



Fábio Brumana

ABANDONO AFETIVO: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana

Cleber Affonso Angeluci

RESUMO

Alega ocorrer atualmente maior preocupação com o afeto nas relações do Direito de Família, constituindo prova disso os casos de pedidos de indenização fundamentados na ausência de amor de um dos pais pelo filho.

Traça considerações sobre o instituto da guarda, em especial o da guarda compartilhada, e o papel exercido por ela na estruturação da criança na moderna formação familiar, analisando o afeto na ciência jurídica e nos tribunais.

Crítica a inserção da matéria no ramo da responsabilidade civil, uma vez que o Direito de Família, materializado no juízo da família, é apto para o julgamento de tais casos. Chama a atenção, por fim, para o perigo de valorar-se – como simples moeda – o amor, elemento indispensável para a constituição da dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE

Direito de Família; afeto; guarda compartilhada; responsabilidade civil; paternidade – biológica, social; reparação de dano; família; princípio da dignidade da pessoa humana; abandono afetivo.

1 A FORMAÇÃO DA PESSOA

O ser humano, ao longo de sua existência, conseguiu várias e memoráveis façanhas, algumas abomináveis, embasadas apenas no egoísmo e no desejo individual de ganho; e outras tantas, dignas de entes superiores, como as facilidades de transporte e comunicação, a cura de doenças endêmicas, a descoberta da origem genética. Entretanto, nessa busca incessante pelo aperfeiçoamento, parece ter-se esquecido de conhecer, compreender sua real finalidade, pois saiu à procura de algo melhor e talvez tenha deixado de se conhecer e se formar como pessoa, um organismo vivo que sente e racionaliza, diferentemente de outros seres, que têm vivência singela e irracional.

(...) essa descoberta da consciência, por mais que se defenda ser um processo fácil, para a grande maioria das pessoas é extremamente penoso; para algumas parece ser inatingível, e permanecem num estado infantil de desenvolvimento (...)

Apesar disso, para Ernst Cassirer, *o homem é criatura que está em constante busca de si mesmo – uma criatura que, em todos os momentos de sua existência, deve examinar e escrutinar as condições de sua existência.* Nisso consiste o real valor da vida humana, pois somente o ser humano *pode dar uma resposta racional*, de tal forma que seu conhecimento e sua moralidade estão compreendidos nesse círculo, é por essa faculdade de dar uma resposta a si mesmo e aos outros que o homem se torna um ser responsável, um sujeito moral¹.

A despeito de todos os esforços do irracionalismo moderno, essa definição de homem como um animal rationale não perdeu sua força. A racionalidade é de fato um traço inerente a todas as atividades humanas. A própria mitologia não é uma massa grosseira de superstições ou ilusões crassas. Não é meramente caótica, pois possui uma forma sistemática ou conceitual. Mas, por outro lado, seria impossível caracterizar a estrutura do mito como racional. A linguagem foi com frequência identificada à razão, ou à própria fonte da razão. Mas é fácil perceber que essa definição não consegue cobrir todo o campo. É uma pars pro toto; oferece-nos uma parte pelo todo. Isso porque, lado a lado com a linguagem conceitual, existe uma linguagem emocional; lado a lado com a linguagem científica ou lógica, existe uma linguagem da imaginação poética. Primariamente, a linguagem não exprime pensamentos ou idéias, mas sentimentos e afetos. E até mesmo uma religião “nos limites da razão pura”, tal como concebida e elaborada por Kant, não passa de mera abstração².

Dessa forma, como afirma Rollo May, *o homem difere completamente da natureza, uma vez que possui consciência de si mesmo; seu senso de individualidade o distingue do restante dos seres animados e inanimados, inclusive da própria natureza, por isso a necessidade de autoconsciência, ou seja, de (...) um self vigoroso – isto é, um forte senso de identidade pessoal – para relacionar-se plenamente com a natureza sem ser por ela absorvido. Pois sentir verdadeiramente seu silêncio e o caráter inorgânico acarreta considerável ameaça. Se alguém se encontrar num alto promontório, por exemplo, contemplando*

o mar em violenta agitação e compreender, de maneira plena e realista, que o oceano jamais “tem uma lágrima pela dor alheia, nem se importa com o que os outros pensem”, e que sua vida poderia ser engolida com uma alteração infinitesimal para aquele tremendo movimento químico da criação, a pessoa se sentiria ameaçada. Ou se alguém se entregar à sensação das distâncias no pico de uma montanha e entrar em empatia com as altitudes e os abismos, compreendendo ao mesmo tempo que a montanha “nunca foi amiga de ninguém”, “nem prometeu o que não poderia dar”, e que ele poderia despedaçar-se no sopé rochoso sem que sua extinção como pessoa humana trouxesse a menor alteração às paredes de granito, então sobrevirá o medo. Esta é a profunda ameaça do “não ser”, do “nada”, que se experimenta em plena confrontação com o ser inorgânico. E recordar que “tu és pó e em pó te hás de tornar” não constitui grande conforto³.

Com essa descoberta, surge um grande conflito interno, pois, ao mesmo tempo em que se constitui num organismo complexo, pleno de existência, há no plano racional a sua finitude como certeza, gerando uma agitação de forças internas que, segundo Erich Fromm, devem ser *entendidas como base da “natureza” do homem⁴*. Mas essa descoberta da consciência, por mais que se defenda ser um processo fácil, para a grande maioria das pessoas é extremamente penoso; para algumas parece ser inatingível, e permanecem num estado infantil de desenvolvimento, padecendo de doenças variadas e sem causa aparente, num verdadeiro subdesenvolvimento interior.

Frente a tantas adversidades, o medo se torna companheiro fiel e persistente e tem como causa *a ansiedade de perder a consciência de si mesmo*, a sensação de estar perdido, sem rumo e sem *nada para orientá-lo*, consumido sem saber diferenciar seu mundo subjetivo do *mundo objetivo que o rodeia⁵*. Dessa situação brota um vazio profundo, fruto *da convicção pessoal de ser incapaz de agir como uma entidade, dirigir a própria vida, modificar a atitude das pessoas em relação a si mesmo, ou exercer influência sobre o mundo que nos rodeia, o que culmina com a renúncia da pessoa em sentir e a querer⁶*.

Então, converte-se num ser mecanicista, suprimindo sua vontade e desejo, e condicionado, embora de forma inconsciente, seja internamente, pelo medo, seja externamente, pelas convenções e apelos da sociedade, que pouco a pouco também se transformam num verdadeiro fosso, aumentando ainda mais aquela sensação de debilidade e de solidão.

O ser humano não tem aptidão para viver isolado, portanto, carece da aprovação social de determinado grupo, necessita *ser estimado para superar a sensação de isolamento*, pois somente (sic) *imersa no grupo é reabsorvida, como se voltasse ao ventre materno*, esquecendo assim *a solidão, embora ao preço da renúncia à sua própria existência como personalidade independente*. Não consegue acionar os recursos internos capazes de vencer a solidão no correr dos anos, *isto é, o desenvolvimento de seus recursos interiores, da força e do senso de direção, para usá-los como base de um relacionamento significativo com os outros seres humanos*. Nessa desestruturação, a solidão passa a ser a única companheira, ainda em presença dos outros, *pois gente vazia não possui base necessária para aprender a amar⁷*.

É na infância que surge no ser humano a mais importante

e radical ocorrência no processo evolutivo, isto é, a autoconsciência. É a primeira oportunidade em que se encontra com o eu, justamente porque, *no ventre materno, fazia parte do “nós original” com sua mãe e, próximo aos três anos de idade, a criança toma consciência de sua liberdade, sentindo-se no relacionamento com os pais, e a si mesma, como um indivíduo independente, capaz de opor-se a eles, se necessário. Esta notável ocorrência constitui o nascimento da pessoa no animal humano*⁸.

