FAMÍLIAS AMISTOSAS: O DEVER DE PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO ESTADO ÀS ENTIDADES FAMILIARES

THE FRIENDLY FAMILIES: THE STATE'S CONSTITUTIONAL DUTY REGARDING THE FAMILIES ENTITIES

RESUMO

O trabalho em tese tem por fito analisar, à luz da visão mais contemporânea do Direito das Famílias e dos novos valores sociais insurgentes na sociedade brasileira, a legítima extensão da proteção constitucional às famílias formadas por amigos que, em comum acordo, decidem adotar e/ou educar uma ou mais crianças. De acordo com tal pensamento, essa composição possibilitaria o surgimento de uma nova entidade familiar intitulada família amistosa, o que implicaria na concessão do *status* de união estável a tais uniões e, conseqüentemente, na extensão legítima de direitos inerentes a tais entidades, o que abrange, por conseguinte, os descendentes dos parceiros, sendo eles biológicos ou não.

PALAVRAS-CHAVE: Famílias amistosas; Amigos; Filhos; União estável; Constitucional.

ABSTRACT

The present paper aims to analyze, considering the most modern vision of the Family Law, as well as the new social values emerging in the Brazilian society, the legitimate extension of the constitutional protection to the families made of friends who, grounded in a common agreement, decide to adopt and raise one or more children. According to this point of view, this new situation would allow the born of a kind of a brand new status of civil union called friendly families, what would imply the granting of the status of civil unions to these type of partnerships and, therefore, a legitimate extension of rights to these entities, what embraces, with no doubts, the descendants of the partners, biological or not.

KEYWORDS: Friendly families; Friends; Children; Civil union; Constitutional.

A família é muito maior do que o Estado imagina. É no encontro dos conceitos de amor e incondicionalidade que deve nascer a defesa e a proteção das entidades que deles advierem.

(O autor)

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O ramo do Direito Civil, em especial o das famílias, vem sofrendo, ou melhor, se beneficiando de uma série de mudanças em seus paradigmas, conceitos e valores, muitas vezes, considerados como enraizados na sociedade brasileira, motivo pelo qual afirmava-se, anteriormente, que o eixo institucional brasileiro composto pela diversa ordem de Poderes (Judiciário, Executivo e Legislativo) não estaria preparado para tamanha revolução. Bem, como é sabido, a história não tem se desenvolvido dessa forma, e tal tópico será abordado nas linhas futuras deste trabalho.

Embora lenta e desafiadora, a revolução pela qual passa tal área de conhecimento merece especial atenção de alguns elementos estruturais da sociedade.

Em primeiro lugar, da doutrina, na intenção de acompanhar e alavancar a construção desse novo eixo axiológico do Direito das Famílias; da jurisprudência, no sentido de conceder maior efetividade ao pensamento contemporâneo que ganha cada vez mais notoriedade, sendo digno de abrigo constitucional e legal; da legislação, haja vista sua incontestável importância no sentido de positivizar e pacificar as mais controversas questões; e, claro, da comunidade acadêmica, por sua pluralidade de ideias e fervor intelectual que intensifica a eficácia harmônica das leis e das decisões dos tribunais e, por conseguinte, legitima o que tanto foi debatido nas demais searas.

É com tal propósito, o de legitimar o que se tem percebido na seara fática, principalmente, e o de invocar a pluralidade de pensamentos, teses e ideias, que o presente trabalho advoga pela constitucionalidade das famílias formadas por amigos que decidem, em comum acordo, criar um ou mais filhos, clamando pelo reconhecimento do seu *status* de união estável, uma vez preenchidos os demais requisitos que a lei e a Constituição exigem. Tais famílias seriam, então, denominadas “famílias amistosas”.

2 O NOVO DE CONCEITO DE ENTIDADE FAMILIAR: A AFETIVIDADE COMO FUNDAMENTO DO DIREITO DAS FAMÍLIAS

O conceito de família se delimita com uma simples palavra: é indelimitado. A razão de tal afirmação se deve ao fato de que, ao longo da evolução da humanidade, podem se verificar diversas mudanças e progressos que sofreu tal concepção, na medida em que se alterava a maneira como a sociedade se estruturava e aceitava, ainda que lentamente, padrões sociais que fugiam do que se considerava por normal.

