dever de tutelar os interesses de crianças e adolescentes.

Por seu turno, Santos (2007, p. 70) percebe a decisão do Superior Tribunal de Justiça não como resposta, mas como omissão, alegando que:

[Deixou] o Poder Judiciário de enfrentar um problema social de ordem pública que afeta grande parte da população infante-juvenil, sob o argumento da aplicação de uma aparente punição¹² prevista na norma positivada, que acaba incentivando a prática de tais posturas por não gerarem qualquer ônus para o genitor que nega o amparo afetivo aos filhos que com ele não convivem.

Na defesa da indenização pecuniária e rebatendo o argumento da Corte Superior acerca do risco de monetarização do afeto, afirma a autora que, “infelizmente, percebe-se, até por ser inerente á cultura brasileira, que quando o cidadão tem que por a mão no bolso, é melhor repensada a adoção de um comportamento incompatível com a determinação legal” (SANTOS, 2007, p. 71).

Percebe-se que um mesmo fio teceu as conclusões ao se passear por suas razões, estruturadas de forma semelhante nos três trabalhos.

6.1 A abordagem histórica

Sob a justificativa de situar a análise do direito ao afeto e compreender suas bases, as monografias ora em análise iniciam com um panorama histórico. Tal opção remete às reflexões de Abreu (2008) acerca da técnica jurídica. A utilização da História, segundo o antropólogo, está associada a uma busca da essência dos institutos pelos operadores jurídicos. O debate jurídico é visto como batalha de essências e a história é utilizada, então, como instrumento de “progressivo desvelar da sua essência que, uma vez conhecida, daria as chaves do seu emprego normativo correto” (ABREU, 2008, p. 7).

Nesse raciocínio, Santos (2007) e Brasil (2005) optaram por discorrer sobre as origens da instituição familiar. Santos (2007, p. 13), seguindo a linha de grande

¹² Refere-se a autora à destituição do poder familiar, punição prevista aos pais por descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar, encarada pelos adeptos da reparação civil por abandono afetivo como recompensa e não penalidade.

parte dos manuais de Direito de Família, enfatiza a existência de uma sociedade “patriarcal e patrimonialista do século XI ao início do século XX”. Destaca que “a partir do advento da” Revolução Industrial (que) foram introduzidas profundas modificações no Direito de Família, as quais acabaram por desencadear no desaparecimento da organização patriarcal que vigorou no Brasil por todo o século XX (SANTOS, 2007, p. 13).

Juntamente com o progresso ocorrido no âmbito do direito de família, observa-se uma certa desorganização da vida familiar em razão dos casamentos e uniões efêmeros e das sucessivas trocas de marido e mulher, fato esse que tem levado genitores ao total descomprometimento em assumir o encargo de formar e educar os filhos menores decorrente do poder familiar e, por conseqüência, o rompimento paulatino dos laços afetivos que os une [sic], apesar da imposição legal de que os direitos e deveres dos pais devem vigorar durante a união e após a sua dissolução (SANTOS, 2007, p. 18).

Brasil (2005), de forma mais breve e destacando a infinitude da estrutura familiar, cita o pensamento de Engels (apud BRASIL, 2007, p. 15): “A família é o elemento ativo; nunca permanece estacionária, mas passa de uma forma inferior a uma forma superior, à medida que a sociedade evolui de um grau mais baixo para outro mais elevado”.

A proposta de abordagem histórica de Vianna (2006) seguiu linha diversa das demais obras. A autora procurou situar o direito ao afeto no percurso histórico da proteção aos direitos infante-juvenis, discorrendo, para tanto, sobre os “documentos internacionais que tratam da matéria e a influência destes na elaboração da Constituição Federal de 1988” (VIANNA, 2006, p. 7), em especial na delimitação dos deveres de assistência, da liberdade e responsabilidade do planejamento familiar, da doutrina sócio-jurídica da proteção integral e do respeito à condição peculiar da criança e adolescente como pessoa em desenvolvimento.

A autora percebe tal movimentação histórica também como evolução não da família propriamente dita, mas do pensamento jurídico:

A síntese histórica evidenciou que a evolução do pensamento jurídico sobre crianças e adolescentes parte

da total negação de suas especificidades, passando pelo assistencialismo estatal sob uma perspectiva tutelar, não de proteção da infância, mas de proteção social, onde elas são meros objetos de intervenção do mundo adulto, evoluindo até a Doutrina Sócio-Jurídica da Proteção Integral que, dentre outros importantes princípios, inaugura um novo paradigma ao considerar crianças e adolescentes como sujeitos de direitos (VIANNA, 2006, p. 45).