Essa mobilização é muito simples, porém muito profunda, algo novo na frágil vida humana. Diante da dificuldade ocasionada pela profundidade, intenta o ser humano uma fuga colérica para retornar ao único lugar de segurança que conhece, pois, ao nascer, *é tirado de uma situação que até então era definida, tão definida quanto os instintos, e jogado numa situação indefinida, incerta e aberta. Só há certeza com relação ao passado; com relação ao futuro, a única certeza que existe é a morte*⁹.

Esse fluxo de expansão da vida, que se inicia nos primeiros anos e se prolonga por toda a existência, é diferente para cada um – *acarretando crises que podem causar profunda ansiedade. Não é para admirar, afirma Rollo May, que muita gente recalque o conflito e procure durante toda a vida fugir da ansiedade. Isso porque, prossegue o autor, a experimentação de nossa própria personalidade é a convicção de que todos começamos como seres psicológicos, apesar da impossibilidade de prová-lo de maneira lógica, pois a autoconsciência era pressuposição de qualquer discussão a respeito. Haverá sempre um elemento de mistério na percepção do próprio ser-mistério, significando aqui um problema cujos dados o envolvem inteiramente. Pois esta percepção é pressuposição de auto-indagação. Isto é, o simples meditar sobre a própria identidade significa que já se está empenhado na autoconsciência*¹⁰.

Nos dias atuais, o ser humano vive uma fase de imenso vazio, sensação originada da idéia de incapacidade para fazer algo de eficaz a respeito da própria vida e do mundo em que vivemos, o que é extremamente preocupante, pois poderá vir a estagnar-se se não evoluir em direção ao seu autoconhecimento, exatamente porque *as potencialidades trans-*

*formam-se em morbidez e desespero e eventualmente em atividades destrutivas*¹¹.

Em decorrência disso, muitas doenças físicas têm nascedouro também na fuga de seu reconhecimento como pessoa. Assim, recorrendo-se à metáfora da folha de papel, o ser humano é como tal, de um lado, o plano físico-orgânico, de outro, o plano psicológico. Dois lados de uma mesma pessoa, duas óticas conexas de um mesmo ente. Tanto que, se houver a perfuração de um lado do papel, entenda-se, perturbação psicológica, prontamente o outro também será afetado, pois, conexas, compõem-se como partes de um todo. Assim, é possível demonstrar que a vida é composta de uma diáde, e que não pode ser compartimentalizada, sob pena de se perder o humano em sua integração pessoal.

A vida é marcada por constante incerteza e, pelo conhecimento da natureza humana e dos conflitos interiores, é possível obter *novas bases para a crença nos aspectos trágicos da existência, de tal modo que o psicoterapeuta, ao observar todos esses embates concebidos interna e externamente em cada pessoa, acaba por adquirir uma nova compreensão do potencial da dignidade do ser humano, obtendo provas de que, quando o homem finalmente aceita o fato de não poder mentir com êxito para si mesmo e resolve levar-se a sério, descobre no íntimo uma capacidade de recuperação anteriormente desconhecida e às vezes mesmo notável*¹².

Faz pleno sentido a afirmação de que, na batalha travada internamente, algumas poucas pessoas são vencedoras e acabam por se conhecer efetivamente, aceitando seus limites e sua incapacidade, próprios da imperfeição humana.

Qual, então, a tarefa com que nos defrontamos? As implicações são nítidas na análise acima: precisamos redescobrir no nosso íntimo novas fontes de vigor e integridade. Isso, naturalmente, será feito de acordo com a descoberta e a afirmação de valores pessoais e da sociedade onde vivemos, e que constituirão o âmago da unidade. Mas valor algum será eficaz, tanto para a pessoa como para a sociedade, quando não existe a capacidade anterior para avaliá-los, isto é, para optar e afirmar de maneira atuante os princípios segundo os quais se deseja viver.

*Este é um dever do indivíduo, que assim contribuirá para o lançamento das bases de uma sociedade construtiva, que eventualmente emergirá desta época agitada, como a Renascença surgiu da desintegração da Idade Média*¹³.

O autor ainda reforça sua posição, citando observação de William James, a respeito da preocupação daqueles que pretendem um mundo mais sadio, e que *deveriam começar por si mesmos, podendo ir mais longe, observando que descobrir o centro de força em nosso íntimo é, afinal, a melhor contribuição que podemos prestar aos homens nossos irmãos. Diz-se que, na Noruega, quando um pescador vê seu barco arrastado para um redemoinho, tenta lançar um remo ao abismo borbulhante. Se o conseguir, o maelstrom se acalma e ele e seu barco conseguem atravessar em segurança. Do mesmo modo, quem possui força íntima inata exerce um efeito calmante sobre as pessoas em pânico que a rodeiam. É disto que precisa a nossa sociedade – não de novas idéias e invenções, por mais importantes que sejam, não de gênios e super-homens, mas de pessoas que sejam, isto é, que possuam no íntimo uma fonte de vigor*¹⁴.

Esse processo de autoconhecimento ou de conhecimento interior é profundamente doloroso, pois exige do ser humano o confronto consigo, a ciência de seus limites e recursos, enfim, o encontro com suas incapacidades, seus medos e sua impotência. Tal agitação em busca de solucio-

nar suas contradições, próprias do ser humano, é vital para o homem encontrar uma solução para si mesmo, elas são carregadas de toda a energia inerente a uma pessoa, como afirma Fromm, são, no sentido amplo da palavra, “espirituais”, os caminhos de fuga da sobrevivência, transcendendo a experiência do nada e do caos na tentativa de encontrar alguma forma de união e de estrutura/orientação, servindo à sobrevivência mental mais do que à sobrevivência física¹⁵.

Nesse processo, um elemento extremamente relevante para o enriquecimen-

to pessoal é, sem sombra de dúvida, o amor. O amor-próprio, ou, para usar a expressão de Rollo May, *o amor de si mesmo*, que é *não só necessário, como um bem, além de ser indispensável ao amor ao próximo*. O autor faz um parêntese e observa, com Erich Fromm, que não se deve confundir esse sentimento com o egoísmo, pois a *excessiva preocupação com sua pessoa brota, na verdade, do ódio por si mesmo*. E mais, *amor-próprio não é a mesma coisa que egoísmo e, sim, o oposto; isto é, a pessoa que se sente intimamente indigna precisa valorizar-se pelo egoísmo, e aquela que tem uma compreensão sadia do próprio valor e que ama a si mesma possui as bases para agir com generosidade em relação ao próximo. Felizmente torna-se também claro, de uma perspectiva religiosa mais distante, que muito da autocondenação e desprezo pessoal contemporâneos são produto de problemas específicos do nosso tempo. O desprezo de Calvino pelo self estava intimamente ligado ao fato de que os indivíduos se sentiam insignificantes nos círculos industriais dos tempos modernos. E o autodesprezo do século XX resulta não só do calvinismo, mas também do nosso vazio doentio. Assim, a atual ênfase no desprezo pessoal não é representativa da tradição hebraico-cristã⁶*.

O amor é o sentimento que preenche aquele vazio referido, a angústia gerada no íntimo da pessoa em processo de reconhecimento como ser racional, pertencente à humanidade. É condição essencial para o processo de formação e estruturação desse organismo vivo, tanto que, *quando uma pessoa é incapaz de sentir os próprios sentimentos, precisa muitas vezes aprendê-lo respondendo, dia após dia, à pergunta: Como estou me sentindo neste momento?* Mais relevante é *sentir que o “eu” ativo é que está sentindo, o que torna direto e imediato o sentimento, experimentando o afeto em todos os níveis do próprio ser⁷*.