Poder-se-ia listar, nesse momento, uma série de fatores que levaram a essa gradual mudança de comportamento, como a influência do movimento neoconstitucionalista, a promulgação da Constituição Federal de 1988, a globalização e seus efeitos, o ativismo judicial, dentre outros elementos. No entanto, o foco deve se voltar a quais foram as reais consequências que tais fatores proporcionaram para a consagração de uma nova visão acerca do Direito das Famílias. Foi realmente ultrapassada a visão patriarcal da família? Por que se diz que o conceito

de famílias é indelimitado? Houve a abertura de precedentes a partir desses entendimentos? Esses e demais questionamentos deverão ser analisados nos pontos que se seguem.

2.1 O conceito de família desenraizado

Quando se analisa a estrutura familiar de cinquenta anos atrás, por exemplo, o que se percebe é um núcleo familiar estruturado sob a égide do patriarcalismo. Tal núcleo consiste, basicamente, em um grupo de pessoas unidas não por meio da ideologia de ser, antes de tudo, uma família, mas sim pela necessidade de se identificar quem é o pai, a mãe, os filhos e os empregados; a casa, as propriedades, os bens valiosos e os não valiosos. Nesse modelo, prevalecia o fenômeno natural e instintivo de se formar uma família, em virtude da pressão imposta pela sociedade de a mulher, em especial, ter que se casar, reproduzir e ser submissa ao seu marido, abdicando, por diversas ocasiões de direitos indisponíveis, como são os da personalidade.

Os valores sociais, entretanto, recaíram em uma nova escala axiológica principalmente devido aos avanços científicos no âmbito dos estudos jurídico-sociais, que acabaram por refletir na maneira como pensam os estudiosos, os tribunais e, em especial, as mulheres, elementos-chave de qualquer transformação social.

Um desses motores que pregam por mudanças sociais e que tem desempenhado papel de imensurável relevância internacional é a Organização das Nações Unidas (ONU). Tal foro vem, reiteradamente, consolidando e afirmando o papel essencial desempenhado pelas mulheres no sentido de uma incansável e rápida mudança social, o que acabou por refletir em políticas públicas e edição de leis em seus países-membros. Por meio do Programa das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos (UN-HABITAT), a organização já afirmou, em seu estudo *State of Women in Cities Report 2012/13* (2013, p. 28) que “as mulheres são os principais motores do crescimento econômico e a riqueza nas mãos delas leva a resultados muito mais equitativos em termos de qualidade de vida das famílias e comunidades”, confirmando que uma das chaves para qualquer nação se tornar bem-sucedida e vitoriosa em seu povo é o investimento no empoderamento feminino.

Dessa forma, alinhado às mudanças percebidas no ramo do Direito das Famílias, o Poder Judiciário brasileiro se empenhou em absorvê-las, tendo como marco jurídico a CF/88, reconhecida internacionalmente como Constituição cidadã, nomenclatura que não foi à toa. O

conceito de família passou a integrar diversos outros elementos e a valorizar seus princípios e fundamentos, dentre eles, o da afetividade. Superou-se um modelo baseado, primordialmente, no patriarcalismo, na família como unidade de produção e como formação de patrimônio e passou a ganhar força a ideologia de família na qual se destacassem os laços afetivos e a felicidade pessoal de cada membro. É sobre essa nova concepção e ideologia e como ela contribui para o reconhecimento dos novos tipos de famílias que os próximos pontos irão se debruçar.

2.2 A família como a grande pintura: novos conceitos e valores

“A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” (CF/88, art. 226). Não se pretende, não nesse momento, defender que a CF/88 não fez distinção sobre que tipo de família estaria sob essa proteção, tampouco argumentar que não cabe discriminação a tal entidade, ainda mais por estar envolta no véu constitucional. O que se discutirá nesse certame é a razão pela qual esse núcleo social alcançou o *status* de proteção constitucional, merecendo especial atenção não somente do Estado, como também de toda a sociedade e suas diversas organizações civis, de acordo com a melhor interpretação do dispositivo em comento.

Ora, a razão pela qual o núcleo familiar alcançou significativo reconhecimento jurídico-social se deve ao fato de sua evolução conceitual e consequente adesão junto à sociedade, por caracterizar verdadeiro seio do desenvolvimento da personalidade de seus componentes. A família passou a ser percebida como importante ferramenta para que sejam instituídos e fortalecidos laços cada vez mais pessoais, pautados na intensa busca pela felicidade pessoal por meio da solidariedade, companheirismo e respeito mútuo.