Para analisar o discurso das obras, dialogaremos com Fonseca (1995) e suas reflexões acerca da persistência do viés evolucionista no estudo dos comportamentos familiares. Entende a autora que, por trás das denúncias de desagregação familiar está implícita a idéia de que “existe uma família ideal – feliz e natural – que corresponde curiosamente à família conjugal comum nas camadas médias” (FONSECA, 1995, p. 70). Acerca da família patriarcal, a autora também remete às reflexões que buscam reforçar a lógica evolucionista que envolve as análises do contexto familiar:

Este modelo [a família patriarcal], desenvolvido por Gilberto Freyre a partir de dados sobre um contexto bem delimitado (a região açucareira da época colonial), se amparou de tal forma no imaginário da elite que, durante muitos anos, os próprios pesquisadores não procuraram outra coisa nos seus dados senão a verificação empírica dele. Na última década, avanços no campo de pesquisas históricas têm demonstrado que este modelo nunca foi realizado por mais do que uma pequena minoria da população. O que se verifica, na realidade, é a preponderância de unidades domésticas pequenas — de quatro a cinco pessoas. Em certas instâncias (cidades de Minas Gerais e São Paulo, no início do século XIX), a família chefiada por uma mulher, o suposto protótipo da família desagregada, chegava a ser tão comum quanto a família conjugal. Ao todo, a família patriarcal extensa não parece ter sido muito mais comum no passado do que hoje; assim como as famílias nucleares e as mulheres chefes de família não são nenhuma invenção da modernidade (FONSECA, 1995, p. 71).

No discurso de Santos (2007) e Brasil (2005), encontramos o que Fonseca (1995, p. 71) aponta como “mitos que gozam simultaneamente de grande sucesso apesar de se contradizerem entre si:”

Já examinamos a idéia de que a família começou unida e, com o tempo, se desagregou. Agora, consideramos um

mito que vai na direção quase oposta do primeiro: a família começou mal e só hoje chegou a ser sede de relações pessoais “esclarecidas”. A idéia seria que, antigamente, as pessoas eram interesseiras, com sensibilidades embrutecidas pelas duras condições materiais em que viviam e só hoje, graças à psicanálise, à maior introspecção e principalmente a um maior conforto material, os membros da família chegaram a se aceitar enquanto indivíduos.

A discussão das colocações de Fonseca (1995), juntamente com os questionamentos de Abreu (2008, p. 1) acerca das diferenças entre a nossa tradição e a “grande” tradição ocidental poderiam servir de base a um novo trabalho de pesquisa. Ficam a sugestão e o desafio. Entretanto, a idéia ao aqui apresentá-las é abrir novos caminhos de interpretação a partir da possibilidade de recusa do modelo evolucionista presente na análise histórica da família de Brasil (2005) e Santos (2007): a percepção do afeto como categoria cultural e não como força natural. Assim, as relações de afeto na família não são novidade da modernidade.

Sob esta ótica, esvaziam-se de sentido interpretações como a de Pereira (2004, p. 35), ao afirmar que “o Direito de Família evoluiu para um estágio em que as relações familiares se impregnam de autenticidade, sinceridade, amor, compreensão, diálogo, paridade, realidade”. O afeto, entendido como categoria cultural, não foi “introduzido” nas relações familiares “evoluídas” da atualidade, mas reconstruído e reinterpretado no contexto específico da contemporaneidade. Assumir essa perspectiva é abrir caminho para novas análises do discurso jurídico do afeto (FONSECA, 1995).

6.2 O afeto como direito decorrente do poder familiar

Para situar o afeto enquanto dever jurídico dos pais, as obras em análise se valem dos artigos 227 e 229 da Constituição Federal¹³, bem como da regulamen-

¹³ O artigo 227 da Constituição Federal estabelece: “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-la a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. Por seu turno, o artigo 229 prescreve o dever dos pais de “assistir, criar e educar os filhos menores”.

tação dos artigos 1634 do Código Civil, que estabelecem os atributos do poder familiar, entre eles o de dirigir a criação e educação dos filhos e o de tê-los em sua companhia e guarda.

Entendem as autoras que o direito ao afeto estaria implícito nos atributos do poder familiar e não poderia ser negado pelo genitor não-guardião, posto ter o referido poder caráter irrenunciável, intransmissível, inalienável e imprescritível (BRASIL, 2005). O afeto surge, neste contexto, como dever jurídico.

Afirma Vianna (2006, p. 32):

A doutrina contemporânea entende ser o poder familiar uma função que visa assegurar o atendimento de todos os direitos reconhecidos aos filhos como pessoa, em face de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Por conseguinte, os direitos outorgado aos pais limitam-se ao cumprimento dessa função e tanto a titularidade quanto o exercício são atribuições do pai e da mãe, em igualdade de condições, os quais se obrigam por tudo e em tudo.