A atribuição da guarda dividida ou exclusiva a um dos ascendentes, gerando ao outro o direito de visitas, não condiz mais com a realidade da sociedade atual, além de não garantir à criança o pleno desenvolvimento de sua personalidade (...)

Para isso, o avanço do processo de autodescoberta como pessoa carece do desenvolvimento de diversos sentimentos – cada um deles tendendo para sua formação – como fator decisivo para a conquista final do “eu pessoa”. Assim, *para os adultos, ocupados em se redescobrir, a luta está centralizada no seu íntimo*.

“A luta para tornar-se uma pessoa ocorre no íntimo da própria pessoa.” Ninguém pode evitar colocar-se contra pais exploradores, ou as forças externas do ambiente, mas a luta psicológica crucial que devemos empreender é contra as nossas dependências, a ansiedade e os sentimentos de culpa que surgem à medida que evoluímos para a liberdade. O conflito básico, em suma, dá-se entre aquela parte da pessoa que procura evoluir, expandir-se e ser sadia e a outra, que anseia por permanecer em nível imaturo, atada ao cordão umbilical psicológico e recebendo a pseudoproteção e os mimos dos pais, em troca da independência⁸.

Faz pleno sentido a afirmação de que, na batalha travada internamente, algumas poucas pessoas são vencedoras e acabam por se conhecer efetivamente, aceitando seus limites e sua incapacidade, próprios da imperfeição humana. Outras tantas, diante da guerra interna, preferem o refúgio confortável da ignorância pessoal, mantendo sua inabilidade, permanecendo como pessoas subdesenvolvidas, quando não marcadas por transtornos e desvios psicológicos, eivadas de angústia e rancor.

Por isso, a pessoa precisa enfrentar toda a sorte contrária e fazer opção por si mesma. Essa expressão de Kierkegaard, segundo Rollo May, *afirma a responsabilidade de cada um pelo próprio self e a própria existência*, correspondendo a uma *atitude oposta ao impulso cego ou à existência rotineira; é uma atitude de vivacidade e decisão*, em que a pessoa *reconhece existir naquele determinado ponto do universo e aceita a responsabilidade de sua existência*; equivale a uma *decisão de aceitar o fato de que a pessoa é ela mesma, com a responsabilidade de cumprir o próprio destino, o que, por sua vez, implica aceitar o fato de que cada qual deve fazer suas próprias opções fundamentais⁹*.

A medida que essa opção pela vida é feita de forma consciente, *a responsabilidade para consigo mesmo assume novo significado*, aceitando a pessoa a própria existência, *não como algo a que está presa, uma carga que lhe foi imposta, mas como um valor por ela escolhido*, ocorrendo uma união entre *liberdade e responsabilidade*, tornando-se *mais do que uma idéia agradável, consciente de que a opção por si mesma lhe dá certeza da escolha conjunta da liberdade pessoal e da responsabilidade*. Além disso, *a disciplina exterior transforma-se em autodisciplina*.

A pessoa a aceita não porque recebe ordens – pois quem poderia mandar em alguém que estava livre para acabar com a própria vida? – mas porque decidiu com maior liberdade o que pretende fazer da vida, e a disciplina é necessária em vista dos valores que deseja alcançar. Esta autodisciplina pode ter nomes complicados – Nietzsche a chamava de “amor ao próprio destino”, e Spinoza falava de “obediência às leis da vida”. Mas, ornada ou não de nomes fantasiosos, é, julgo eu, uma lição que todos progressivamente aprendem na luta pela conquista da maturidade²⁰.

Para essa conquista, há também necessidade de coragem. Coragem para romper com a situação original, de dependência da mãe, num primeiro momento, dos pais ou de si mesmo, para encarar o combate em busca de sua identificação como pessoa livre de qualquer amarra ou submissão. Há necessidade também, dentro do contexto, do incentivo dos pais e mães para que a criança supere esse estado de completa dependência como pessoa em desenvolvimento. Daí a preocupação legal em preservar e garantir à criança a possibilidade de atingir esse objetivo.

2 A PROTEÇÃO DO INTERESSE DA CRIANÇA

Para a transformação do estado infantil em estado adulto, é imperioso o respeito à infância, aos primeiros passos da longa jornada da vida. Somente possibilitando o aprendizado sadio das experiências da vida é que o processo de formação humana poderá atingir seu ápice: a conquista da dignidade da pessoa e seu auto-reconhecimento como pessoa com plena dignidade.

Não bastasse o amparo integral representado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado

brasileiro, o legislador constituinte mostrou-se ainda mais preocupado com o tema. Tanto que, no art. 227 da Constituição Federal de 1988, fez constar expressamente o *dever da família, da sociedade e do Estado de 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-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.*

É preciso atenção, no dispositivo em comento, especialmente quanto aos direitos à vida e à saúde. Em relação ao primeiro, dispensam-se maiores comentários, uma vez que sem ela não seria possível discriminar os demais direitos, mas ainda assim merece relevo porque não se poderá falar em vida se esta não for digna, garantindo-se também à criança e ao adolescente o direito à ampla e irrestrita dignidade na formação da pessoa como fim em si mesma.

No tocante ao direito à saúde, talvez por questões culturais ou metodológicas, há certa propensão em restringi-la apenas à vertente física, olvidando-se a grande relevância representada pela saúde mental, psicológica. Nesse aspecto, a expansão pessoal e o autoconhecimento estão intimamente relacionados com o ambiente em que se encontram a criança ou o adolescente, ou seja, o ambiente familiar, surgindo, assim, a distinta responsabilidade do pai e da mãe, na família tradicional, ou de quem desempenhe o papel, nas contemporâneas estruturas familiares, de formação e capacitação da criança ou adolescente como pessoa dotada de dignidade.

No plano infraconstitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente busca regulamentar integralmente a proteção à criança. Dispõe, no art. 3º, que ambos gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Dessa forma, há de se ter certa preo-

cupação em relação aos traumas a que a criança possa ser exposta, desde os primeiros anos de vida, evitando-se, ao máximo, sua exposição às condições adversas para sua formação.

Apesar da importância do amor para a pessoa e para a sociedade, não se discutia, até pouco tempo atrás, sua relevância na seara jurídica. De uma forma ou de outra, o patrimônio sempre ocupou lugar de destaque na legislação codificada (...)

Abra-se importante parêntese, nesta oportunidade, para aqueles casos, de certa maneira comuns, que chegam ao Judiciário, em que o interesse e a proteção da criança não são considerados, sendo muitas vezes usada como moeda em processos de separação. Nega-se qualquer respeito à sua vida e sentimentos em troca de uma posição mais cômoda em termos patrimoniais, ou, ainda, de modo desprezível, priva-se a outra pessoa do convívio e da participação na vida do filho.

Nesse aspecto, cabe aos agentes do Direito, em contato com tais situações, frear os ânimos impulsivos e até mesmo irracionais, para preservar e garantir o bom desenvolvimento psicológico da criança, sem traumas ou abalos que possam influenciar na formação desse ser, envolvido em questões judiciais que não lhe dizem respeito.

A oportunidade suscita interrogações: Será que a atual sistemática de estabelecimento de guarda, em processos de separação dos pais, está em consonância com a proteção constitucional garantida à criança e ao adolescente? Será que o “direito de visita” concedido à outra pessoa não lhe retira direitos fundamentais?