Em detrimento de ser rotulada como fenômeno natural, como explanado anteriormente, essa entidade passou a se caracterizar, com cada vez mais frequência, como fenômeno cultural, direcionada ao bem-estar de seus componentes e legitimada a proporcionar o desenvolvimento de suas personalidades e, conseqüentemente, a busca incansável pela felicidade. Veja, abaixo, o que leciona o doutrinador Cristiano Chaves de Farias:

Não se olvide, nessa esteira, que na família se sucederão os fatos elementares da vida do ser humano, desde o nascimento até a morte. No entanto, além de atividades de cunho natural, biológico, também é a família o terreno fecundo para fenômenos culturais, tais como as escolhas profissionais e afetivas, além da vivência dos problemas e sucessos. Nota-se, assim, que **é nesta ambientação primária que o homem se distingue dos demais animais, pela susceptibilidade de escolha de seus caminhos e orientações, formando grupos onde desenvolverá sua personalidade, na busca da felicidade –**

aliás, não só pela fisiologia, como, igualmente, pela psicologia, pode-se afirmar que o homem nasce para ser feliz. (FARIAS, 2004, p. 2).

Desse modo, valores antes que não eram objetos de frequentes discussões, tornaram-se mais robustos e levaram a cabo uma mudança radical no conceito das famílias, de modo que tal instituição pudesse caminhar a par das revoluções sociais, que ganharam força com a promulgação da CF/88.

Além desse marco, pode-se elencar uma série de outros fatores que contribuíram para esse ramo do Direito estar, atualmente, sob constante mira dos holofotes, quais sejam: a) A decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a união homoafetiva, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132; b) A decisão do Plenário do Conselho Nacional de Justiça, em sua 169ª Sessão, que proíbe os cartórios de não reconhecerem a união homoafetiva e; c) Reconhecimento inédito pelo Superior Tribunal de Justiça de dano moral por abandono afetivo quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.159.242 – SP. Com relação ao item “a”, faz-se mister citar e destacar alguns trechos da ementa da decisão do Relator, o Ministro Luiz Fux, *in verbis*:

(...) Esse entendimento foi formado utilizando-se a técnica de interpretação conforme a Constituição para **excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família.** Reconhecimento que deve ser feito segundo as mesmas regras e com idênticas consequências da união estável heteroafetiva. (STF, ADIN 4.277 Distrito Federal). (Grifos do autor).

Essas recentes posições e mudanças de postura evidenciadas pelas mais altas Cortes e Conselho do país evidenciam que a família deve, cada vez mais, buscar sua essência na realidade que a circunda e se pautar em características essenciais, conforme ensina Paulo Luiz Netto Lobo, a ver:

Em todos os tipos há características comuns, sem as quais não configuram entidades familiares, a saber:

- a) afetividade**, como fundamento e finalidade da entidade, com desconsideração do móvel econômico;
- b) estabilidade**, excluindo-se os relacionamentos casuais, episódicos ou descomprometidos, sem comunhão de vida;
- c) ostensibilidade**, o que pressupõe uma unidade familiar que se apresente assim publicamente. (LOBO, 2004, p. 2). (Grifos do autor).

A entidade familiar passa a ser enxergada, portanto, em sua forma mais genérica, ou melhor, especial, haja vista considerar, como norteador o fundamento da afetividade, que acaba por se ramificar nos princípios da estabilidade e da ostensibilidade. O que se percebe, portanto, é a formação de uma grande pintura, onde não mais prevalece aquele modelo antigo e desentranhado do contexto social contemporâneo, mas sim uma diversidade de cores, fatores e indivíduos. Abaixo, demonstra-se como tem absorvido tal postura a mais alta Corte do país, o STF:

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUACIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. (...)

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEM RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. (...). (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 Distrito Federal. Rel. Min. Ayres Britto. Data de Julgamento em 05/05/2011 DJe 13/10/2011). (Grifos do autor).

É, portanto, sobre esses novos parâmetros, que deram uma moldura vazada e complexa ao conceito de famílias, que os próximos tópicos irão discutir.