Completa Santos (2007, p. 18, grifo nosso), buscando legitimar a intervenção estatal punitiva:

[...] daí surge a necessidade de intervenção do Estado para proteger os menores que são esquecidos por seu genitor, limitando a liberdade individual por meio de **aplicação de sanções que proporcionem o efetivo cumprimento dos direitos e deveres inerentes ao exercício do poder familiar.**

Brasil (2005) vai mais longe ao afirmar que no matrimônio o afeto é finito, implicando seu término a dissolução do vínculo para garantir a dignidade das pessoas. “Todavia, se da relação provierem filhos, a estes o afeto deve ser eterno. O dano causado a uma criança, que não só teve os pais separados, mas perdeu o afeto de um dos pais, que se afastou, é para toda a vida” (BRASIL, 2005, p. 21).

A proposta de Santos (2007) de abordar a questão das famílias monoparentais em tópico específico, logo após discorrer sobre o poder familiar, parecia acenar para uma reflexão acerca das possibilidades de exercício do poder familiar por um dos genitores, sem que isso implicasse seqüelas de abandono e desajustes emocionais.

No entanto, o discurso do afeto na monoparentalidade construído pela autora mais uma vez remete à idéia da existência de uma “família natural”, colocando as crianças e adolescentes oriundos das famílias monoparentais como um “problema de ordem pública” (SANTOS, 2007, p. 30) clamando pela proteção do Estado.

Não importa, como bem colocado pelo autor¹⁴, “se as situações são de origem, de conseqüências e de duração variáveis, há um elemento que persiste sempre: a criança não crescerá entre seu pai e sua mãe, seus protetores e educadores naturais.

Dias (2007, p. 197) ao tempo em que dedica o capítulo treze de seu Manual de Direito das Famílias ao caráter familiar das entidades monoparentais, atribui a necessidade de proteção estatal a tais núcleos familiares, inclusive no que refere a políticas públicas de assentamento e moradia, a sua “estrutura mais frágil”.

Brasil (2005, p. 32) vai mais longe ao afirmar que “sem o exercício da função paterna, a desestruturação do sujeito é inevitável. A conseqüência desse desamparo e desestruturação psíquica em razão da falta do pai é indicativo de delinquência e violência”.

Tais colocações ensejam discussão acerca do significado atribuído à mudança da expressão “pátrio poder” para “familiar”. Em princípio, é lugar argumentativo comum que se busca abandonar o sentido de dominação para alcançar o de proteção ao filho enquanto sujeito de direitos. Nessa lógica, não se trata do exercício de uma autoridade, mas de um encargo imposto por lei aos pais. O poder familiar, nesse prisma, é exemplo da noção de poder-função ou direito-dever. Ademais, nos discursos que defendem a reparação por abandono afetivo fundada no descumprimento de atributo inerente ao poder familiar, bem como nas normas que regulam o instituto, percebe-se que o termo familiar, em substituição a pátrio poder veio para atender a previsão constitucional de tratamento isonômico ao homem e a mulher (DIAS, 2007).

¹⁴ A autora refere às situações de surgimento das famílias monoparentais descritas por Eduardo de Oliveira Leite; “pode tratar-se de um pai só, que no passado vivenciou a situação de um casal ‘legítimo’, mas que se encontra sozinho após uma separação ou divórcio. Pode tratar-se de um pai, ou de uma mãe, que vivenciou um passado de concubinação e que, em razão de um vazio jurídico, permanece falsamente solteiro. O genitor pode ser um pai ou uma mãe solteiros ou ainda um pai só adotando; pode ser viúvo ou uma viúva, e sempre estaremos em face da monoparentalidade (LEITE apud SANTOS, 2007, p. 29).

No entanto, é de se ressaltar que as alterações na interpretação do poder-dever nem de longe atenderam à abertura constitucional às novas possibilidades de família com base no afeto, restringindo seu exercício ao pai e à mãe, biológicos ou “naturais”, segundo o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, ou adotivos, classificados como “substitutos” pela mesma norma.

Afirma Vianna (2006, p. 57): “quando os pais colocam um filho no mundo, de imediato recai sobre eles, independente da situação parental, a obrigação de cumprir os deveres decorrentes do poder familiar [...]”.

Nessa concepção, a criança e o adolescente têm direito, preferencialmente, a um pai e uma mãe que o protejam, amparem e conduzam sua educação. Todas as demais situações e configurações familiares são vistas como exceção, não havendo sequer a possibilidade de exercício do poder familiar em sua plenitude, prerrogativa legalmente atribuída somente ao pai e à mãe.