Nesse sentido, confira-se a importante lição de Gustavo Tepedino, para quem, em relação à guarda, (...) *a própria expressão semântica parece ambivalente, indicando um sentido de guarda como ato de vigilância, sentinela, que mais se afeiçoa ao olho unilateral do dono de uma coisa guardada, noção inadequada a uma perspectiva bilateral de diálogo e de troca, na educação e formação da personalidade do filho.*

Tradicionalmente, a guarda era tratada como um direito subjetivo a ser atribuído a um dos genitores na separação, em contrapartida ao direito de visita deferido a quem não fosse outorgada esta posição de vantagem, que teria o dever

*de a ela submeter-se. Dessa forma, acaba-se por desvirtuar o instituto da guarda, retirando-lhe a função primordial de salvaguardar o melhor interesse da criança ou do adolescente*²¹.

Apesar de algum progresso na seara do Direito de Família, especialmente nas questões relativas à separação judicial e à situação dos filhos, não é incomum, ainda hoje, encontrar casos em que se pretende manter a criança como simples objeto a exibir o melhor direito do guardião, o que *acaba por reduzir o papel dos pais na educação dos filhos, uma vez extinta a sociedade conjugal, a um feixe de prerrogativas e poderes a serem ostentados, exigidos e confrontados, a cada controvérsia envolvendo o destino da prole – verdadeiro duelo entre proprietários ciosos de seus confin*²².

Surgem, para enfrentamento dessa situação, os institutos da guarda compartilhada e da guarda alternada, excluindo o domínio individual e o privilégio de exclusividade até então reinante no ordenamento jurídico pátrio, como alternativa a ser considerada.

2.1 APONTAMENTO SOBRE A GUARDA COMPARTILHADA

Com a ruptura da vida comum, a primeira grande questão diz respeito aos filhos, ou seja, na companhia de qual dos cônjuges ficarão e quem auxiliará mais de perto o seu desenvolvimento. Exceтуadas as hipóteses relacionadas à guarda em família substituída, do Estatuto da Criança e do Adolescente, a análise aqui será circunscrita aos casos de vida comum, dentro de uma entidade familiar constituída e que se desfaz, gerando direitos e deveres aos pais e também prerrogativas à criança em referida condição.

Não somente na infância, dentro da família, mas também no decorrer da vida, com a ajuda das instituições, é que a distinção entre fantasia e realidade, entre culpa e responsabilidade é estabelecida, desenvolvida e fomentada, como afirma Giselle Câmara Groeninga. Primeiramente dentro da família, e no seio das

instituições, aprendemos a interpretar os afetos, a realidade e a lei. Assim também se aprende a *balizar a agressividade e (sic) desenvolvemos formas de dar e receber amor, as quais vão se transformar em solidariedade – um capital essencial para o exercício da cidadania*, conclui a autora²³, de onde se extrai a importância da tema da guarda compartilhada, quando extinta a sociedade familiar.

*O estudo da guarda compartilhada faz-se relevante e deve ser intensificado, à medida que contribui para a recuperação de uma apreciação ética das relações de filiação, de modo absolutamente necessário e complementar ao exercício conjunto da autoridade parental. A utilização teórica de ambas as categorias, como instrumentos integrados de atuação dos princípios constitucionais, destinadas à tutela das situações existenciais na formação e no desenvolvimento da personalidade do filho, mostra-se provavelmente como o desafio hermenêutico mais árduo para a concreção da dignidade humana em matéria de filiação*²⁴.

(...) fazer prevalecer o elemento biológico como ponto fundamental a sustentar a relação entre pai e filho é ainda comum no Judiciário brasileiro (...)

A atribuição da guarda dividida ou exclusiva a um dos ascendentes, gerando ao outro o direito de visitas, não condiz mais com a realidade da sociedade atual, além de não garantir à criança o pleno desenvolvimento de sua personalidade, contrariando o princípio da dignidade humana. Apesar disso, a legislação pátria não dispõe expressamente a respeito do estabelecimento da guarda compartilhada. A doutrina fundamenta a possibilidade de sua instituição no texto do art. 1.583 do Código Civil/2002, se houver consentimento dos pais. Em casos litigiosos, a decisão fica a critério do juiz, sempre pautada no melhor interesse da criança.

Na tentativa de suprir essa ausência de lei, há alguns projetos em tramitação na Câmara dos Deputados, em especial o Projeto de Lei n. 6.350, de 2002, que prevê alterações no Código Civil. Descreve as situações em que poderá ser instituída a guarda compartilhada e delinea seu conceito, inclusive²⁵.

Importante estudo consta da Justificativa do projeto, que define a guarda compartilhada como (...) *um tipo de guarda onde os pais e mães dividem a responsabilidade legal sobre os filhos ao mesmo tempo e compartilham as obrigações pelas decisões importantes relativas à criança. É um conceito que deveria ser a regra de todas as guardas, respeitando-se evidentemente os casos especiais. Trata-se de um cuidado dos filhos concedidos aos pais comprometidos com respeito e igualdade.*

*Na guarda compartilhada, um dos pais pode deter a guarda material ou física do filho, ressalvando sempre o fato de dividirem os direitos e deveres emergentes do poder familiar. O pai ou a mãe que não tem a guarda física não se limita a supervisionar a educação dos filhos, mas sim participará efetivamente dela como detentor de poder e autoridade para decidir diretamente na educação, religião, cuidados com a saúde, lazer, estudos, enfim, na vida do filho*²⁶.

Como se pode constatar, diversamente da previsão legal estatuída no art. 1.584 do Código Civil, que define a guarda a quem revelar melhores condições para exercê-la, na guarda compartilhada, ambos os pais participam efetivamente das decisões

importantes referentes à vida do filho, o que poderá ser a solução para a família, justamente porque a separação ou o divórcio cessam o casamento ou seus efeitos, porém não aniquilam a família, devendo haver ajustes para propiciar o desenvolvimento dos menores envolvidos em tais circunstâncias.

A guarda dividida ou exclusiva não garante o desenvolvimento da criança e não defere aos pais tratamento de igualdade, pois, como a própria redação do art. 1.589 estabelece, aquele privado da guarda dos filhos *poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação*, conferindo-lhe, portanto, um tratamento de coadjuvante no processo de desenvolvimento dos filhos.

Essa disposição, além de ferir o direito à igualdade reconhecido na Constituição Federal, atribui a quem foi privado da guarda apenas o direito de visita, devendo inclusive submeter-se muitas vezes às regras e determinações traçadas pelo detentor da guarda, e isso com um grau de maior prejuízo porque este tem o respaldo legal, podendo submeter o outro aos seus caprichos e, quando não, ao distanciamento dos filhos.

Tal comportamento acarreta severos traumas à família desconstituída. O afastamento das pessoas configura, nesse contexto, o primeiro passo para a extinção dos vínculos sentimentais até então existentes, transformando o afeto positivo em negativo, o amor em ódio. No centro desse tormento, crianças em formação devem merecer o zelo necessário para que as desventuras não lhes impossibilitem o crescimento e a conquista da dignidade.

3 A VALORIZAÇÃO DO AFETO NA CIÊNCIA JURÍDICA

O amor, o sentimento de união, tem de estar presente, especialmente o amor que une pais e mães aos seus filhos, devendo os adultos olvidar seus problemas e voltar as preocupações para as crianças e os adolescentes. Considere-se que o amor, tanto para o ser humano como para a sociedade organizada, é muito importante; sem dúvida, é o mais alto sentimento despertado na vivência em comunidade. Na expressão de Guilherme Assis de Almeida, *o amor deve ser a mais estimada de todas as coisas existentes. Esclareça-se que o amor, assim como os outros valores, é uma coisa, mas não algo concreto, palpável. Por sua própria natureza é inexaurível, jamais se esgota, sempre podemos amar mais e melhor*²⁷.