3 O NÃO-DEVER CONJUGAL E A POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DAS FAMÍLIAS AMISTOSAS COMO UNIÃO ESTÁVEL

Do entendimento acima defendido e explanado, propõe-se que seja lançada à discussão o reconhecimento de *status* constitucional próprio das famílias amistosas, ou seja, aquelas formadas por amigos que, unidos por laços afetivos, estáveis e públicos, decidem, em comum acordo, constituir uma família, seja somente com a participação de dois ou mais indivíduos de boa-fé, seja concebendo ou adotando um descendente, um filho(a).

O que se propõe é a construção e a consolidação de um novo eixo axiológico do que se considera por família, haja vista tal entidade ser, atualmente, observada a partir de um ponto de vista igualitário e apto à promoção da felicidade, por ser fundada no afeto e no amor entre seus componentes, e não mais na compatibilização social, carregada de juízos prévios de valor e conceitos morais abstratos e preconceituosos.

Cesare Massimo Bianca (1989, p. 15), ao se posicionar sobre o tema, fez questão de relembrar o sistema jurídico italiano, ressaltando a efetividade do princípio da liberdade, uma vez que a “necessidade da família como interesse essencial da pessoa se especifica na liberdade e na solidariedade do núcleo familiar”. A liberdade em comento deve ser entendida, conforme o autor, como “liberdade do sujeito de constituir a família segundo a própria escolha e como liberdade de nela desenvolver a própria personalidade”.

Nesse sentido, o que se dispõe no art. 226 da CF/88 se expressa como uma verdadeira cláusula de inclusão, não havendo qualquer referência explícita a determinada espécie de família, conclusão que não pode ser atingida, também, pelas melhores técnicas de interpretação constitucional. É por essa razão, principalmente, que é defeso fazer uso de métodos hermenêuticos restritivos, a ponto de discriminar os diversos tipos de entidades familiares e, por conseguinte, transformar o que se tem por cláusula de inclusão em cláusula de exclusão, que vigia nas Cartas pretéritas.

Dito isso e somado à jurisprudência do STF já mencionada, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald afirmam em sua obra *Curso de Direito Civil: Famílias* (2012, p. 43) que

ao colocar em xeque a estruturação familiar tradicional, a contemporaneidade (em meio às inúmeras novidades tecnológicas, científicas e culturais) permitiu entender a família como uma organização subjetiva fundamental para a construção individual da felicidade. E, nesse passo, forçoso é **reconhecer que, além da família tradicional, fundada no casamento, outros arranjos familiares cumprem a função que a sociedade contemporânea destinou à família: entidade de transmissão da cultura e formação da pessoa humana digna.**

Nesse novo ambiente, averbe-se que é necessário compreender a **família como sistema democrático, substituindo a feição centralizadora e patriarcal por um espaço**

aberto ao diálogo entre os seus membros, onde é almejada a confiança recíproca.
(Grifo do autor).

Dessa forma, o art. 1.516, o Código Civil de 2002 ao discriminar que o casamento se realizará no momento em que o homem e a mulher expressam, perante o juiz, sua vontade de instituir vínculo conjugal, não teve como finalidade excluir de sua abrangência outras composições familiares, como as formadas por pessoas do mesmo sexo.

Ora, de acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, em sua Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios de 2011 – PNAD 2011, pode-se verificar que seus dados têm revelado um perfil das uniões familiares diverso dos modelos legais. Da pesquisa, facilmente se percebe que em todas as regiões do País, mais de 50% das famílias são constituídas por somente casamento civil ou união consensual¹, com exceção das regiões sul e sudeste, nas quais os índices alcançam, ainda assim, marcas consideráveis, quais sejam, 46,6% e 47,6%, respectivamente (2011, p. 97).

Segundo Paulo Luiz Netto Lobo (2004, p. 1), atualmente, se percebem diversas espécies de unidades de vivência na sociedade brasileira, dentre as quais se podem listar:

- a) par andrógino, sob regime de casamento, com filhos biológicos;
- b) par andrógino, sob regime de casamento, com filhos biológicos e filhos adotivos, ou somente com filhos adotivos, em que sobrelevam os laços de afetividade;
- c) par andrógino, sem casamento, com filhos biológicos (união estável);
- d) par andrógino, sem casamento, com filhos biológicos e adotivos ou apenas adotivos (união estável);
- e) pai ou mãe e filhos biológicos (comunidade monoparental);
- f) pai ou mãe e filhos biológicos e adotivos ou apenas adotivos (comunidade monoparental);
- g) união de parentes e pessoas que convivem em interdependência afetiva, sem pai ou mãe que a chefie, como no caso de grupo de irmãos, após falecimento ou abandono dos pais;
- h) pessoas sem laços de parentesco que passam a conviver em caráter permanente, com laços de afetividade e de ajuda mútua, sem finalidade sexual ou econômica;
- i) uniões homossexuais, de caráter afetivo e sexual;
- j) uniões concubinárias, quando houver impedimento para casar de um ou de ambos companheiros, com ou sem filhos;