6.3 Afeto e convivência

Outro forte pilar na construção argumentativa das três obras é o princípio da convivência familiar, associado, se não confundido com o princípio da afetividade. Entendem as autoras que a convivência familiar corresponde ao “direito fundamental de crescer e se desenvolver na companhia dos pais” (SANTOS, 2007, p. 49).

Vianna (2006, p. 26), embora termine por seguir a mesma linha de raciocínio, inicia seu discurso demonstrando conflito entre o reconhecimento de uma família “natural” e a abertura a outras formas de organização familiar:

O direito à convivência familiar é matéria de interesse público e direito fundamental, cujos sujeitos são as crianças e adolescentes sendo que, na base da escala de valores estabelecida na legislação vigente está a família natural, já que toda criança ou adolescente tem o direito de ser criado e educado no seio de sua família (art. 19 do ECA), entendida, do ponto de vista jurídico, como a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes (art. 25 do ECA).

Embora o parágrafo inicial, timidamente, aponte para a pluralidade familiar delineada pela Constituição Federal, a argumentação retorna à rígida divisão de papéis, apontando para a relevância da família enquanto local ideal para criação do filho, em um contexto em que “a mãe provê o alimento, o afeto e o cuidado e o pai representa fonte de segurança e proteção” (VIANNA, 2006, p. 26-27).

A autora atribui, de forma bastante simplista e desprovida de qualquer dado estatístico, a privação da convivência familiar muitos dos problemas futuros dos indivíduos, entre eles, o insucesso escolar e até mesmo os casos de suicídio [!] (VIANNA, 2006, p. 28).

Brasil (2005), por seu turno, é mais explícita na conceituação de convivência familiar.

É por meio da convivência familiar que os filhos recebem a educação, o afeto, a transmissão de valores e vivência dos pais. Deve-se entender o direito à convivência familiar como o “direito ao pai”, em sua concepção muito além da genética, mas sim de coexistência (BRASIL, 2005, p. 45).

Acrescenta a autora que a recusa voluntária à convivência familiar, assim entendida, repise-se, como a recusa do pai a conviver com seu filho, é violação de dever legal, ofensa à personalidade, dignidade e imagem do filho.

O ponto de tensão no discurso, entretanto, parece residir no termo “familiar”. O artigo 226 da Constituição Federal estabeleceu a proteção estatal ao grupo familiar formado pela união matrimonializada, bem como pela união estável ou por qualquer dos pais com os filhos. Entretanto, a leitura do artigo 226 à luz do princípio da afetividade aponta para a consagração de novos núcleos de relações de afeto a clamar a tutela do Estado.

Nesse contexto de famílias possíveis, Tânia Pereira (2004) acena para a convivência familiar como direito fundamental da criança e do adolescente, associado ao acolhimento e proteção. Assim, se uma entidade familiar não foi suficiente para atender a tal necessidade de proteção, “outras formas de família hão de ser

reconhecidas nessa mesma categoria constitucional, para obterem a proteção do Estado” (PEREIRA, T., 2004, p. 649).

Entretanto, ao regular o direito da criança e adolescente à convivência familiar, em seu capítulo III, o Estatuto da Criança e do Adolescente, utilizado como base legal nos textos monográficos analisados, aponta mais uma vez para a valorização de uma “família natural” (este é, inclusive, o título da seção II do referido capítulo), assim entendida, nos termos do artigo 25, como “a comunidade formada pelos pais ou por qualquer deles e seus descendentes”. Em contrapartida, a seção III aponta para as “famílias substitutas”, opção de encaminhamento das crianças e adolescentes, por meio da guarda, tutela ou adoção, somente quando não for possível a criação e a educação em sua família natural.

Toda criança ou adolescente tem o direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes (Artigo 19, Estatuto da Criança e do Adolescente)

Assim, em meio ao discurso de do afeto como formador de família, encontramos, na legislação de proteção à criança e ao adolescente, discursos de valorização, em primeiro plano, da família biológica, orientando as interpretações de que o direito à convivência familiar implica, primeira e preferencialmente, a garantia do convívio com os pais biológicos e, somente nos casos em que isso não for possível, pelas famílias que os “substituirão”.

6.4 O castigo da responsabilização civil versus a recompensa da suspensão e destituição do poder familiar

O artigo 1638 do Código Civil prevê as sanções no caso de descumprimento dos deveres impostos pelo poder familiar. A suspensão ou destituição do poder familiar surgem como proteção da criança e do adolescente contra comportamentos que possam vir em prejuízo ao seu desenvolvimento.

Mas o discurso do afeto predominante nas monografias e, em geral, nas obras de autores que defendem a reparação por abandono afetivo não reconhece a norma como sanção, mas como “amparo jurídico ao que já acontece de fato” (VIANNA, 2006, p. 43), como “prêmio”, “favor” e autorização para que “os homens (e as mulheres) abandonem afetivamente suas crias, se elas forem empecilhos em suas próprias trilhas [...]” (HIRONAKA, 2005a, p. 1).