Apesar da importância do amor para a pessoa e para a sociedade, não se discutia, até pouco tempo atrás, sua relevância na seara jurídica. De uma forma ou de outra, o patrimônio sempre ocupou lugar de destaque na legislação codificada, desde o advento do Código de Napoleão.

A defesa da relevância do afeto, do valor do amor, torna-se muito importante não somente para a vida social. A compreensão desse valor nas relações do Direito de Família leva à conclusão de que o envolvimento familiar não pode ser considerado somente do ponto de vista patrimonial-individualista. Há necessidade de ruptura dos paradigmas até agora existentes, para se poder proclamar, sob a égide jurídica, que o afeto é elemento relevante, a ser observado na concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

A alteração na estrutura do modelo familiar relativizou a função de cada membro da família, pois não se prende mais àquela disposição tradicional: pai, mãe e filho, ao primeiro cabendo o comando e a gestão do lar. Outras e variadas configurações familiares rompem as correntes da família matrimonializada, que já não corresponde às

relações de fato em que se envolvem as pessoas na época atual.

O amor está desfazendo o círculo neurótico instituído por aquela formação familiar, como escreveu Giselle Câmara Groeninga, e passa a ocupar outra posição nessa nova estrutura, unindo pessoas por laços abstratos e num fim fraterno comum: o desenvolvimento pessoal, por meio do núcleo familiar.

Nesse passo, o Direito não acompanhou as alterações sociais, o ordenamento não atribuiu valor ao afeto, pelo menos expressamente. A doutrina esforça-se para implantar essa nova visão independente, que não reconhece o valor econômico apenas. Esse trabalho é ainda incipiente e também árduo, pois, de um ponto de vista extremamente legalista, defender sua irrelevância e fazer prevalecer o elemento biológico como ponto fundamental a sustentar a relação entre pai e filho é ainda comum no Judiciário brasileiro, tendo em vista o apego ao paradigma que vigorou até agora, para citar a relevância desse aspecto, em detrimento do amor.

Exemplos dessa afirmação são mencionados por Fernanda Otoni de Barros em seu livro *“Do direito do pai”*, quando confronta a paternidade biológica com a paternidade por ela chamada “social”, em casos práticos e reais, ocorridos no Judiciário mineiro. No primeiro deles relata um processo, proposto pela mãe, de investigação de paternidade de filha, que até aquele momento tinha como pai o companheiro da mãe. A completar a trama, o pai biológico não tem nenhuma relação com a filha e não quer assumir a paternidade, enquanto o “pai-social” não abre mão de seu direito de pai, mesmo sabendo que a filha é adúltera. Indaga a autora: *Quem é o pai?*²⁸

No referido caso, prontamente observa-se o elemento biológico em contraposição ao elemento afetivo, ou seja, a paternidade biológica, como um valor, fazendo frente à paternidade social, afetiva, num verdadeiro conflito valorativo. Além disso, imperioso anotar que, nesse exemplo, julgado o processo, o pai biológico tornou-se pai de direito da criança, com todos os efeitos decorrentes do dever de paternidade, inclusive com a troca do nome da criança e a conseqüente exclusão do nome do “pai social”, apesar da insatisfação deste com o processo e com a Justiça. Tal decisão acarretou incômodo à autora, que observou, no encerramento do pro-

cesso, a possibilidade de a psicanálise contribuir para a ciência do Direito, especialmente na seara da filiação²⁹.

(...) o afeto é um valor, inerente à formação da dignidade humana, tal como o direito à herança genética, guardadas as proporções.

Cabe um parêntese para lembrar a lição de Gustavo Tepedino, para quem *as relações de Direito Civil são postas, ainda, a partir de relações de afeto, amor e solidariedade* e prossegue, defendendo que a figura do pai e da mãe (...) *parecem insubstituíveis nessas relações de vida inseridas na família. Ao contrário de desenvolvermos técnicas que possam parecer destinadas a superar a realidade cultural, em que vivemos, na verdade, temos técnicas terapêuticas para suprir deficiências humanas, para atender à pessoa para, excepcionalmente, prolongar e gerar vida, e não para suprir, pura e simplesmente, a falta de afeto e de amor que se dá no seio da família.*

*Esta é a realidade em que vivemos: uma ordem jurídica constitucional que avocou para as relações de Direito Privado, em particular para as relações de família, a dignidade da pessoa humana como valor central, superando todos os outros interesses patrimoniais, institucionais, matrimoniais ou ideológicos que pudessem, por assim dizer, se sobrepor na escolha de princípios ou nas novas técnicas legislativas*³⁰.

Não resta dúvida de que o desenvolvimento da pessoa, de forma a alcançar sua dignidade como tal, será possível desde que haja respeito pelo ser humano que a criança em desenvolvimento representa, com seus medos, anseios e frustrações e, acima de tudo, com seus vínculos afetivos estabelecidos desde o nascimento, na coletividade familiar.

Noutro exemplo, a autora confronta o direito do pai biológico que pretende a manutenção do vínculo com a filha, após a separação do casal, e ingressa em juízo para a regulamentação de visitas, em razão da negativa da mãe em lhe conceder esse direito. Constata, quando da procedência de seu pleito, que a filha foi adotada pelo atual companheiro da mãe, rompido, assim, qualquer vínculo com ele. Novamente a indagação que não cala e demonstra, a permear a obra, o valor do afeto: *Quem é o pai?*

Cumpra transcrever seu testemunho, com a alteração imposta ao rumo trilhado no início da pesquisa: (...) *eu tinha uma su-*

*posta resposta à questão inicial, ou seja, o pai é aquele que cria, que simbolicamente empresta seu nome e seu corpo na constituição da criança e no seu laço social, o campo jurídico devendo legitimar sua função simbólica e reconhecê-lo, agora eu tinha várias outras questões: e o pai biológico, qual deverá ser a sua função e qual legitimidade lhe é possível? E o desejo da mãe? Quem pode dizer o nome do pai? Só a mãe pode declarar o pai ao filho? O pai que ela desejar, quando o desejar?*³¹.

Nesse caso concreto, facilmente se observa o conflito instaurado entre a paternidade biológica, pretendendo ser também social, em confronto com a paternidade adotiva, estabelecida mediante uma suposta relação social, em flagrante fraude aos direitos da primeira. Eis outra oportunidade de observar o valor que representa o afeto na constituição das relações familiares, bem como o engessamento das normas do Direito de Família, diante da dificuldade em reconhecê-lo.

Finalmente, porém não menos importante, o derradeiro exemplo da autora, sob o título “paternidade plural”, demonstra a existência do conflito entre a paternidade afetiva e a biológica, evidenciando, mais uma vez, a relevância do afeto como um valor. Trata-se de um processo de separação judicial litigiosa em que a mãe confessa ao pai da criança a possibilidade de ser outro o seu pai biológico. Tal suspeita é confirmada na instrução do processo, e o pai biológico dispõe-se a reconhecer a paternidade, encontrando óbice porque o “pai social” não quer sucumbir em seus direitos paternos, diante da existência do vínculo de afeto entre ele e a criança.

