

A COEXISTÊNCIA DE TRAÇOS TEÓRICOS ANTINÔMICOS NA JURISPRUDÊNCIA SOBRE A AFETIVIDADE FAMILIAR

Élcio Aláudio Silva de Moraes*

RESUMO

À luz das novas tendências constitucionais, o presente ensaio discute os fundamentos teóricos de duas jurisprudências brasileiras, que, por caminhos diversos, decidiram um pleito envolvendo o tema do abandono afetivo no âmbito do direito de família. O debate não se esgota no direito privado, mas é trazido à baila o contraponto entre regras e princípios como suporte à compreensão plural do direito de família, que hoje está ancorada em direitos e deveres fundamentais. Trata-se, pois, de um convite à reflexão sobre o amor/desamor entre pais e filhos como bem jurídico, na interface entre a teoria e a filosofia do direito no mundo pós-moderno.

PALAVRAS-CHAVE: Afetividade. Direito de família. Neo-constitucionalismo. Teoria do direito. Direitos fundamentais. Jurisprudência. Regras e princípios.

1 INTRODUÇÃO

Deparamo-nos, já nesse início do século, com indefinições sobre a essencialidade do direito, visíveis através da coexistência de racionalidades discrepantes sobre os mesmos conflitos. Embora se reconheça a influência da tradição ocidental na formação do pensar dos

atores que compõem o direito, resta talvez uma parcela de fuga ao determinismo do colonizador, agregando-se à normatividade persistente valores da moralidade social em curso.

A formação do pensamento não encontra limites na sua construção, contudo a cultura, os valores, os princípios, a moral exortam os homens de determinado tempo a enveredarem para a insurgência contra os modelos arraigados e as práticas jurídicas consideradas corretas.

Assim se passou com o direito, que historicamente teve a marca da concepção positivista de fazer seus postulados. Foi assim com a construção da norma legal, que, instituída pelo legislador onipotente, tinha como meta alcançar todos os conflitos da vida social.

Atrelado à decadência do legalismo e com amparo no novo constitucionalismo, não muito tarde detectou-se a importância do papel interpretativo e criativo do judiciário, que, atento aos casos concretos, incorporou um importante meio de se fazer justiça e enfrentar os casos argumentativamente.

As teses do formalismo jurídico de Hans Kelsen repercutiram sobremaneira na interpretação do direito. Contudo, a partir da segunda metade do século XX, novas considerações fo-

* Mestre e Doutorando em Direito. Professor de Direito Civil e Hermenêutica Jurídica da UFPA e UNAMA. Bolsista da FIDESIA. (E-mail: elcioasm@uol.com.br)

ram trazidas à baila sobre o conceito do direito, de maneira que experimentou-se uma singular modificação nos encontros das decisões judiciais com a introdução da argumentação, da elevada ponderação, do novo constitucionalismo e do debate entre regras e princípios.

Todos os ramos do direito foram açambarcados pela nova experiência judicial, sendo que a pretérita cisão entre direito público e privado entrou em colapso em prol de um conhecimento interdisciplinar e transversal que contempla todos os campos da realidade. Contudo, essa tendência não adveio sem resistências; na prática, ainda persistem traços de um apego excessivo ao normativismo codicista, ao formalismo e tecnicismo nas práticas processuais e o exagerado zelo à letra da lei.

Tentando compreender a interveniência desses argumentos de bases constitucionais e principiológicas nas relações de direito privado, especialmente no direito de família, é que examino o cenário de transformação do direito de família, que, hodiernamente, fustiga o conteúdo privatista e contratual para contemplar relações afetivas, assunto antes destituído de juridicidade.

Nesse intento, examino duas decisões proferidas por dois tribunais diferentes relativas ao mesmo pleito: indenização por danos morais contra um pai por ter sonogado amor a seu filho. A construção dos argumentos e as decisões a que chegaram os tribunais são absolutamente discrepantes, ora enveredando-se para um corte constitucional amparado em direitos fundamentais, ora revivendo o viés privatista da responsabilidade civil, da reparação do dano e do nexo de causalidade.

O pano de fundo do caso judicial examinado será o debate entre regras e princípios; a possibilidade do afeto como bem jurídico; o duplo grau de jurisdição e o aperfeiçoamento do conceito de justiça; os princípios constitucionais aplicáveis ao direito de família e a persistência dos institutos privados; consenso e a adesão do espírito nas decisões judiciárias.

2 ARGUMENTATIVIDADE E NEO-CONSTITUCIONALISMO NO ÂMBITO DA FAMÍLIA

Feitas as considerações sobre o cenário de introdução e coexistência dos princípios de base constitucional no ordenamento jurídico, examino e estabeleço contraponto entre duas jurisprudências antinômicas sobre o mesmo caso. Trata-se de pedido de indenização por danos morais de um filho contra seu pai, por este ter-lhe sonogado afeto.

O pedido foi denegado pelo juízo singular ao fundamento de que inexistia o nexo de causalidade entre o afastamento paterno e o desenvolvimento de sintomas psicopatológicos no menor. Houve apelação ao Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, sendo a demanda julgada pela Sétima Câmara Cível daquele Tribunal, que a unanimidade condenou o pai em danos morais, fixando-lhe indenização de R\$ 44.000,00. (quarenta e quatro mil reais) Processo nº 2.0000.00.408550-5/000(1).

Estamos diante da tese do abandono paterno, tão instigante no âmbito do direito de família, que nos leva a contrapor regras aos princípios constitucionais, subjacentes à moralidade social e tão presentes no bojo da sociedade pós-moderna.