¹ De acordo com o IBGE, em seu PNAD 2011, na região norte, 69,1% das famílias são constituídas sob o pálio somente do casamento civil ou união consensual; no nordeste, essa marca reduz para 61,3% e no centro-oeste, para 57,1%.

l) comunidade afetiva formada com “filhos de criação”, segundo generosa e solidária tradição brasileira, sem laços de filiação natural ou adotiva regular.

Ora, partindo de uma análise principiológica e sistemática tanto do Código Civil de 2002, quanto da Constituição Federal, é possível se chegar à conclusão de que todos os modelos familiares acima citados se encontram abrangidos e protegidos pelas normas que mais encontram abrigo no Direito das Famílias, quais sejam, a afetividade, a ostensibilidade (ou publicidade) e a estabilidade, princípios de natureza mandatória quando da observância de *status* de união estável ou não.

Em virtude da ampliação do conceito de união estável, passando a serem considerados para tal fim, também, os casais homoafetivos, infere-se da publicação do IBGE que a estrutura social na qual se baseia a população brasileira tem sofrido diversas mudanças em seu eixo basilar, ou seja, na sua essência, refletida na composição de tais núcleos familiares.

Tal constatação faz crer que o dispositivo ora em análise (art. 1.516, CC/2002), caso interpretado de modo literal ou restritivo, estaria fadado ao fracasso por restar desprovido de eficácia normativa espontânea, uma vez que não é passível mais de observância pelos que deveriam, em tese, cumpri-lo.

É sabido, também, que o CC/2002 tratou de dispor acerca dos deveres intrínsecos aos cônjuges em seu artigo 1.566², em virtude do matrimônio ou, inclusive, de uma união estável. No entanto, da leitura do dispositivo em comento, não se observa, em momento algum, que os companheiros devem se sentir obrigados a prestar *deveres sexuais* no intuito de formalizar sua união. Apenas foram considerados como essenciais pelo legislador infraconstitucional a fidelidade recíproca; a coabitação; e a assistência e respeito mútuos, inclusive para com seus filhos, na forma, também, do sustento e na providência do necessário à sua existência e, claro, felicidade.

Dessa forma, qualquer entendimento no sentido de que uma união, seja ela considerada como união estável ou casamento, para ser válida e eficaz, não prescindia de relações sexuais

² Em seu artigo 1.566, o Código Civil brasileiro lista quais seriam os deveres conjugais dirigidos àqueles que se prestam ao convívio harmônico, quais sejam: I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos.

periódicas deve ser considerado inconstitucional, por ferir, primordialmente e de forma direta, o fundamento da dignidade da pessoa humana, que preza pelo princípio da liberdade, pelo direito à intimidade e pela busca da felicidade social e pessoal.

Ora, consolidado tal entendimento e considerando que o conceito atual de famílias deve ser compreendido em uma dimensão socioafetiva, inexistindo o chamado dever à satisfação do débito conjugal, não seria defeso reconhecer, com *status* de união estável, as famílias amistosas, entidades compostas por indivíduos que, formalmente, preenchem os requisitos do Código Civil de 2002 e, mais importante, materialmente não se diferenciam em nada das demais famílias.

Tais entidades mantêm, em sua essência, o real propósito de serem mercedores da proteção estatal uma vez que atuam como seio de desenvolvimento da personalidade da pessoa humana e, por conseguinte, constituem meio adequado à transmissão de valores, cultura e herança pessoal aos seus descendentes e/ou conviventes.

Nessa senda, não se enxerga como constitucional o entendimento de alguns estudiosos no sentido de que o dever de coabitação expresso no CC/2002 implicaria, como mera decorrência lógica, no dever do débito conjugal, ou seja, de conviver mantendo relações sexuais periódicas e que realmente expressem a paixão “inerente” a uma união entre duas pessoas. Não há que se falar em dever de manter relações mais íntimas, mas sim na faculdade (e felicidade) de tê-las, haja vista ser incoerente com o Estado Democrático Constitucional a possibilidade de obrigar um indivíduo sequer a amar o próximo, quanto mais a desenvolver laços sexuais.