Causa surpresa o desfecho da história, quando o pai biológico pretende o reconhecimento da paternidade, dada a separação: o “pai social” declarou em acordo a inexistência de filhos e de bens, apesar de ter lutado para a manutenção do vínculo. O Ministério Público manifestou-se contrariamente, afirmando que a filiação não tem caráter privado. *Os pais de uma*

criança não podem decidir, quando querem, do jeito que querem, quem é o pai e quem não é. Filiação é um registro público, um direito indisponível e personalíssimo do filho e que não pode ser regulado por acordos e contratos particulares³².

Os filhos são realmente conquistados pelo coração, obra de uma relação de afeto construída a cada dia, em ambiente de sólida e transparente demonstração de amor à pessoa gerada por indiferente origem genética, pois importa ter vindo ao mundo para ser acolhida como filho de adoção por afeição. Afeto para conferir tráfego de duas vias a realização e a felicidade da pessoa. Representa dividir conversas, repartir carinho, conquistas, esperanças e preocupações; mostrar caminhos, aprender, receber e fornecer informação. Significa iluminar com a chama do afeto que sempre aqueceu o coração de pais e filhos socioafetivos, o espaço reservado por Deus na alma e nos desígnios de cada mortal, de acolher como filho aquele que foi gerado dentro do seu coração³³.

Deve-se ressaltar que a alteridade, o respeito pelo outro, há de ser tema de primeira discussão. Até que ponto existe, na aplicação do Direito, a consideração do outro e para com o outro?

Sob tal argumento, é possível se encher de esperanças para estabelecer no mundo jurídico mais uma vez que o afeto é um valor, inerente à formação da dignidade humana, tal como o direito à herança genética, guardadas as proporções. Não pode, por isso, ser esquecido das lides forenses ou simplesmente rejeitado, em especial no Direito de Família, em que a formação individual para o convívio social encontra sua primeira base de desenvolvimento.

Assim como nas questões patrimoniais, tão comuns no Direito, deve ser aberto o debate sobre o valor do afeto. Não um valor pecuniário, convertido em moeda corrente, como simples capital ou elemento de troca, mas um valor inerente à constituição da pessoa, implícito na sua dignidade para a formação pessoal.

3.1 O AFETO NOS TRIBUNAIS

Sob o manto do princípio da dignidade humana, os tribunais passam a reconhecer o valor do afeto, conforme se depreende da decisão do Tribunal de Justiça do Paraná, prestigiando a filiação socioafetiva, no seguinte aresto:

Negatória de paternidade. Adoção à brasileira. Confronto entre a verdade biológica e a socioafetiva. Tutela da dignidade da pessoa humana. Procedência. Decisão reformada. 1. A ação negatória de paternidade é imprescritível, na esteira do entendimento consagrado na Súmula 149/STF, já que a demanda versa sobre o estado da pessoa, que é emanção do direito da personalidade. 2. No confronto entre a verdade biológica, atestada em exame de DNA, e a verdade socioafetiva, decorrente da denominada “adoção à brasileira” (isto é, da situação de um casal ter registrado, com outro nome, menor, como se deles filho fosse) e que perdura por quase quarenta anos, há de prevalecer a solução que melhor tutele a dignidade da pessoa humana. 3. A paternidade socioafetiva, estando baseada na tendência de personificação do Direito Civil, vê a família como instrumento da realização do ser humano; aniquilar a pessoa do ape-

lante, apagando-lhe todo o histórico de vida e condição social, em razão de aspectos formais inerentes à irregular “adoção à brasileira”, não tutelaria a dignidade humana, nem faria justiça ao caso concreto, mas, ao contrário, por critérios meramente formais, proteger-se-iam as artimanhas, os ilícitos e as negligências utilizadas em benefício do próprio apelado³⁴.

Outra questão inquietante, que nega qualquer valor ao vínculo amoroso formado entre cônjuges, diz respeito à perquirição da culpa para a dissolução do matrimônio, como se o fato de constituir advogado para um processo de separação, fazer todas as provas, enfrentar o Judiciário moroso, exercer o direito de ação, já não constituísse prova suficiente para concluir pela necessária dissolução do enlace, pela conclusão do fim do sentimento que mantinha unido o casal.

Com o advento do Código Civil de 2002, já há entendimento de não existir, necessariamente, a obrigatoriedade de produção e indicação da culpa do cônjuge na separação, como se observa do aresto do Tribunal de Justiça de Sergipe, com a seguinte ementa:

SEPARAÇÃO JUDICIAL – Ação litigiosa – Magistrado que decreta a separação sem buscar e imputar a qualquer das partes a causa e o culpado pela ruptura do casamento – admissibilidade, se manifestado pelos cônjuges, de forma incontestada, o firme propósito de pôr fim ao vínculo conjugal.

Ementa oficial: Manifestado pelos cônjuges, através da inaugural e contestação, o propósito firme de se separarem, deve o magistrado decretar a separação, independentemente de buscar e imputar a qualquer das partes a causa e o culpado pela ruptura do casamento³⁵.

Como fundamento dessa decisão, há referência expressa à jurisprudência já dominante do Superior Tribunal de Justiça, no mesmo sentido, negando a necessidade de se comprovar a culpa, o que permite supor haver cessado, naquele enlace, qualquer vínculo de amor entre as pessoas, pois pretendem a extinção da vida comum:

Direito Civil. Direito de Família. Separação por conduta desonrosa do marido. Prova não-realizada. Irrelevância. Insuportabilidade da vida em comum manifestada por ambos os cônjuges. Possibilidade da decretação da separação. Nova orientação. Código Civil de 2002 (art. 1.573). Recurso desacolhido.

Na linha de entendimento mais recente e em atenção às diretrizes do novo Código Civil, evidenciado o desejo de ambos os cônjuges em extinguir a sociedade conjugal, a separação deve ser decretada, mesmo que a pretensão posta em juízo tenha como causa de pedir a existência da conduta desonrosa³⁶.

Por “insuportabilidade da vida em comum” pode-se entender a ausência de amor, pois, onde há afeto, amor, há comunhão e desejo de crescimento a dois, o que não pode ser encontrado, por certo, quando não existe essa correspondência de vontades entre os cônjuges. Assim, não falar em culpa ou causa da separação, imputando um responsável pelo fracasso do casamento, pode ser considerado avanço para o reconhecimento da dignidade da pessoa, e mais, para o reconhecimento do afeto como elemento importante para essa realização.

Nas linhas de Sérgio Resende de Barros, em “A ideologia do afeto”, conclui-se que a culpa não é fator para a decretação da extinção do vínculo conjugal, haja vista a existência de outro elemento importante, pois, em verdade, (...) o que identifica a família é um afeto especial, com o qual se constitui a diferença específica que define a entidade

familiar. É o sentimento entre duas ou mais pessoas que se afeioam pelo convívio diuturno, em virtude de uma origem comum ou em razão de um destino comum, que conjuga suas vidas tão intimamente, que as torna cônjuges quanto aos meios e aos fins de sua afeição, até mesmo gerando efeitos patrimoniais, seja de patrimônio moral, seja de patrimônio econômico. Este é o afeto que define a família: é o afeto conjugal. Mais conveniente seria chamá-lo afeto familiar, uma vez que está arraigada nas linguas neolatinas a significação que, desde o latim, restringe o termo cônjuge ao binômio marido e mulher, impedindo ou desaconselhando estendê-lo para além disso²⁷.

Dessa maneira, quando não existe afeto, não há amor; uma sanção já foi imposta à sociedade conjugal, sua falência, pois a vida a dois não pode ser concebida sem que exista o laço de união afetiva entre os cônjuges. Obrigar seja provada a culpa pelo término da relação, sob o ponto de vista da relevância do afeto, seria o mesmo que implantar um sistema de *bis in idem* condenatório para aqueles que já sofreram com o fracasso na constituição da família.