De início, ao examinar o caso, o tribunal local construiu sua argumentação na noção de que a relação paterno-filial possui juridicidade e que a conduta do pai foi imprópria por negar amparo afetivo, moral e psíquico ao filho, causando-lhe a violação de direitos próprios da pessoa humana, como a dignidade. Este foi o primeiro contra argumento colegiado fomentado em objeção à tese do juízo singular.

Não se olvida de que sob a influência do neo constitucionalismo desenvolvido solidamente a partir da segunda metade do século XX, o direito de família sofreu profunda revisão de seus postulados, saindo daquela índole meramente privatista para açambarcar princípios de cunho

social, nos quais predominam mais deveres que poderes em relação aos filhos. A nossa carta constitucional recepciona esses valores de modo que a criança deve ter especial proteção do Estado, da Sociedade e da Família, a ninguém é dado o direito de desconsiderar como fundamental o melhor interesse da criança.

A difusão do constitucionalismo contemporâneo produz nova revisão dos postulados jurídicos, que, de alguma sorte, corrobora a nova moral universal e exorta a todos a uma atitude interpretativa frente aos conflitos insurgentes. Na verdade, há uma predominância dos princípios sobre as regras e uma maior ponderação do que a mera subsunção da lei ao caso concreto. Todo esse cenário impulsionou uma revisão na teoria e nas fontes do direito com repercussões decisivas no direito privado e especialmente no direito de família, que recepcionou novos princípios de índoles constitucionais. Sanchis, (2003) considerou que

En particular, me parece obvio que se impone una profunda revisión de la teoría de las fuentes del Derecho, sin duda menos estatalista y legalista, pero probablemente también más atenta al surgimiento de nuevas fuentes sociales.

O novo cenário de mudança de paradigmas trouxe para a ordem do dia o reconhecimento de que os tribunais teriam importantes tarefas na concretização da justiça, suas decisões tendem cada vez mais a amparar-se em motivações consistentes. Não basta apenas explicar qual a causa ou efeito produzido por tal ou qual situação. É necessário apresentar boas razões que justifiquem motivadamente o sentido mais apropriado de determinada decisão e sua ligação com o contexto social e moral da sociedade.

O comportamento do intérprete deve ser pautado em diálogo permanente e contínuo com o sistema jurídico, com os princípios e a contraposição com as regras, gerando insatisfa-

ções ou conformações possíveis. A argumentação jurídica revela-se, então, como instrumento de concretização de direitos e, nas considerações de Atienza (2004), também tem amparo pragmático e instrumental na solução de questões concretas.

Se trata de una visión instrumental, pragmática y dinámica del derecho que presupone, utiliza y, en cierto modo da sentido a las anteriores perspectivas teóricas y que conduce, en definitiva, a considerar el Derecho como argumentación. Es podería decirse, la perspectiva de alguien que no se limita a contemplar el edificio desde fuera o a proyectarlo prescindiendo de los problemas que plantea su ejecución, sino que participa activamente en la construcción y se siente comprometido con la tarea.

Argumentar é estabelecer nexos, procurando romper de certo modo com a tradição lógico-dedutiva, que ainda persiste na experiência jurídica; diz respeito a um esforço de superação do modo simplista da subsunção para ver, no direito, uma complexa teia de problemas. Dessa maneira, a primeira construção argumentativa do Tribunal de Minas Gerais ao relacionar afeto à bem jurídico, bem como a possibilidade de violação a direito fundamental na relação paterno-filial, parece-me mais plausível por explorar não somente o direito posto material e formal, mas, sobretudo, por enveredar pelo relacionamento deste com o conjunto valorativo e principiológico do constitucionalismo contemporâneo.

Nesta decisão, o tribunal local considerou como impróprio o comportamento do pai ao negar afeto a seu filho. Certamente, pelo olhar de um hermeneuta positivista, que toma a noção de ilícito na exata conformação com a norma legislada, esta seria uma boa oportunidade para suscitar a segurança e a certeza das relações jurídicas açambarcadas pela legalidade

estrita, e assim tecer dura objeção ao conceito de impropriedade aventado no acórdão, posto que o direito refere-se a ilicitudes.

Até que ponto, pode alguém ser condenado civilmente por um comportamento não previsto como ilícito, mas impróprio se comparado com o novo enfoque da nova moralidade familiar, que vai além do viés patrimonialista e individualista para alcançar relações afetivas recíprocas? Ainda que se considere a norma talhada no exato contorno da responsabilidade, do dano, e do nexos de causalidade, o direito visto como integridade merece uma consideração especial da moralidade social, da ponderação, das opiniões divergentes que evidentemente coexistem com a legalidade formal. O edifício jurídico não é só objeto de contemplação, mas está envolto às relações humanas e para elas se dirige. As decisões judiciais não devem se ocupar tão somente de regras postas, mas que levem em consideração sua destinação ao outro e a sua finalidade social.

O argumento de conduta imprópria tomado como norteador da responsabilidade pelo dano moral decorrente da falta de amor, sem dúvida, atrela-se ao princípio da afetividade familiar implícito na Constituição Federal, que, sendo parte do princípio da dignidade da pessoa humana e paralelo ao da solidariedade, traduz-se no dever reiterado de amar o filho, mesmo depois da dissolução da sociedade conjugal.

Nesse diapasão, o dever afetivo dos pais aos filhos subsiste como conduta continuada. Disso se conclui que o princípio da afetividade não se resume a prestação de alimentos decorrente da solidariedade e sustento familiar, representando o dever de aproximação moral e amorosa entre pais e filhos, mesmo que o relacionamento amoroso dos cônjuges tenha fim e mesmo ainda que venham a constituir nova família.