Santos (2007, p. 8 e 28), aponta para a “ineficácia da ordem normativa positivada para exigir o cumprimento dos deveres paternos após o rompimento da sociedade conjugal”. Vianna (2006, p. 28) alia-se a esse raciocínio, discorrendo sobre a penalidade prevista em lei:

[...] em nada interferirá numa mudança de comportamento, pois se assim agiu é porque em nenhum momento teve consciência, logo se revela inócua para reverter esse caótico quadro que viola a integridade física e moral das nossas crianças e adolescentes, indefesos ante a irresponsabilidade e a falta de consciência daqueles que lhes colocaram no mundo.

A possibilidade de indenização civil nessa seara desloca, como se percebe, a finalidade de proteção inerente à suspensão e destituição do poder familiar para dois prismas. O primeiro deles é a punição e a prevenção.

A imposição de sanção civil nesses casos não tem por objetivo pagar o amor omitido e, tampouco, compensar a dor sofrida pela vítima em razão dessa omissão, mas visa a coibir a prática corriqueira da paternidade irresponsável, impregnada no seio da sociedade em virtude da inexistência de mecanismos que proibam esse tipo de conduta (SANTOS, 2007, p. 66).

Dias (2007, p. 409) bem ilustra tal perspectiva, ao afirmar:

Dessa forma, o dano à dignidade humana do filho em estado de formação deve ser passível de reparação material, não apenas para que os deveres parentais deliberadamente omitidos não fiquem impunes, mas principalmente para que, no futuro, qualquer inclinação ao irresponsável abandono possa ser dissuadida pela firme posição do Judiciário, ao mostrar que o afeto tem um preço muito alto na nova configuração familiar.

Por outro lado, Vianna (2006), aponta para o caráter compensatório da medida, forma de recompor prejuízos decorrentes do abandono afetivo. Na mesma linha, Dias (2007, p. 408) defende uma indenização em “valor suficiente para cobrir as despesas necessárias para que o filho possa amenizar as seqüelas psicológicas mediante tratamento terapêutico.” Ademais, destaca a autora:

Claro que o relacionamento mantido sob pena de recompensa financeira não é a forma mais correto de se estabelecer um vínculo afetivo. Ainda assim, mesmo que o pai só visite o filho por medo de ser condenado a pagar uma indenização, isso é melhor do que gerar no filho o sentimento de abandono. Ora, se os pais não conseguem dimensionar a necessidade de amar e conviver com os filhos que não pediram para nascer, imperioso que a justiça imponha coactamente essa obrigação

Percebe-se uma tentativa de aproximar a defesa da reparação civil na seara das relações de paternidade ao aspecto de proteção ao interesse da criança. Entretanto, no lugar da norma que afasta a atuação do pai negligente e sob a argumentação da importância do afeto como bem juridicamente tutelado, a aparentemente contraditória importação de norma que o obrigue, ainda que não seja por afeto, a conviver com o filho.

Tal posição contrapõe-se a de (2004b, p. 48), que associa o afeto à convivência respeitosa, ao prazer da companhia, “sempre em detrimento da união forçada, artificial, hipócrita, doentia, conflitada, destruidora”. Segundo o autor, é incoerente admitir a mensuração de sentimentos pelo dinheiro justamente em um momento em que se proclama o afeto como alicerce no novo direito de família e a proposta é a defesa da autenticidade nas relações.

Nesse mesmo raciocínio, Arruda Neto (2006, p. 261) afirma que o caráter coercitivo da dinâmica jurídica deve ser interpretado de forma a combater uma “visão policiaisca e excessivamente interventora em uma célula da sociedade que deveria ter suas relações permeadas pelo afeto”, sob pena de violação da dignidade, autonomia e singularidades dos próprios componentes da família.

Dessa forma, o autor reafirma a “cautela ao fazer ‘importações’ de institutos como a culpa, que se encontram em outros ramos do direito civil”, sob pena de se ignorar que “o bem jurídico tutelado pelo direito familista é a dignidade das pessoas que a compõem” (ARRUDA NETO, 2006, p. 261). Adepto da intervenção mínima na individualidade dos componentes da família e na sua condução. Arruda Neto (2006) questiona a coerência da idéia de punição reiterada em uma esfera do direito que apregoa o afeto como fundamento das relações jurídicas. Se a realidade aponta para a “estigmatização e penalização de pessoas em decorrência de suas condutas morais, características intrínsecas ou simples vontade pessoal” (ARRUDA NETO, 2006, p. 273), o desafio é repensar a dogmática de forma a aplicá-la com o “espírito libertador e humanizador da Constituição Cidadã” (ARRUDA NETO, 2006, p. 272).