O autor vai ainda mais longe, defendendo a importância do afeto e a alteração do texto constitucional, pois família se conjuga com amor e embora o pensamento da família parental, embasada no patriarcalismo, vá em outra direção (...), o fato é que não é requisito indispensável para haver família que haja homem e mulher, nem pai e mãe. Há famílias só de homens ou só de mulheres, como também sem pai e mãe. Ideologicamente, a atual Constituição brasileira, mesmo superando o patriarcalismo, ainda exige o parentalismo: o biparentalismo ou o monoparentalismo. Porém, no mundo dos fatos, uma entidade familiar forma-se por um afeto tal – tão forte e estreito, tão nítido e persistente – que hoje independe do sexo e até das relações sexuais, ainda que na origem histórica não tenha sido assim. Ao mundo atual, tão absurdo é negar que, mortos os pais, continua existindo entre os irmãos o afeto que define a família, quão absurdo seria exigir a prática de relações sexuais como condição sine qua non para existir a família. Portanto, é preciso corrigir ou, dizendo com eufemismo, atualizar o texto da Constituição brasileira vigente, começando por excluir do conceito de entidade familiar o parentalismo: a exigência de existir um dos pais²⁸.

Com isso, fica patente o destaque do afeto nas uniões familiares e o valor que lhe deve ser atribuído pelo Direito, para exercer o seu papel na formação e no desenvolvimento da pessoa, de forma a cumprir o princípio da dignidade da pessoa humana.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL PELO DESAMOR?

O valor referido foi considerado em contraposição a outro ou a outros valores. Até aqui houve a preocupação especial em contrapor o afeto a valores como a culpa (nos casos de ruptura do casamento) e ao valor biológico (nos conflitos entre paternidade biológica e paternidade social), por exemplo, sem considerar o valor do afeto no aspecto pecuniário.

É na infância que surge no ser humano a mais importante e radical ocorrência no processo evolutivo, isto é, a autoconsciência.

Segundo afirma Nicola Abbagnano, o uso do termo “valor” pela filosofia só começa quando seu significado é generalizado para indicar qualquer objeto de preferência ou de escolha, o que acontece pela primeira vez com os estoicos. Estes foram os primeiros a introduzir o termo no domínio da ética e chamaram de valores os objetos de escolha moral²⁹.

É também a partir da mesma época que tende a reproduzir-se, no campo da teoria dos valores, uma divisão análoga à que caracterizara a teoria do bem: entre um conceito metafísico ou absolutista e um conceito empirista ou subjetivista do valor. O primeiro atribui ao valor um status metafísico, que independe completamente das suas relações com o homem. O segundo considera o modo de ser do valor em estreita relação com o homem ou com as atividades humanas. A primeira concepção é motivada pela intenção de subtrair o valor, ou melhor, determinados valores e modos de vida neles fundados, à dúvida, à crítica e à negação: essa intenção parece pueril, se pensarmos que o valor mais solidamente ancorado na consciência dos homens e que mais paixões provoca também é o valor mais mutável e relativo, a tal ponto que às vezes os filósofos se recusam pudicamente a considerá-lo autêntico: o valor-dinheiro³⁰.

É sob o prisma do “valor-dinheiro” que se passará a analisar o afeto ou sua ausência,

de agora em diante, com base especialmente em algumas decisões do Judiciário brasileiro, ora negando-lhe, ora atribuindo-lhe o valor pecuniário, a título de reparação de danos, suprimindo a deficiência do enlace afetivo mediante indenização em moeda.

Tem-se observado, nesses casos, que o fundamento para amparar a pretensão está circunscrito ao âmbito da responsabilidade civil, afastando-se a competência do juízo da família e os princípios desse ramo do Direito para a fundamentação do dever de reparar, ou, então, da não-obrigatoriedade de reparação.

Sem ingressar profundamente no mérito de tal questão, na pretensão exclusiva de abrir o debate, parece que a controvérsia não ficará bem situada unicamente

na esfera da responsabilidade civil, uma vez que as relações de família são especiais, incidindo sobre elas princípios e circunstâncias peculiares ao Direito de Família. Dessa forma, é possível defender o Direito de Família como o mais apto a enfrentar tais casos, com uma análise mais acurada, própria desse ramo, dentro da ótica da “repersonalização do Direito Civil”, pois a pessoa humana deve ser o centro da atenção e não a existência ou inexistência da relação de afeto porventura existente, sem olvidar a relevância do amor para a formação da pessoa.

Lafayette Pozzoli já atentou para o que escreveu Jacques Maritain no livro “Humanismo Integral”, ensinando que o ser humano deve realizar uma obra comum na terra: o amor. Segundo ele, o verdadeiro fim da humanidade está em realizar uma vida comum terrena, um regime temporal de acordo com a dignidade humana e o amor, sendo este, sem dúvida, um trabalho árduo e heróico e que exige força de vontade, paciência e, sobretudo, fé de cada pessoa³¹.

Não se trata de atribuir, simplesmente, valor pecuniário ao desamor, nem mesmo responsabilizar a pessoa pela ausência desse sentimento nas relações de família. Se a discussão ficar restrita a tal aspecto, não se atingirá o seu ponto fundamental, ou seja, a sua grande importância para a própria formação da pessoa.

As questões sem respostas, com as

quais se defronta a sociedade atual, encontram reflexo na família moderna, pois todo *abandono sofrido pelas crianças mimadas de hoje – qualquer que seja a composição familiar a que pertençam – é o abandono moral*, como afirma Maria Rita Kehl, e conclui: (...) *a mãe, separada do pai, passa muitas horas por dia trabalhando; não é porque um pai decidiu criar sozinho os filhos que a mãe rejeitou; ou porque um casal jovem só tenha tempo para conviver com a criança no fim da semana. O abandono, e a conseqüente falta de educação das crianças, ocorre quando o adulto responsável não banca sua diferença diante delas.*

Fora isso, sabemos que todos os “papéis” dos agentes familiares são substituíveis – por isso é que os chamamos de papéis. O que é insubstituível é um olhar de adulto sobre a criança, a um só tempo amoroso e responsável, desejante de que esta criança exista e seja feliz na medida do possível – mas não a qualquer preço. Insubstituível é o desejo do adulto que confere um lugar a este pequeno ser, concomitante com a responsabilidade que impõe os limites deste lugar. Isto é que é necessário para que a família contemporânea, com todos os seus tentáculos esquisitos, possa transmitir parâmetros éticos para as novas gerações⁴².

Por isso, admite-se que não será atacada a causa do problema, restando apenas o contentamento superficial e o abrandado apego ao efeito. Deve-se ressaltar que a alteridade, o respeito pelo outro, há de ser tema de primeira discussão. Até que ponto existe, na aplicação do Direito, a consideração do outro e para com o outro? O debate, travado apenas sob a ótica da responsabilidade civil, permanece cingido à valoração do amor ou à resolução em perdas e danos, diante do desamor, não se vislumbrando a imperiosa necessidade daquele para a formação da dignidade da pessoa.

Não se observa, nos relacionamentos de hoje, o diálogo – a que se referiu Montoro – entre a “pessoa-sociedade”, o que torna tenso e preocupante o ambiente, pois, como ele próprio anunciou, *é através do diálogo que a pessoa toma consciência de sua situação e de seus problemas e é, também, através do diálogo que o grupo social se constitui como realidade sociocultural*, devendo estar, assim, na origem e na continuidade dinâmica da ‘pessoa’ e da ‘sociedade’. *Da pessoa humana real e da sociedade histórica-atuante⁴³.*

Diante dessa realidade, surge a necessidade de resgatar valor para o amor, não apenas em processos de indenização, propostos por filhos contra pais relapsos que lhes negaram o direito ao pleno desenvolvimento⁴⁴, sob a égide do abandono moral, mas um valor inerente à família e, por que não, à dignidade da pessoa humana, dada sua importância na construção da pessoa, como fim em si mesma.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O amor representa elemento indispensável para a formação, o desenvolvimento e o aperfeiçoamento do princípio da dignidade humana.