O Superior Tribunal de Justiça, ao examinar o recurso especial do pai descontente, não discutiu o argumento do comportamento

impróprio e da violação da dignidade da pessoa humana. Não foram enfrentados estes quesitos pelo relator do acórdão, subsistindo o entendimento de que o abandono afetivo, apesar de ser matéria polêmica, foge à alçada do judiciário o poder de obrigar alguém a amar, e que, a persistir tal litígio, estaria reduzida a possibilidade de aproximação entre pai e filho.

Não se olvida que a questão do abandono afetivo no direito de família revela-se como um caso difícil e que requer um esforço hermenêutico do juiz, pois, consoante (DWORKIN, 2003)

Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade.

Partindo desse postulado, logo se evidencia a colisão de direitos fundamentais de cunho principiológico, com a regra formal definidora do ato ilícito e seus meios de reparação, que, por seu turno, estabelece nítidos contornos para a indenização por danos morais, sobretudo por exigir a tão positiva fórmula do nexos de causalidade. Ainda que se suscite a noção da segurança jurídica, o argumento de que o judiciário não pode obrigar alguém a amar não se sustenta no contexto de uma família jungida pela afetividade, especialmente porque o desamor de um pai a seu filho produz cicatriz irremediável; por outro lado, não se trata de qualquer pessoa, mas do próprio filho, que deve ter especial proteção de todos.

A opção do Superior Tribunal de Justiça em rejeitar a tese do abandono afetivo como passível de indenização não se amparou na ausência de nexos de causalidade, como feito no juízo singular, embora a Corte tenha mencionado esse aspecto no relatório. Porém, baseou-se no processo traumático de

separação do casal e no desejo de vingança da mãe, que se utiliza do processo judicial para atender sua angústia.

Nesse desiderato, o voto do relator, ao pronunciar que, “Por outro lado, é preciso levar em conta que, muitas vezes, aquele que fica com a guarda isolada da criança transfere a ela os sentimentos de ódio e vingança nutridos contra o ex-companheiro, sem olvidar ainda a questão de que a indenização pode não atender exatamente o sofrimento do menor, mas também a ambição financeira daquele que foi preterido no relacionamento amoroso”, fez transparecer, de início, um elevado grau de machismo e igual desprezo ao gênero feminino, que, nas relações familiares, predominantemente, fica com a guarda do filho, sendo ainda considerada pelo relator como disseminadora de ódio ao filho.

De maneira simplista, este pensamento asseverou categoricamente que indenizações podem ter fundamento nas ambições financeiras da mulher, que foi preterida no relacionamento amoroso. Ao que me parece, o foco central da questão foi distorcida, saindo de cena o filho para ingressar os interesses da mãe, além do que revelou-se bastante vago o argumento de que tão somente ela fora preterida no relacionamento amoroso. Como se pode chegar a essa constatação, vez que a demanda não tinha esse objeto?

O argumento digressivo de considerar que a falta de afeto paterno se relaciona ao processo traumático da separação do casal não encontra ressonância social nos valores afetivos da família atual por estar divorciado dos princípios constitucionais do direito de família, e, por esta razão, não convence o auditório ao qual se dirige; e, nesse caso, o auditório não é o particular da família específica, mas adota status de auditório universal, vez que as relações familiares encontram significação em

toda a coletividade Perelman, (2005) nos fornece os meios de compreensão dos efeitos dos argumentos dirigidos ao auditório universal:

Uma argumentação dirigida a um auditório universal deve convencer o leitor do caráter coercitivo das razões fornecidas, de sua evidência, de sua validade intertemporal e absoluta, independente das contingências locais ou históricas.

O bom argumento com lastro em alcançar o auditório universal não se conforma em persuadir, almeja, sim, o convencimento amplo dos ouvintes com justificativas plausíveis que se sustentam na racionalidade moral. Assim, o juiz ou tribunal, ante a complexidade da situação, deve se dirigir a toda a sociedade, e não somente aos atores que compõem o cenário jurídico.

É claro que admitir a destinação da sentença ou acórdão para além das partes inclui refletir sobre os fundamentos do nosso sistema jurídico. De qualquer modo, hodiernamente, considerando não mais existir sistemas puros com traços genuínos, e ainda com fulcro na assertiva de que juízes, ao interpretarem, recriam o direito, eis que não há fatos que falam por si só, pois precisam de linguagem, impõe-se ter bastante atenção para com a justificação das decisões judiciais, à medida que tão somente elas legitimam suas decisões, pois uma decisão carente de justificação, e sobretudo permissiva, pode, pedagogicamente, estimular condutas familiares imorais.

Em se tratando de direito de família e diante de um tema tão instigante como a afetividade, a melhor decisão argumentativa é aquela que contém elevado nível de ponderação. Nesse caso, o sujeito deve compreender a interveniência dos preconceitos na formação do seu juízo e assumir o desafio de se desvencilhar deles, para se associar às tendências gerais de humanização das relações

familiares. Nesse esforço hermenêutico, o papel do juiz é o de tomar os princípios constitucionais como ferramentas aptas à interpretação coerente do direito.

A própria concepção de poder familiar que segue a filosofia do neo-constitucionalismo recepcionado pelo nosso sistema é tida muito mais como um dever que engloba proteção, companhia e afeto etc. dos pais para os filhos e menos um poder patriarcal e arbitrário, tal como era praticado no modelo de família pretérita. No território constitucional de proteção da filiação, acredita-se que a nomenclatura mais apropriada seria dever familiar, e não poder familiar, por encontrar aquele guarida nos valores afirmativos de guarda, assistência, proteção, que juntos estão açambarcados pelo amor.