Nas inúmeras leituras da tutela do afeto, evidenciam-se diferentes modalidades de articulação nas quais, muito embora predominem valores muitas vezes referidos como contrários e contraditórios, parece claro o desejo de alcançar novos domínios por meio da construção de discursos.

7 Considerações finais

As transformações axiológicas fundamentais no sistema de Direito Civil clássico podem ser constatadas mediante a análise do discurso do direito acerca dos três pilares fundamentais da organização privada: a propriedade (que passa de direito individual absoluto a instituto vinculado a sua função social); as relações contratuais, onde foram inseridas novas categorias e preocupações; a família (antes fundada no estatuto da desigualdade e nas relações matrimoniais e agora assumindo perspectiva igualitária e plural) (FACHIN, 1999).

As idéias que afloram nesses ramos levam a debates e a reflexões acerca da forma e fundo dos institutos, discussão esta que passa pelas modificações políticas, sociais e econômicas, acrescidas do fenômeno de constitucionalização da “civilística”, seus limites e possibilidades, e apontam para a construção de uma nova ordem

jurídica (FACHIN, 1999) e de um novo sujeito cognoscente, que se constroem, a nova ordem e o novo sujeito, na medida em que, “entre o homem e o que ele conhece, se estabelece, se trama algo como uma luta singular, um tête-à-tête, um duelo” (FOUCAULT, 2005, p. 26).

As ações tendo por objeto a indenização por abandono afetivo paterno multiplicaram os prismas da discussão acerca da intervenção do Estado na seara familiar. O clamor pela proteção estatal do afeto é lugar comum no discurso daqueles que o percebem como garantidor da formação de indivíduos ajustados e realizados e, conseqüentemente, de uma sociedade mais justa.

O estudo de algumas decisões nessa esfera, bem como das reflexões de doutrinadores e acadêmicos, acenou para a coexistência de, ao menos, dois códigos de afeto na construção do discurso.

O primeiro deles percebe o afeto como elemento aglutinador. “A afetividade, assim, desponta como elemento nuclear e definidor da união familiar, aproximando a instituição jurídica da instituição social” (LOBO, 2004, p. 9). Nesse viés, do afeto como elemento constitutivo de vínculos familiares, a afetividade é colocada como “modo eficaz de definição de família e de preservação da vida” (DIAS, 2007, p. 52). Assim entendido, enquanto “valor capaz de dar origem, sentido e sustentação” às relações (PEREIRA, S., 2004, p.48) o direito ao afeto implicaria direito a amar e ver reconhecidas as uniões originadas desse amor como vínculo familiar digno de amparo e proteção. Com base nesse discurso, sustentam-se os institutos da união estável, da união homoafetiva, da filiação sócio-afetiva, da pluralidade de organizações familiares, da igualdade absoluta entre filhos, da dissolubilidade do casamento.

Neste sentido, negar a possibilidade de indenização por abandono afetivo não implica negativa do afeto como realidade digna de tutela. A idéia implícita na argumentação é a de que não caberia ao Estado promover de forma coativa a moralidade dos cidadãos, mas sim de tutelar sua segurança. Assim, muito embora não possa criar afeto, caberia ao ente estatal propiciar um “clima de realização pessoal e celular, valorando o afeto como o verdadeiro amálgama das relações familiares (com aptidão da produzir efeitos jurídicos)” (ARRUDA NETO, 2006, p. 264).

Por outro lado, em grande parte dos discursos dos adeptos à indenização civil por danos morais causados pelo abandono paterno, o que percebemos é o predomínio da visão não do direito de ver reconhecidas as uniões construídas pelo afeto, mas do direito, em especial da crianças e do adolescente, por sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, de receber o afeto de seus genitores.

A tendência, especialmente daqueles que constroem sua argumentação com base nessa segunda corrente, é problematizar a questão da seguinte maneira: “podem um pai ou uma mãe ser responsabilizados civilmente – e por isso condenados à indenização pelo abandono afetivo perpetrado contra o filho?” (HIRO-NAKA, 2005, p. 2). A assepsia do problema conduz à simplificação das respostas. Se há omissão por parte do pai e dessa omissão decorre dano ao desenvolvimento do filho, há dever de indenizar.

Não há polêmica na afirmação da relevância do amor no desenvolvimento emocional do indivíduo, tampouco nos danos causados pela falta de afeto, em especial nos primeiros anos de desenvolvimento. A discussão que emerge desse segundo discurso reside no movimento estatal não mais somente no sentido de atribuir, por meio de ações de investigação de paternidade, a paternidade biológica e a responsabilidade patrimonial dela decorrente, mas de garantir que o genitor de torne pai no sentido afetivo da palavra.