Caso se entendesse dessa maneira, seria possível acontecer, frequentemente, dissoluções de matrimônios em virtude unicamente da ausência desse dito dever. Não se pretende, nesse momento, entrar no mérito, mas, de antemão, a doutrina deve se acertar no sentido de verificar a presença ou não da boa-fé entre os companheiros e, mais importante, se resta ou não afetividade entre eles. Caso não seja constatada, então se faria como coerente, *a priori*, a busca pela dissolução do vínculo matrimonial, por carecer do elemento mais fundamental de qualquer união estável: a afetividade.

3.1 O princípio jurídico-constitucional da afetividade

A afetividade tem sido elevada constantemente, em sede de decisões judiciais, assim como da edição de diplomas legais, como um princípio essencial para que efetivamente se formem laços familiares ou próprios das uniões estáveis. Não cabe mais a alegação de que, nos

dias atuais, a família se institui com o fim primordial de incorporar bens ao patrimônio de seus componentes, sendo cristalino que os princípios que atualmente imperam são aqueles já citados, dentre eles, o da afetividade, considerada como característica principal e essencial à constituição legítima de vínculos familiares.

A própria CF/88 faz alusão a tal princípio, sendo certo de que, em diversas outras situações, ele se encontra previsto de forma implícita, embasando normas constitucionais de inclusão e servindo como fundamento para controle de constitucionalidade das leis.

Fazendo uma curta retrospectiva jurisprudencial na sede do Superior Tribunal de Justiça, restará claro que tal princípio tem sido historicamente olvidado por essa Corte Superior, principalmente no que tange ao reconhecimento de abandono afetivo. Contudo, tal norma encontrou, finalmente, guarida na jurisprudência do Tribunal em abril de 2012, quando do julgamento do REsp 1159242/SP, *in verbis*:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.

2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.

3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.

4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.

5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.

6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.

7. Recurso especial parcialmente provido.

(STJ, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 24/04/2012, T3 - TERCEIRA TURMA).

Dessa forma, a condução de um processo hermenêutico cada vez mais voltado à sistematicidade das normas, assim como à sua teleologia, conduziria à aferição de que o princípio

da afetividade se encontra consagrado constitucionalmente nos arts. 226 e 227 da CF/88, com efeitos irradiadores para as demais normas atinentes ao ordenamento jurídico brasileiro.

Na intenção de comprovar tal afirmativa, é necessário analisar tais dispositivos, em especial quando fazem referência aos adotantes e adotados e seus *status* em nível de igualdade aos filhos biológicos (art. 227, §§ 5º e 6º); à presumida dignidade existente nas uniões familiares, inclusive nos diversos tipos de uniões estáveis (art. 226, §§ 3º e 4º); e à extinção de tais entidades quando restar inexistente a afetividade (art. 226, §§ 3º e 6º).

3.2 A equiparação das famílias amistosas a preceitos constitucionais

Nesse certame, vale ressaltar que, no âmbito das famílias amistosas, os conviventes se encontram unidos por laços afetivos tão importantes e tão fortes quanto os que unem a chamada família tradicional, senão mais fieis e harmônicos que esses. Ademais, o dever de cuidar se destaca nesses tipos de relações, se configurando como fonte dos demais e, por isso, deve receber maior atenção por parte da doutrina e da jurisprudência. Nesse sentido, o STJ, quando do seu pronunciamento recente acerca da possibilidade de dano moral por abandono afetivo já entendeu:

Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: **o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente; ganha o debate contornos mais técnicos, pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar.** (STJ, REsp N° 1.159.242 – SP 2009/0193701-9). (Grifos do autor).

Dito isso, verificada a intenção incondicional de prestar cuidados uns aos outros, inclusive com relação à possível prole, e preenchidos os demais requisitos acima elencados, não há óbice legal, tampouco social, para o reconhecimento das famílias amistosas como entidade familiar, como união estável, conforme consagra a CF/88.

Percebidos o ânimo de constituir família, a afetividade entre os membros, a estabilidade, a continuidade, a publicidade, a ausência de impedimentos matrimoniais e a não incidência das causas suspensivas, conclui-se, casuisticamente, que tais valores são merecedores, também, de especial proteção do Estado, conforme preceitua o art. 226 da Carta Magna brasileira.