Dessa maneira, tem-se que a falta de afeto de um pai para com seu filho durante ou após a separação do casal não só viola a dignidade da pessoa humana, devendo ser imediatamente aplicado em razão da supremacia desse princípio em face das regras infra-constitucionais, como igualmente se impõe como um dever fundamental do sonegador em razão das consequências traumáticas que seus atos produzem e que geram o dever de reparação civil.

Na lógica constitucional em curso, e especialmente no direito de família, não podemos e não devemos crer no dogma de que só de atos ilícitos geram-se reparações. Esse talvez seja o maior e o pior legado do positivismo formalista que nossa geração reproduziu, pois, no pretérito acadêmico, com repercussões no direito forense, professores e juristas ensinavam e praticavam a parêmia de que, mesmo sendo imoral a conduta, sendo legal, era permitida e convalidada no ordenamento jurídico, aumentando, assim, o fosso ilusório entre direito e moral.

A complexidade das relações ocorrentes do nosso mundo requer dos atores jurídicos uma busca contínua pela aproximação do sistema jurídico com a moralidade social. Ainda que,

na visão dogmática, o desamor não seja ato ilícito, numa construção argumentativa, considera-se útil emprestar o conceito de ato impróprio e dissonante com os deveres da paternidade, gerador de reparação, tal como mencionado pelo Tribunal de Minas Gerais.

3 JURISPRUDÊNCIA, AFETIVIDADE E APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O momento jurídico atual requer um pronunciamento para além da defesa vaga ou justificação dos direitos fundamentais, vez que, diante das novas experiências democráticas, impõe-se aos agentes do direito o desafio de aplicá-los efetivamente. Nesse território, as tarefas hermenêuticas do ativismo judicial tornaram-se importante meio de interpretação, criação e aplicação dos direitos fundamentais. Contudo, a tradição legalista de aplicação da regras na sua literalidade ainda tem sido um obstáculo à liberdade do pensamento.

A argumentação jurídica, utilizando-se dos diversos meios pertinentes à linguagem, deverá enfrentar o direito e as lides como problema da sociedade, para, na busca da melhor razão, atender os desejos sociais ou pelo menos se aproximar deles com a máxima ponderação e discussões democráticas. Contudo, as decisões judiciais devem, para atender à legitimidade que lhe é pertinente, de uma ou mais justificações, com o poder de convencimento, conseguir a adesão dos auditórios com seus argumentos mais nobres.

O princípio da afetividade no direito de família assim se encontra devidamente justificado e até defendido de modo genérico pela doutrina, no entanto, o desamor ao filho como violação a direito fundamental foi afastado do cenário jurídico pelo STJ em prol de um argumento mais cômodo, pautado no parâmetro obtuso e simplista da regra civil privatista, preferindo-se a possibilidade de incursão do tema

no âmbito da família plural, na qual a questão é complexa e permeada de laços de fraternidade.

É claro que nosso ordenamento admite a separação e o divórcio do casal e ainda a possibilidade da construção de nova família. No entanto, a chamada família recomposta não pode, sob o argumento da dissolução da sociedade conjugal pretérita, negar o direito elementar do filho de ter a companhia dos pais. Talvez o método de reparação do dano, é que ainda mereça ser discutido à luz tanto do viés sancionatório do direito quanto pelo lado educativo de fomento da fraternidade e busca da permanente união.

Ninguém poderá banalizar o princípio da afetividade na família através do caminho único da reparação pecuniária, tão pouco poderemos deixá-lo a salvo da juridicidade e aplicação. Segundo as regras democráticas a legitimidade da decisão judicial é produzida a partir de suas justificações. Nesse diapasão, todo juiz ou tribunal deve ter especial cuidado com os efeitos de suas decisões, de maneira que não se divorciem dos valores mais nobres e da moralidade aclamada pela comunidade.

É com esse cuidado sobre os efeitos de uma decisão que os tribunais devem evitar enfrentar uma questão difícil unicamente pelo seu lado formal. A questão de mérito deve ser debatida toda vez que novos direitos forem aclamados socialmente. A tese que prevaleceu no STJ, embora sem unanimidade, mencionou o parecer da Sub-Procuradoria da República, que opinou pelo não conhecimento e não provimento do recurso com suporte no argumento de que descabe o recurso especial para reexame de prova, com amparo na Súmula 07 do Superior Tribunal de Justiça. Eis a ementa do Parecer:

Recurso especial. Ação de indenização. Dano moral. Abandono afetivo. Descumprimento de deveres paternos. Princípio da dignidade da pessoa humana. Princípio da afetividade. Óbice da súmula 07 do STJ. Comprovação do dano emocional e psíquico sofrido pelo filho.

A Súmula 07 do STJ, em seu comando, exclui a possibilidade de conhecimento de recurso especial quando a matéria tiver por objeto o reexame de prova, e a Sub-Procuradoria da República se apoiou nessa orientação, naturalmente com o intuito de impedir novo exame da matéria atinente a direito fundamental, sustentando-se em normas processuais.

Nunca é tarde para ponderar que as provas são categorias formais, que, numa linguagem positiva do direito, são expressão de um modelo estático. Contudo, é bem verdade que elas não são imunes a valorações ensejadas pelos atores jurídicos, e seu peso decorre de uma construção lingüística permeada de subjetividades. As provas não falam por si só; são apoiadas na interpenetração subjetiva de que não podem ser negadas. Precisam, sim, ser filtradas pela racionalidade de nosso mundo. Não basta dizer-se imparcial e neutro as interferências. É imperioso ir além do discurso frouxo e vazio das regras formais para alcançar o maior nível de efetividade social. As provas não são realidades genuínas. Nós, os humanos, é que depositamos crenças ou as refutamos quando nos convém. Basta saber lidar com a linguagem.