Para se poder alcançar o pleno desenvolvimento, com início na infância, não resta dúvida de que essa fase da vida deve ser protegida e amparada, em especial pelos agentes do Direito, para se permitir o avanço de etapas e a conquista da pessoa como fim em si mesma e como ser independente.

O debate sobre a guarda, em especial a guarda compartilhada, deve permear a preocupação dos juristas afeitos ao Direito de Família, sobretudo atualmente, em que a família não mais corresponde ao modelo patriarcal instituído e embasado apenas no

casamento, devendo-se observar, ainda, que o modelo de guarda exclusiva não corresponde mais ao caminho para a conquista da auto-afirmação da pessoa. Isso considerando a relevância do afeto nas relações de família, o que começa a ser reconhecido pelos tribunais superiores e possibilita discussão a respeito.

Por outro lado, vê-se com certa preocupação a resolução do afeto, ou melhor, da falta deste, em perdas e danos, haja vista que tal controvérsia deixa ao abandono o outro, especialmente a pessoa a quem se deve dirigir o afeto na sua formação.

Além disso, cada caso deve ser analisado com a prudência devida, especialmente tendo em vista o ordenamento jurídico que estabelece a guarda exclusiva, como o brasileiro, restando àquele que não a tem apenas o “direito de visitas”, bem como a submissão, muitas vezes, aos caprichos e manobras de quem efetivamente detém a guarda da criança.

É grande o valor da vida, já não se discute. O amor, imprescindível ao aperfeiçoamento da vida, também deve ter o seu valor reconhecido.

REFERÊNCIAS

- 1 CASSIRER, Ernst. *Ensaio sobre o homem: introdução a uma filosofia da cultura humana*. Trad. de Tomás Rosa Bueno. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.17.
- 2 Idem, p. 49.
- 3 MAY, Rollo. *O homem à procura de si mesmo*. Trad. de Áurea Brito Weissenberg. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 61-62.
- 4 FROMM, Erich. *A descoberta do inconsciente social: contribuição ao redirecionamento da psicanálise*. Trad. de Lúcia Helena Siqueira Barbosa. São Paulo: Manole, 1992. p. 43.
- 5 MAY, *op.cit.*, p.28.
- 6 Idem, p. 22.
- 7 Idem, p. 29.
- 8 Idem, p. 69-70.
- 9 FROMM, Erich. *A arte de amar*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 10.
- 10 MAY, *op.cit.*, p. 74.
- 11 Idem, p. 22.
- 12 Idem, p. 65.
- 13 Idem, p. 66.
- 14 Idem.
- 15 FROMM, *A descoberta... op. cit.*, p. 44.
- 16 MAY, *op.cit.*, p.83.
- 17 Idem, p. 87.
- 18 Idem, p.113.
- 19 Idem, p. 140.
- 20 Idem, p. 144.
- 21 TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 309.
- 22 Idem.
- 23 GROENINGA, Giselle Câmara. O direito a ser humano: da culpa à responsabilidade. In: *Direito de Família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p.102.
- 24 TEPEDINO, *op.cit.*, p. 321-322.
- 25 Referido projeto acrescenta ao art. 1.583 do Código Civil dois parágrafos com a seguinte redação: § 1º *O juiz, antes de homologar a conciliação, sempre colocará em evidência para as partes as vantagens da guarda compartilhada. § 2º Guarda compartilhada é o sistema de corresponsabilização do dever familiar entre os pais, em caso de ruptura conjugal ou da convivência, em que os pais participam igualmente da guarda material dos filhos, bem como dos direitos e deveres emergentes do poder familiar*. O mesmo projeto dá nova redação ao art. 1.584, também do Código Civil, nos seguintes termos: *Art. 1.584. Declarada a separação judicial ou a (sic) divórcio ou separação de fato sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, o juiz estabelecerá a (sic) sistema da guarda compartilhada, sempre que possível, ou, nos casos em que não haja possibilidade, atribuirá a guarda tendo em vista o melhor interesse da criança. § 1º A guarda poderá ser modificada a qualquer momento atendendo sempre ao melhor interesse da criança.*

- 26 BRASIL. Projeto de lei n. 6.350, de 2002. Define a guarda compartilhada. *Diário da Câmara dos Deputados*, Poder Legislativo, Brasília-DF, 10 abr. 2002, p. 14.793.
- 27 ALMEIDA, Guilherme Assis de. *O valor do amor*. Disponível em: <<http://www.mundodosfilosofos.com.br/guilherme23.htm>>. Acesso em: 20 ago. 2005.
- 28 BARROS, Fernanda Otoni de. *Do direito ao pai*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p.74-79.
- 29 Idem, p.78.
- 30 TEPEDINO, Gustavo. Clonagem: pessoa e família nas relações do Direito Civil. *Revista CEJ*, Brasília, n. 16, p. 49-52, jan./mar. 2002.
- 31 BARROS, *op.cit.*, p. 86.
- 32 Idem, p. 91.
- 33 MADALENO, Rolf. *Filhos do coração*. 2005. Disponível em: <<http://www.juristas.com.br/colunistas/impressao.jsp?idColunista=104&idColuna=623>>. Acesso em: 14 out. 2005.
- 34 BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Civil n. 108.417-9. 2ª Câm. Civil., Rel. Des. Accário Cambi, j.12/12/2001.
- 35 BRASIL. Tribunal de Justiça de Sergipe. AP 0718/2003. 1ª Câm., Rel. Des. Fernando R. Franco, j. 8/3/2004. RT 826/363.
- 36 BRASIL. STJ. REsp 433206. Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 7/4/2003.
- 37 BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 4, n. 14, p. 8, jul./set. 2002.
- 38 Idem, p. 9.
- 39 ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Trad. de Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 989.
- 40 Idem, p. 990.
- 41 POZZOLI, Lafayette. Cultura dos direitos humanos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 40, n.159, jul./set. 2003.
- 42 KEHL, Maria Rita. Em defesa da família tentacular. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de Família e Psicanálise*. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 176.
- 43 MONTORO, Andre Franco. *Estudos de Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 213.
- 44 Veja a respeito o RESP n. 7574/MG, j. 29/11/2005.

REFERÊNCIAS COMPLEMENTARES

- MADALENO, Rolf. *Novas perspectivas no Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- POZZOLI, Lafayette. *Maritain e o Direito*. São Paulo: Ed. Loyola, 2001.

Artigo recebido em 6/2/2006.

ABSTRACT

The author states that there is nowadays a greater concern about affection within Family Law relations, constituting an evidence thereof the claim cases based on lack of love by one parent for the child.

He comments not only on the institution of the custody, specially the shared custody, but also on the role it performs concerning the child development within the modern familiar structure. Besides, he analyses affection in the light of the juridical science and in courts.

Moreover, he criticizes the insertion of the matter into the civil liability field, since Family Law, materialized in family court, is apt to judge such cases. At last, he draws attention to the danger of acknowledging, as a mere currency, love, a fundamental element in the constitution of human dignity.

KEYWORDS

Family Law; affection; shared custody; civil liability; paternity – biological, social; redress; family; principle of human dignity; affective abandon.

Cleber Afonso Angeluci é advogado em Marília-SP.