Nesse contexto, vale citar a Súmula n.º 380 do Supremo Tribunal Federal, editada quando ainda estava em vigência a Constituição de 1946, assim como o Código Civil de 1916. A suprema Corte assim se pronunciou, *in verbis*:

STF Súmula nº 380 - 03/04/1964 - DJ de 8/5/1964, p. 1237; DJ de 11/5/1964, p. 1253; DJ de 12/5/1964, p. 1277.

Comprovação - Existência de Sociedade de Fato - Cabimento - Dissolução Judicial - Partilha do Patrimônio Adquirido pelo Esforço Comum.

Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

(Grifos do autor).

Não se deve deixar de tecer algumas críticas a tal norma em virtude de sua evidente inadequação à realidade na qual o Direito das Famílias atualmente está inserido, uma vez que os efeitos decorrentes de tal enunciado se irradiam apenas na esfera patrimonial, ignorando a convivência afetiva própria de tais relacionamentos, assim como a possibilidade de coexistência pacífica de tais uniões.

Pode-se afirmar com segurança que a presente súmula não se alinha aos princípios do Direito das Famílias em virtude do fato que a Corte teve que recorrer ao campo do Direito obrigacional para socorrer famílias formadas sem o laço matrimonial, ou seja, sem casamento. Dessa forma, foi utilizado um caminho alternativo de modo a encontrar alguma proteção patrimonial a tais entidades, burlando, de certa forma, o texto constitucional.

De modo a encerrar tal parêntesis, a Súmula n.º 380 ora em comento resta fadada à incompatibilidade com a nova ordem jurídica do Direito brasileiro, em especial no seu ramo das famílias, uma vez que considera as relações afetivas como relações exclusivamente patrimoniais, com fins econômicos, não sendo regidas, portanto, pelos princípios-base daquela especialidade jurídica.

E, vale ressaltar, até que tal entendimento não seja superado, os diversos tipos de famílias, inclusive as famílias amistosas, não serão reconhecidas como tal, tampouco elevadas à ordem constitucional.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se, ao longo de todo o texto, o alinhamento às doutrinas e jurisprudências mais contemporâneas e que se consideram como reflexo do verdadeiro movimento

neoconstitucionalista, em pleno vigor e crescimento. A defesa pela inserção de novos valores no conjunto normativo e jurisprudencial brasileiro foi constante e resta embasada, necessariamente, não somente nos julgados e pensamentos citados, mas sim na realidade fática que é observada diariamente no país e no mundo, mas que não encontra, muitas vezes, abrigo sob a guarda de nossas leis, de nossos ideais.

Diante de todo o explanado, defende-se a pluralidade de entidades familiares, que, unidos por laços de comunhão que busquem, primordialmente, a felicidade de cada um de seus integrantes, constituem, mais que formalmente, mas materialmente, uma verdadeira família, indigna de preconceitos, discriminação e protesto silencioso por parte do Estado.

Ultrapassado está o período em que o governo de uma nação tratava os direitos fundamentais como mero absentéismo, de modo que apenas assistia às mudanças sociais sem nada intervir, seja para reprimi-las, seja para advogá-las e conceder-lhes o que lhes era seu por direito, muitas vezes, flagrantemente.

As famílias amistosas, portanto, se inserem no contexto acima descrito por serem alvo de constante e histórica negligência por parte do Estado e, ressalte-se, por parte da doutrina e da comunidade acadêmica também.

Ante o exposto, quando evidenciadas as razões pelas quais fazem jus ao definitivo reconhecimento, não há motivo no contentamento estampado no cristal do Direito, devendo esse se portar mais como motor do que freio para as revoluções sociais.

REFERÊNCIAS

BIANCA, Cesare Massimo. v.2. **Diritto Civile**, Milano, Giuffrè, 1989.

FARIAS, Cristiano Chaves. **Direito à Família**. Revista do Curso de Direito da Universidade Salvador, ed. mar. 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. 4ª ed. **Curso de Direito Civil: Famílias**. Salvador: Juspodivm, 2012.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios**. Rio de Janeiro, 2012.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Entidades **Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2004.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. UN-HABITAT. Programa das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos. **State of Women in Cities Report 2012/13**. Nairóbi, 2013.