A tradição jurídica de, nas preliminares, esgotar uma situação amparado em regras formais, muitas vezes fulmina as esperanças sociais de ver discutidas matérias de fundo sobre interesse da humanidade, como o afeto, a paz e a solidariedade, além de ser a manifestação mais autêntica de um modelo hierárquico de normas obsoletas, em que a justiça social cede lugar para aquilo que se convencionou chamar, indevidamente, segurança jurídica.

Embora o resultado a que chegou o parecer da Sub-Procuradoria da República tenha sido nobre, eis que, indiretamente, referendou a tese da reparação civil decorrente do abandono afetivo, o meio pelo qual chegou nesse argumento, foi o de cercear um novo olhar sobre a prova. A prova, sendo um importante instru-

mento do direito processual, e diante da força expansiva dos direitos fundamentais no quadro hodierno, deve ser revisitada a qualquer tempo, desde que a enfrentemos sob novos pontos de vista válidos social e moralmente.

Mesmo considerando a prova como um dos institutos processuais mais antigos e importantes para estabelecimento de responsabilidade, esta não representa uma construção fática inabalável, como muitos crêem. Na verdade, tem profundo apelo linguístico e representação arraigada em subjetividade, válida num dado contexto social, mas que pode ser refutada em outros olhares. Não há sentido eterno nos instrumentos probatórios que atravessem o tempo sem um único arranhão. Convém, pois, estarmos abertos a novas sensibilidades jurídicas sobre a significação dos instrumentos processuais probatórios, submetendo-os, frequentemente, ao feixe de luz dos direitos fundamentais.

Uma iniciação em tolerância seria talvez um bom começo para mitigar certas normas formais impeditivas da realização de direitos humanos, como aquelas oriundas da opressão que a prova nos exerce. Há coisas que existem, mas que não conseguimos prová-las, pois os meios positivos valorizam as evidências materiais e desprezam os sentimentos humanos, e ainda assim acreditam no mito de existir somente uma fala sobre a prova.

O argumento que suscito sobre a influência da linguagem na construção da prova acredito seja aplicado nas duas situações, embora, no caso do parecer da Sub-Procuradoria da República, tenha, indiretamente, corroborado a tese da responsabilidade pelo abandono moral; no juízo singular, foi o argumento da falta de prova entre o afastamento paterno e o desenvolvimento de sintomas psicopatológicos que resultou no indeferimento do pedido, perdendo-se uma ótima oportunidade de discutir princípios constitucionais do direito de família. Até quando normas infraconstitucio-

nais e formais irão ser tomadas como dogmas na aplicação, violando-se direitos fundamentais, sustentando-se na pseudo-segurança e na certeza jurídica?

Olhando agora pelo viés infraconstitucional, a tese do abandono afetivo rejeitada pelo Superior Tribunal de Justiça, no voto do relator Ministro Fernando Gonçalves, vem à baila os artigos 1.638 II, do Código Civil e o artigo 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que asseveram ser a perda do poder familiar a sanção aplicada para a hipótese de abandono do filho, o que sepulta a tese de indenização pelo abandono moral.

Nunca é demais considerar o fim social que o caso envolve, que, a nosso ver, é o de estimular a aproximação moral de pais e filhos, mesmo depois da dissolução da sociedade conjugal ou da união estável, ocorrida com ou sem trauma, porque os filhos, em qualquer das situações, devem ficar a salvo das disputas pessoais ou patrimoniais do casal. Assim sendo, aplicar a sanção da perda do poder familiar, empregando-se os dispositivos legais na literalidade e sem reflexão sobre seus efeitos, revela-se em grandioso prêmio ao pai que sonega amor a seu filho, porque, a partir de então, este obtém a autorização judicial para dedicar todo seu amor à família recomposta, se é que ainda lhe resta amor para dar; sabe-se lá se não vai fazer o mesmo com os filhos da nova família.

A perda do poder familiar como sanção ao abandono decorre de regras privatistas, que, no caso concreto, colidem com os princípios da dignidade e da afetividade familiar. Seu emprego afasta, como afastou, o dever fundamental de reparação decorrente do dano psicológico. Os princípios, na fala de Alexi (1993), são sempre *prima facie* de índole universal, que funcionam como razões para regras e para ações. Assim, não há porque deixar de aplicá-los, pois são igualmente razões concretas para o juízo do dever ser, e, em se tratando de dignidade da pessoa humana,

que é princípio absoluto, mais ainda, não pode ser desprezado em nome de regra privatista.

Nesse momento, é importante considerar os fundamentos do voto vencido, proferido pelo Ministro Barros Monteiro, que referendou o entendimento do tribunal de origem de violação do direito fundamental do filho, ante a conduta ilícita do pai, que não suscitou força maior como excludente de sua responsabilidade.

Na sua construção, o voto dissidente asseverou que houve conduta ilícita, dano e nexo de causalidade, razões essas, diametralmente opostas das construídas pelo juízo singular, que disse não estar provado o nexo de causalidade, e, por conseguinte, não haver dano a ser reparado. Essas duas argumentações contraditórias e antinômicas nos levam a reafirmar que às provas não são fatos inabaláveis, como asseveram os adeptos da teoria formalista do direito. As provas não são só formas; são também impressões, representações, cuja construção opera-se no diálogo interminável do sujeito com seu mundo e suas fontes.