Nos argumentos da tutela do afeto como legitimadora da reparação civil por abandono afetivo, discursos classificados por muitos como vanguardistas, percebemos noções de família paradoxalmente mais próximas ao modelo tradicional de família biológica do que ao perfil plural delineado pela Constituição Federal de 1988.

Assim, por um lado temos o texto constitucional que, atendendo ao apelo dos fatos, reconhece além da união matrimonializada, a união estável como forma de organização familiar, sem se fechar, à luz do princípio da afetividade, aos novos núcleos de relações de afeto que clamam por reconhecimento na categoria constitucional de família.

Por outro lado, o discurso do afeto que defende a existência de uma família natural, interpretada como a família biológica, que, a despeito de qualquer reflexão acerca da existência de laços de afeto, é entendida como o ambiente ideal para o desenvolvimento da criança e do adolescente. Nessa interpretação, o afeto fala como direito do filho a conviver com seus pais biológicos e, de forma substitutiva, com seus pais adotivos, em nome de um saudável desenvolvimento psíquico e da promessa do exercício da paternidade responsável.

Em meio à sensação de complexidade empírica e ao temor aos fatos por ela gerada, percebemos na técnica jurídica a tendência para atenuar diferenças. Assim, nas decisões judiciais analisadas, não obstante o clamor social por novos paradigmas interpretativos, privilegiou-se o que Rorty (apud GEERTZ, 2004, p.336-337) chama discurso normal, entendido como aquele que incorpora regras, premissas e critérios já estabelecidos para se chegar a um acordo.

Entretanto, o diálogo e as tensões não se esgotam com a decisão judicial. A dinâmica interpretativa dos fatos, motivos e aparentes incongruências na lógica argumentativa dos diferentes discursos do afeto aponta para a variedade e tensão entre sensibilidades jurídicas bem como para a união do Direito a outras formações culturais da vida humana (GEERTZ, 1997).

Os discursos sobre a família e, dentro deles, o discurso do afeto nascem do contraste e tensão entre princípios estruturadores de toda a sociedade (MACHADO, 2001). O Direito, construído a partir de um processo cumulativo e descontínuo de linguagens, (CARNEIRO, 1998) é apenas uma das expressões de um “fenômeno social total”, um “enorme conjunto de fatos”, nos quais tudo “se mistura, tudo o que constitui a vida propriamente social das sociedades que precederam as nossas — até as da proto-história” (MAUSS, 2001, p. 51-52). Em meio a essa “multiplicidade de coisas sociais em movimento” (MAUSS, 2001, p. 52) é possível analisar as regras de direito e interesse presentes, sem ignorar as direções que se abrem às questões conexas (MAUSS, 2001).

Nessa linha de pensamento, alguns critérios podem minimizar os exageros na simplificação dos fatos ao se analisar as manifestações jurídicas relacionadas à

família brasileira. Primeiramente, há que se afastar alguns equívocos na apropriação dos discursos, em especial o que Ricoeur (1999) intitula como busca de coincidência com o gênio do autor. No “ideal romântico de coincidir com a psique alheia” (RICOEUR, 1999, p. 104) e justificar posicionamentos, termina-se por obscurecer a compreensão do objeto por um “conflito entre a sua compreensão e aquilo que a maioria das pessoas quer ver” (WITTGENSTEIN apud ABREU, 2008, p. 2).

Finalmente, não pode a família brasileira ser analisada como fruto de um caminho linear que, na contemporaneidade, alcançou a plenitude (MACHADO, 2001). Há que se considerar o caráter descontínuo dos discursos na história. Abandonar o viés evolucionista implica perceber como mitos a idéia da família unida que se desagregou ou da família desumana, cruel e desigual que se transformou em comunidade de afeto (FONSECA, 1995).

Nessa perspectiva de descontinuidade, há que se discernir que não se trata de restituir a palavra a um discurso do afeto reprimido e recalcado na história, tampouco considerá-lo como um “jogo de significações prévias” a serem decifradas (FOUCAULT, 2007, p. 53). O que efetivamente variou com as circunstâncias históricas não foi introdução do afeto nas relações familiares, mas a importância que se lhe atribuiu dentro de um contexto determinado. Se o discurso do afeto aparece como evento temporal, desde épocas remotas, diferentes significações vêm sendo construídas a partir de suas proposições. Dessa forma, para entender a particularidade do afeto enquanto construção cultural há que se reconstruir o contexto específico dos sujeitos em questão, superando conceitos usuais de pensar a família e construindo novas análises (FONSECA, 1995).