O contra argumento minoritário, com o qual se aprende uma importante lição, obtemperou que a destituição do poder familiar não prejudica a indenização por dano moral. Na verdade, o primeiro traz como efeito uma reprovação moral a conduta do pai, ao passo que o segundo aplica-lhe sanção severa, evitando sua recalcitrância e o obrigando a reconhecer que os laços de paternidade vão além do gesto de pagar pensão alimentícia.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O exercício que fazemos nesse ensaio é o de aproximar e estabelecer relações sobre

novos temas do direito de família no contexto do constitucionalismo moderno. Os direitos humanos, também chamados de fundamentais, fomentaram um cenário de modificação na teoria do direito, de modo que o edifício do positivismo formalista começou a ruir com o ingresso de novos conceitos e novos significados aos problemas do nosso mundo.

A multiplicidade de acontecimentos fez com que nossos olhares se voltassem para questões desprezadas de significação jurídica, como o amor entre pais e filhos. A teoria do contratualismo no âmbito da família encontra-se em manifesta decadência, e essa digressão trouxe para a pauta do dia a afetividade na família como direito e dever fundamental, passível de reparação a quando de sua falta injustificada.

No contexto da moralidade jurídica do nosso século, já não se sustenta o argumento positivo e formalista de que o direito não pode obrigar um pai a amar seu filho. Muitas mazelas sociais se perfazem por conta do abandono moral que os pais sujeitam seus filhos, e esse gesto desprezível, que na teoria positiva seria particular da família, hoje é de interesse social e acarreta elevados custos financeiros para a própria sociedade e custos morais para o ser humano.

Embora o Superior Tribunal de Justiça tenha enveredado pelo conforto das normas positivas e formalistas, negando direito ao filho pela falta de amor paterno, o tema da afetividade como bem jurídico não vai ser apagado. Cumpre aos agentes do direito o desafio de discuti-los à luz dos direitos e deveres fundamentais, construindo-se argumentos racionais capazes de concretizar os direitos fundamentais e, assim, efetivar a aproximação com a noção de justiça social.

REFERÊNCIAS

- ACÓRDÃO Nº 2.0000.00.408550-5/000(1) da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Relator Juiz Unias Silva. Julgado em 01/04/2004.
- ACÓRDÃO Nº 757.411 – MG (2005/0085464-3) da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator Min. Fernando Gonçalves, julgado em 29/11/2005.
- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ATIENZA, Manoel. **El sentido del derecho**. Barcelona: Ariel, 2004.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: UNB, 1999.
- BOUCAULT, Carlos E. de Abreu e RODRIGUEZ, José Rodrigo (Orgs.). **Hermenêutica plural**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- HART, H. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Goubenkian, 1972.
- LOBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Teoria da argumentação jurídica e nova retórica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.
- PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS- TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- SANCHIS, Luiz Prieto. **Neoconstitucionalismo(s). Neo constitucionalismo y ponderación judicial**. [s.l]: Editora Trotta, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

AS MANIFESTAÇÕES ESTÉTICAS E ESTÉSICAS DE ROMERO BRITTO NO CASE ABSOLUT VODKA

Miedja Okada*

RESUMO

O presente trabalho analisa o uso do fazer estético das obras do artista plástico Romero Britto na publicidade da marca Absolut Vodka, investigando como a escolha desta constitui-se em uma estratégia do enunciador, visando primeiro um tipo de interação com o enunciatário que é favorecido por um estilo de pintura conhecido, cujos atributos e cena postos em discurso operam através de uma transferência de valores. Os contextos da arte e o da intertextualidade vão se interdiscursivizar e intersemiotizar, utilizando a teoria da semiótica discursiva com a sua metodologia de descrição e análise da significação. Postulamos que o enunciador faz suas escolhas do universo da arte a partir de características de pinturas já assimiladas e reconhecíveis, pelo grande público. Desta forma, queremos provar que não são enquanto obras de arte estéticas e estésicas, mas enquanto figuratividades que o enunciador opera seu crivo seletivo.

PALAVRAS-CHAVE: Semiótica discursiva. Arte. Romero Britto. Intertextualidade. Enunciação e Publicidade.

INSCRIÇÃO TEÓRICA E O SENTIDO DO CONSUMO NA SEMIÓTICA COMUNICACIONAL

O presente trabalho analisa o uso das artes plásticas na publicidade da bebida alcoólica Absolut Vodka, de modo a verificar como as características que consagram um artista

plástico, Romero Britto, são transpostas, transcriadas para o produto em questão conhecido pelo grande público. Interessa-nos entender as razões pelas quais o enunciador utiliza a arte na composição de seu produto, ressaltando uma análise de um olhar estético, as semioses pictóricas e a intertextualidade presentes nas pinturas de Romero Britto.

Artista pernambucano, Romero Britto nasceu em 1963 e imigrou para os Estados Unidos em 1990. É considerado o artista plástico brasileiro mais bem sucedido no exterior. Sua arte contém cores vibrantes e composições ousadas, criando temas com elementos cubistas. Atualmente, suas pinturas e esculturas estão presentes nos cinco continentes e em mais de 100 galerias no mundo. Em 2005, foi nomeado embaixador das artes do Estado da Flórida pelo ex-governador Jeb Bush. Britto acredita que “a arte é muito importante para não ser compartilhada”, e esta é uma das razões pela qual criou a Fundação Romero Britto, em 2007. Hoje, Romero possui duas galerias: na Lincoln Road, em Miami Beach e na Rua Oscar Freira, em São Paulo. Sua obra está entre as mais preciosas coleções privadas e sempre está sendo requisitado pelas maiores empresas do mundo, a incorporar sua arte em produtos das marcas: Absolut Vodka, Disney, Movado, Pepsi, Evian, Microsoft

* Graduada em Comunicação Social, com habilitação em Publicidade e Propaganda pela Universidade da Amazônia (Unama) e, atualmente, mestranda em Comunicação e Semiótica, na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

e Audi, os quais utilizam o caráter artístico na construção do seu discurso visual.

A arte de Romero permite o entendimento que vai além da produção estética visual, pois designa um conjunto de elementos que constituem linguagens ricas em significação. São nesses processos de fazer sentido (em nosso caso, por meio da pintura), que a semiótica discursiva elucidará os melhores percursos para a concretização do arranjo estético da arte para o produto.

Estudar as figuratividades do produto, juntamente com o seu fazer e fazer sentido para o enunciatório, bem como os tipos de apreensões da arte produzidas pelo artista plástico no seu fazer ser, fazer crer e fazer poder para construir um sistema de expressões, implica em compreender como as relações entre os formantes do plano da expressão direcionam para um regime de visibilidade no qual proporciona concretude para o plano do conteúdo.

Compreender a intertextualidade e como ela se dá efetivamente no caso a ser estudado é válido para que possamos fundamentar as bases de nossas postulações acerca de um deslocamento de sentidos e significações para além de e/ou através das obras do artista plástico em questão para uma marca/produto e, quais as manifestações estéticas e estéticas produzidas nos enunciatórios.

A noção de “intertextualidade” provém de diferentes campos de semiótica literária e, em geral, define um conjunto de capacidades, pressupostas no leitor e evocadas mais ou menos explicitamente num texto, que concernem algumas histórias condensadas, já produzidas numa cultura por algum autor (ou melhor ainda, por algum texto) anterior. (CALABRESE, 1993, p.39).

Uma excelente campanha publicitária desperta originalidade e nos convida a olhar com outros olhos o que, no cotidiano nos passa despercebido. Por isso, a importância do saber enxergar, atribuição essa que o marketing pode

oferecer ao design, pois direciona o olhar das pessoas de modo a perceber o design dos lugares e dos objetos, valorizando-os de tal maneira que pode se tornar peça de vitrine, se fazer presente em desfiles de moda, enfim, estar presente em nosso cotidiano.

Quando o consumidor pensa na marca e a relaciona a momentos bons, ou seja, tem uma agradável experiência estética com ela, se lembra da qualidade e da eficiência da empresa que a comercializa. “Fruir quer dizer desfrutar, gozar, mas também quer dizer utilizar” (PIETROFORTE, 2007). O objetivo, portanto, é fazer com que o sujeito compre determinado produto pelo fato daquela marca proporcionar-lhe outros instantes em que se sentirá realizado por usá-la.

A marca passa a ser um sistema de comunicação, pois atualmente não compramos mais um produto simplesmente, mas um conjunto de valores que a ela foram associados. Por isso, hoje em dia, é comum vermos grandes investimentos em extensão de marcas para que elas abranjam novas áreas, criando uma relação, um contrato fiduciário com o consumidor, tendo em vista que este último se veja completamente envolvido e identificado com aquela ela. O estilo de vida, o universo em que o indivíduo vive está ligado diretamente com o tipo de comunicação que aquela marca exerce e, conseqüentemente, com o que aquele indivíduo é ou quer vir a ser.

Caricaturando o princípio de organização dos mitos, as imagens publicitárias parecem assim “se pensar” entre si, ou ao menos elas chamam umas às outras. O que uma pressupõe ou faz esperar, outra vai manifestar de modo patente. Assim sendo, se, como se diz, essa iconografia onipresente, considerada como um todo, faz “sonhar”, não é por nos convidar a “deixar livre” nossa imaginação, mas, ao contrário, por ter sob seu controle e a dirigir – duplamente. (LANDOWSKI, 2002).

Percebemos que a publicidade passou por uma transformação completa da comunicação. Não há mais a necessidade de exibir o produto inúmeras vezes e colocá-lo em primeiro plano, como antigamente. Vivemos em um momento em que a publicidade tem que entreter e, sobretudo, saber comunicar, por meio de inovações criativas.

Utilizar a prática do uso da imagem de celebridades para mostrar como as marcas são conhecidas e que estão sendo consumidas por pessoas que têm alta visibilidade na mídia é uma das estratégias de marketing mais usadas atualmente. “Se o sentido não existe para se “pegar” (como seria um tesouro quando se cava a superfície) é porque ele, em todos os casos, deve ser construído: “compreender” é fazer, é operar, é construir” (LANDOWSKI, 2001a). É por meio dessa construção de significados e sentidos que a marca faz acontecer, “afetizando” cada vez mais o público e elaborando laços sensíveis de manifestações essenciais e pertinentes, para que essa relação se renove em um ciclo sem fim.

O estilo, os materiais e a qualidade não são mais suficientes para comunicar uma marca. É preciso genialidade e criatividade no produto em si. A percepção do enunciário em relação aos elementos da arte gráfica (mídia impressa), os quais minimizam ou reforçam a mensagem estética, constituída pelo conteúdo, pela forma e pelos predicados da impressão são importantes para que a interação entre o objeto e o enunciário se torne uma experiência de sentido, que estará plasmada no discurso estético e, conseqüentemente, no estético.