Construímos discursos acerca das práticas sociais e somos reconstruídos por eles a cada momento. São as tensões entre as diferentes sensibilidades jurídicas que organizam distintos arranjos e constroem as diferenças nas formas familiares e nos valores atribuídos à família (MACHADO, 2001). Assim, o discurso do afeto no Direito de Família, o afeto descrito aos olhos do Direito, traduz ações, reações e tensões entre códigos relacionais que não apontam para a unidade, mas expandem-se em novas direções de pensamento, novos modos de ser, de relacionar-se e de perceber a realidade.

Referências

- ABREU, Luiz Eduardo. *Tradição, direito e política*. Brasília, 2008. Mimeo.
- ARRUDA NETO, Pedro Thomé de. A despenalização do direito das famílias In: BASTOS, Eliene Ferreira; SOUSA, Asiel Henrique de (Coord.). *Família e Jurisdição*. Belo Horizonte: IBDFAM; Del Rey, 2006.
- ASSUMPÇÃO, Luiz Roberto de. *Aspectos da paternidade no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BORDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.
- BRASIL, Livia Vicente. *Responsabilidade civil parental: dano moral por abandono afetivo*. Brasília, 2005. Trabalho de Conclusão do Curso (Graduação)-Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2005.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL. *Lei nº 8069 de 13 de julho de 1990*. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm>>. Acesso em: 14 ago. 2007.
- BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CARNEIRO, Maria Francisca. *Avaliação do dano moral e discurso jurídico*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1998.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual do direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DUMONT, Louis. *O individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: M. Fontes, 2007.
- FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- FERRAZ JR. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FONSECA, Claudia. Amor e família: vacas sagradas de nossa época. In: _____. *Família em processos contemporâneos: inovações culturais na sociedade brasileira*. São Paulo: Loyola, 1995.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: NAU, 2005.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. São Paulo: Loyola, 2007.

FOUREZ, Gerard. *A construção das ciências: introdução à filosofia e à ética das ciências*. São Paulo: Unesp, 1995.

GEERTZ, Clifford. *O saber local*. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

HIRONAKA, Giselda Maria. *Decisão do STJ reformando acórdão do TAMG sobre abandono afetivo*. Comentários da Professora Giselda Hironaka. [S.l.], 2005a. Disponível em: <<http://flaviotartuce.adv.br>>. Acesso em: 14 ago. 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria. *Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filho: além da obrigação legal de caráter patrimonial*. [S.l.], 2005b. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc/Giselda_resp2.doc>. Acesso em: 20 fev. 2008.

LANNA, Marcos Aurélio. Notas sobre Marcel Mauss e o ensaio sobre a dádiva. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 14, p. 173-194, jun. 2000.

LOBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 8, n. 307, maio 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5201>>. Acesso em: 18 abr. 2008.

MACHADO, Lia Zanotta. *Famílias e individualismo: tendências contemporâneas no Brasil*. Brasília, 2001. Disponível em <<http://www.unb.br/ics/dan/Serie291empdf.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2008.

MAUSS, Marcel. *Ensaio sobre a dádiva*. Lisboa: Edições 70, 2001.

PEREIRA, Sergio Gischkow. *Estudos de direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

PEREIRA, Tânia da Silva. Famílias possíveis: novos paradigmas na convivência familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Afeto, ética e família e o novo código civil*. Belo Horizonte: IBDFAM; Del Rey, 2004.

RICOEUR, Paul. *Teoria da interpretação*. Lisboa: Edições 70, 1999.

SANTOS, Cristiane Oliveira Coutinho. *O abandono afetivo como reflexo do descumprimento dos direitos e deveres legais impostos ao genitor não-guardião*. 2007. Trabalho de Conclusão do Curso (Graduação)-Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2007.

SINGLY, François de. O nascimento do “indivíduo individualizado” e seus efeitos na vida conjugal e familiar. In: _____. *Família e individualização*. Rio de Janeiro: FGV, 2000.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quarta Turma. REsp 757.411/MG. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Julgado em 29 nov. 2005. *Diário da Justiça*, Brasília, 27 mar. 2006. p. 299.

TRIBUNAL DE ALÇADA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. 7ª Câmara Cível. Apelação Cível n. 2.0000.00.408550-5/000(1). Relator: Juiz Unias Silva. Julgado em 01 abr. 2004. *Diário da Justiça*, Minas Gerais, 29 abr. 2004.

VIANNA, Andréa Silva. *Abandono afetivo de crianças e adolescentes: uma violação ao direito fundamental à convivência familiar*. 2006. Trabalho de Conclusão do Curso (Graduação)-Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2006.

Dedicatória

Para Arlindo e Nely, amados pais;

Para meus grandes homens, Renato, Lucas e Rafael,

Todos exemplos do afeto que constrói família.

Agradecimentos

Ao mestre-amigo Luiz Patury, por afastar certezas e apontar para a ordem do discurso.