A partir da análise semiótica realizada abaixo, estabeleceremos, então, os “modos de presença do visível”, seus modos sensíveis, que acabam por instalar mecanismos de visões, criando uma estreita relação entre a comunicação exercida pela obra e sua transcrição para o produto. É desta forma, que explicitaremos as estratégias de manipulação utilizadas para cap-

tar o olhar sensível e inteligível do enunciário. “A produção da Arte não é regida apenas pela emoção de um ser inspirado, mas pela consciência que direciona a sensibilidade, a percepção e o pensamento do sujeito criador na organização do código” (BUORO, 1996).

A relação comunicativa se dá por meio da enunciação, que é o ato de produção do discurso, ou seja, é o lugar em que se dá a relação entre o sujeito que enuncia e o enunciário. Portanto, analisaremos esta enunciação através do percurso temático exercido por ambos os papéis, pois compartilham da produção do objeto, bem como trataremos, da comunicação, no sentido do fazer persuasivo, praticado pelo enunciatário que se utiliza das figuratividades da Arte Pop de Britto e as reutiliza em produtos, agregando-os valor.

Por isso, podemos dizer que o estudo da semiótica está evoluindo para uma semiótica da experiência sensível, não deixando de dar atenção à semiótica das situações, obviamente. Em outras palavras, torna-se importante estudar profundamente as experiências do sujeito e, principalmente saber e compreender como ele se comporta no tempo presente. Como ele faz sentido “independente daquilo que ele possa parecer significar e anunciar quando interpretado de fora” (LANDOWSKI, 2001b).

Para que possamos entender melhor a questão, precisamos analisar e descrever minuciosamente o material que possuímos e verificar quais os efeitos de sentido que esse tipo de publicidade tem construído.

Ao indicar o contexto de referência evocado nas imagens, sobre o qual o enunciário deve se dirigir para compreensão do texto, passa-se a delinear as características do próprio enunciário, que se mostra ativo, sensível e competente para percorrer os mundos convocados por meio das referências intertextuais às linguagens distintas, cujos modos de articulação são significativos. (BRACCHI, 2009, p.43).

ANÁLISE SEMIÓTICA DA BUSCA DO SENTIDO DA ABSOLUT VODKA COMO OBJETO DE VALOR

Diante do discurso desenvolvido, nos propomos aqui a fazer uma análise semiótica do anúncio publicitário da Absolut Vodka (em anexo – Figura C, fonte: <http://absolut.com>, p.16).

No ano de 1979, a Absolut Vodka começou a ser vendida nos Estados Unidos. A partir de então, atingiu relevantes índices de venda pelo mundo, tornando-se uma das marcas mais importante do mundo.

No entanto, a história da Absolut Vodka começou muito antes de 1979. E, em 1879, Lars Olsson Smith, mais conhecido como “o rei da vodka”, fez com que a Absolut Vodka se tornasse uma marca registrada. Ele deu início a uma nova e superior maneira de destilar a vodka, o que até hoje, continua sendo feito no sul da Suécia, onde é produzida.

À medida que a Absolut Vodka foi se consolidando no mercado, incluiu os seguintes produtos à sua marca: Absolut Vodka (1979); Absolut Peppar (1986); Absolut Citron (1988); Absolut Kurant (1992); Absolut Mandrin (1999); Absolut Vanilla (2003); Absolut Raspberri (2004) e Absolut Apeach (2005).

É impossível descrever a história da Absolut Vodka sem mencionar a questão do marketing. As campanhas publicitárias são feitas há mais de 20 anos, sendo acompanhadas de uma cuidadosa estratégia baseada em dar prosseguimento à variedade.

Confirmando o sucesso das campanhas publicitárias, o artista plástico Romero Britto, em 1989, até então desconhecido, foi contratado pelo presidente da empresa sueca Absolut Vodka para fazer três obras para a marca. Estas fizeram tanto sucesso que acabaram sendo reproduzidas em mais de 60 publicações internacionais.

A partir de então, tornou-se um dos ícones mais importantes das artes plásticas no mundo. Atualmente, costuma vender mais de 650 cópias

por dia em reproduções gráficas de seus trabalhos.

Para que nos propuséssemos a semiotizar a peça publicitária, fez-se necessária uma intensa pesquisa sobre o caráter figurativo do objeto a ser estudado, investigando as suas especificidades, principalmente quanto às isotopias existentes em outras obras (em anexo – Figura A e B, fonte: galeria Romero Britto – São Paulo, p. 15), criadas pelo mesmo artista, sobre o tema.

Assim, para ser compreendido, o figurativo precisa ser assumido por um tema. Este último dá sentido e valor às figuras. A descrição de uma isotopia figurativa vida na maioria das vezes ao estabelecimento da isotopia temática que a fundamenta, se esta não estiver textualizada. (BERTRAND, 2003, p. 213).

De acordo com o que pode ser observado na obra, o artista plástico percorre uma simbolização do produto na sua construção da obra da garrafa de Absolut Vodka, provocando euforia dos efeitos de beber o seu líquido. Os elementos ligados a essa questão eufórica estão intimamente ligados à felicidade do ser humano. Ou seja, semioticamente, esta imagem possui alguns caracteres, que dão origem a significados que tanto podem estar relacionados ao estado patêmico, como ao estado de ação. São eles: coração (amor, prazer), cifrão monetário (dinheiro, riqueza), flores (beleza) e notas musicais (diversão).

Podemos dizer, então, que há traços de um rosto que na garrafa é retratado de modo semi-simbólico. Eideticamente há o registro de linhas que afinam esta face e sua posição a remete ao enunciatário, produzindo uma possibilidade de identificar-se com o rosto que olha para baixo, retrata a alegria, materializada pelo sorriso (euforia).

Esse olhar para baixo do rosto na peça publicitária conduz também, o olhar do enunciatário para estar compartilhando do estado